

**Public and Private
International Law
Bulletin**

Public and Private International Law Bulletin

Cilt/Volume: 39 • Sayı/Number: 1 • Haziran/June 2019

ISSN: 2651-5377 • E-ISSN: 2667-4114 • DOI: 10.26650/ppil

Public and Private International Law Bulletin İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin uluslararası ve hakemli dergisidir. Yayınlanan 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

İstanbul University Faculty of Law, Beyazıt, İstanbul

Yayın Sahibi/Owner

İstanbul University Faculty of Law

Yayın Sahibi Temsilcisi /Owner's Representative

İstanbul University Faculty of Law Dean

Prof. Dr. Abuzer Kendigelen

YAYIN KURULU/EDITORIAL MANAGEMENT

Baş Editör/Editor-in-Chief

Prof. Dr. Ayşe Nur Tütüncü, İstanbul University Faculty of Law, Department of International Public Law

Prof. Dr. B. Bahadır Erdem, İstanbul University Faculty of Law, Department of Private International 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 Fıganmeşe, 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)

Asst. Prof. Dr. Ayşe Elif Uluşu Karataş, İstanbul University Faculty of Law, Department of Private International Law (Book Review Editor)

Asst. Prof. Dr. Ayşe Yasemin Aydoğmuş, İstanbul University Faculty of Law, Department of Private International Law (Article Editor)

Res. Asst. Dr. Verda Neslihan Akiin, 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. Elif Başkaracaoğlu, İstanbul University Faculty of Law, Department of International Public Law (Book Review Editor)

Yardımcı Editörler/Co-Editors

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

Res. Asst. Rumeysa Partalçı, İstanbul University Faculty of Law, Department of Private International Law

Res. Asst. Melis Avcı, İstanbul University Faculty of Law, Department of Private International Law

Res. Asst. Ceren Karagözoğlu, İstanbul University Faculty of Law, Department of International Public Law

Res. Asst. Ceren Ertürk, İstanbul University Faculty of Law, Department of International Public Law

Res. Asst. Emre Küllişlü, İstanbul University Faculty of Law, Department of Private International Law

Res. Asst. Ahmet Tokat, İstanbul University Faculty of Law, Department of Private International Law

Res. Asst. Duygu Ercan, İstanbul University Faculty of Law, Department of Private International Law

Res. Asst. Nesrin Singil İstanbul University Faculty of Law, Department of International Public Law

Res. Asst. Abdülkadir Nacar İstanbul University Faculty of Law, Department of International Public Law

Res. Asst. Deniz Baran İstanbul University Faculty of Law, Department of International Public Law

ULUSLARARASI EDİTORYAL KURUL/ INTERNATIONAL EDITORIAL BOARD

Prof. Dr. Rauf Versan, İstanbul University Faculty of Political Sciences, Department of Political Science and International Relations, İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Naciye Günseli Gelgel, İstanbul University Faculty of Law, Department of Private International Law, 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, Washington DC, United States of America

Prof. Dr. David P. Stewart, University of Georgetown, Center on Transnational Business and the Law, Washington 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

Çeviri Editörleri/English Language Editors
Dorian Gordon Bates, Istanbul University, School of Foreign Languages, Istanbul, Turkey
Alan James Newson, Istanbul University, School of Foreign Languages, Istanbul, Turkey

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 ULAKBİM Social and Human Sciences Database

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: Haziran 2019



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/_ & <http://dergipark.gov.tr/ppil>
Elektronik posta: mmaum@istanbul.edu.tr

İçindekiler Table of Contents

MAKALELER ARTICLES

<i>Araştırma makalesi/Research article</i> Geri Gönderme Merkezlerindeki Fiziki Koşullara Karşı Başvuru Yolları Remedies Against Material Conditions at Removal Centers1 Merve Akbulut
<i>Araştırma makalesi/Research article</i> Yabancı Bir Devletin Tahkim Yeri Olarak Kararlaştırıldığı Hallerde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine İlişkin Türk Mahkemelerinin Yapacağı İnceleme ve Uygulanacak Hukuk Review of the Validity of the Arbitration Agreements by Turkish Courts in Cases Where the Seat of Arbitration is in a Foreign Country and the Applicable Law33 Esen Aydın
<i>Araştırma makalesi/Research article</i> Aile Hukukunda Zor Bir Dönemeç: Karşılaştırmalı Hukuk Bakış Açısıyla Taşyıcı Anneliğe İlişkin Güncel Gelişmeler A Difficult Turning Point in Family Law: The Current Developments on Surrogate Motherhood with a Comparative Law Perspective.....63 Şafak Parlak Börü
<i>Araştırma makalesi/Research article</i> CISG Uyarınca Alıcı ve Satıcının Sorumluluktan Kurtulması ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırılması The Buyer's and Seller's Exclusion from Liability Under the CISG and Its Comparison with the Turkish Law of Obligations111 Cansu Dönmez
<i>Araştırma makalesi/Research article</i> Vekâlet Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk The Applicable Law to the Contract of Mandate.....145 Doğan Kara
<i>Araştırma makalesi/Research article</i> CISG'in Milletlerarası Uygulama Alanı, İrade Serbestisi ve Bazı Yorum Meseleleri The CISG's International Sphere of Application, Party Autonomy and Some Interpretation Problems.....189 Hüseyin Akif Karaca
<i>Araştırma makalesi/Research article</i> Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Bireye Yönelik Ekonomik Yaptırım Kararları ve İnsan Hakları İlişkisi The Evaluation of United Nations Economic Sanctions Decisions in Terms of Human Rights Law217 Ceren Karagözoğlu
<i>Araştırma makalesi/Research article</i> Uluslararası Ticari Tahkimde Taraf Vekillerine Uygulanan Etik Kurallar ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar Ethical Rules Applicable to Party Representatives in International Commercial Arbitration and Difficulties Encountered in Practice275 Burcu Osmanoğlu
<i>Araştırma makalesi/Research article</i> The Path of Eastern Arbitration to Take Islamic Finance Disputes from the Hands of English Litigation Doğu Tahkiminin İslami Finans Uyumsuzluklarını İngiliz Mahkemelerinin Elinden Alma Yolundaki Süreci295 Berk Hasan Özdem
<i>Araştırma makalesi/Research article</i> Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması Consumer Contracts in Private International Law.....325 Zeynep Derya Tarman

EDİTÖRDEN

Değerli okuyucular,

Köklü bir geleneğe sahip dergimiz Public and Private International Law Bulletin / PPIL'in, eski adıyla Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni / MHB'nin 39. Cildinin 1. Sayısını hukuk camiasına sunmaktan dolayı büyük bir kıvanç içindeyiz. Dergimizin köklü geleneğini geçmişten geleceğe taşıma, özgünlüğümüzü koruyarak dünya ile bütünleşme, milletlerarası olma niteliğimizi ve saygınlığımızı güçlendirme arzusuyla çıktığımız yolculuğumuz, bu sayımızla da 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 makale yer alıyor. Bunlar; *Geri Gönderme Merkezlerindeki Fiziki Koşullara Karşı Başvuru Yolları* (Merve Akbulut); *Aile Hukukunda Zor Bir Dönemeç: Karşılaştırmalı Hukuk Bakış Açısıyla Taşiyıcı Anneliğe İlişkin Güncel Gelişmeler* (Şafak Parlak Börü); *CISG Uyarınca Alıcı ve Satıcının Sorumluluktan Kurtulması ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırılması* (Cansu Dönmez); *Vekâlet Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk* (Doğan Kara); *CISG'in Milletlerarası Uygulama Alanı, İrade Serbestisi ve Bazı Yorum Meseleleri* (Hüseyin Akif Karaca); *Doğu Tahkiminin İslami Finans Uyuşmazlıklarını İngiliz Mahkemelerinin Elinden Alma Yolundaki Süreci* (Berk Hasan Özdem); *Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması* (Zeynep Derya Tarman); *Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Bireye Yönelik Ekonomik Yaptırım Kararları ve İnsan Hakları İlişkisi* (Ceren Karagözoğlu); *Uluslararası Ticari Tahkimde Taraf Vekillerine Uygulanan Etik Kurallar ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar* (Burcu Osmanoğlu); *Yabancı Bir Devletin Tahkim Yeri Olarak Kararlaştırıldığı Hallerde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine İlişkin Türk Mahkemelerinin Yapacağı İnceleme ve Uygulanacak Hukuk* (Esen Aydın).

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 bu son sayısının okuyucularımıza faydalı olmasını diliyoruz.

Saygılarımızla,

Prof. Dr. Ayşe Nur TÜTÜNCÜ ve
Prof. Dr. B. Bahadır ERDEM

Baş Editörler

EDITORIAL

Dear Readers,

We feel proud of presenting the 1st issue of the 39th volume of our bulletin PPIL / Public and Private International Law Bulletin, formerly MHB, to the law community at large. This issue is based on our wish to carry our bulletin 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 issue as well.

In this issue there are ten 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: *Remedies Against Material Conditions at Removal Centers* (Merve Akbulut); *A Difficult Turning Point in Family Law: The Current Developments on Surrogate Motherhood with a Comparative Law Perspective* (Şafak Parlak Börü); *The Buyer's and Seller's Exclusion From Liability Under the CISG and Its Comparison with the Turkish Law of Obligations* (Cansu Dönmez); *The Applicable Law to the Contract of Mandate* (Doğan Kara); *The CISG's International Sphere of Application, Party Autonomy and Some Interpretation Problems* (Hüseyin Akif Karaca); *The Path of Eastern Arbitration to Take Islamic Finance Disputes from the Hands of English Litigation* (Berk Hasam Özdem); *Consumer Contracts in Private International Law* (Zeynep Derya Tarman); *The Evaluation of United Nations Economic Sanctions Decisions in Terms of Human Rights Law* (Ceren Karagözoğlu); *Ethical Rules Applicable to Party Representatives in International Commercial Arbitration and Difficulties Encountered in Practice* (Burcu Osmanoğlu); *Review of the Validity of the Arbitration Agreements by Turkish Courts in Cases Where the Seat of Arbitration is in a Foreign Country and the Applicable Law* (Esen Aydın).

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 new issue of our bulletin will be useful to our readers.

Kind regards,

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

Editors-in-Chiefs



Public and Private International Law Bulletin

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Geri Gönderme Merkezlerindeki Fiziki Koşullara Karşı Başvuru Yolları*

Merve Akbulut¹

Öz

Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu geri gönderme merkezlerine ilişkin düzenleme getirmekle birlikte, bu merkezlerdeki koşullardan kaynaklı ihlallere yönelik bir başvuru yolu öngörmemiştir. Bununla beraber, Anayasa Mahkemesi, tam yargı davasının bu merkezlerde yaşanabilecek ihlallere yönelik etkili bir iç hukuk yolu olduğuna karar vermiştir. Çalışmamızda, Türk hukukunda var olan ve geri gönderme merkezlerindeki fiziki koşullardan kaynaklı ihlallere karşı başvuru yolları ve bu yolların etkinliği incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler

İdari Gözetim • Geri Gönderme Merkezi • K.A. Başvurusu • B.T. Başvurusu • Tam Yargı Davası

Remedies Against Material Conditions at Removal Centers

Abstract

Although Law on Foreigners and International Protection has provides regulations on removal centers, it hasn't envisaged any remedy for violation arising from the conditions in these centers. However, The Constitutional Court ruled that Damages as remedy against administrative authorities is an effective remedy for violations that might occur in these centers. In this study, remedies in Turkish Law, which were applied against violations occur in the removal centers and these remedies' effectiveness were examined.

Keywords

Administrative detention • Removal center • K.A. application • B.T. application • Full remedy action

* Bu makale Doç. Dr. Faruk Kerem Giray danışmanlığında hazırlanmış ve 2018 yılında İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Yüksek Lisans Programı kapsamında savunulup kabul edilmiş olan "Türk Yabancılar Hukukunda İdari Gözetim" başlıklı yüksek lisans tezinden türetilmiştir.

¹ Sorumlu Yazar: Merve Akbulut (Araş. Gör.), İstanbul Kültür Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul, Türkiye. Eposta: m.akbulut@iku.edu.tr ORCID: 0000-0003-2111-2469

Atf: Akbulut M, "Geri Gönderme Merkezlerindeki Fiziki Koşullara Karşı Başvuru Yolları" (2019) 39(1) PPIL 1.
<https://doi.org/10.26650/ppil.2019.39.1.0013>

Extended Summary

Where foreigners under administrative detention were held or remedies against conditions of detention was not regulated in Law on Foreigners and International Protection (LFIP). Because of there is no legislation on remedies against conditions of detention, ECtHR held many times that Turkey is to pay damages.

The very first judgment of ECtHR held that there has been a violation of Art.13 of ECHR in conjunction with Art. 3 of ECHR because of the absence of effective remedies to complain about the material conditions of detention is *Yarashonen v. Turkey* Judgment. In the case, Turkish Government claimed that the applicant could raise his complaints by bring an action for compensation before the administrative courts as provided for Art.125 of the Turkish Constitution and section 2(1) (b) of the Administrative Procedure Act which regulated full remedy action.

ECtHR pointed out that if conditions of detention are breach of Art.3, a domestic remedy must capable of putting an end to the ongoing violation of the prohibition of inhuman or degrading treatment. Otherwise, compensation of occurred violation legitimizes the inhuman and degrading treatment. However, the Court stated that the Government must prove its claims, which remedies as provided for Art.125 and Art.2 (1)(b) is practically effective with examples from the case-law of administrative courts but Government couldn't submit any judicial or administrative decisions related to this issue. The Court, for these reasons held that there has been a violation of Art.13 in conjunction with Art.3.

The very first judgment of the Turkish Constitutional Court related to the absence of effective remedies to complain about the material conditions of detention is *Rıza Boudraa* Application. But in this application, the Constitutional Court only examined Art.17 of Constitution and did not consider the existence of the effective domestic remedies in the context of Art.40 of the Turkish Constitution.

The second judgment of the Constitutional Court related to the matter is *F.A. and M.A.* Application. The applicants claimed that there is no domestic remedy for the material conditions at *Kumkapı* Removal Center at the relevant time. Ministry of Interior put forward the claims in *Yarashonen* Case before ECtHR and demanded the rejection of the application for the reason of the non-exhaustion of domestic remedies.

The Court, for the first time, examined the existence of effective domestic remedies in the context Art.40 in conjunction with Art.17. The Court accepted the principles in *Yarashonen* Judgment and stated that the Government did not submit any decisions which prove the domestic remedy as provided for Art.125 is capable of preventing ongoing violation of the right not to be subjected degrading treatment in Art.17 or

compensating the damage. The court held that there is no effective domestic remedy so has been a violation of Art.40 in conjunction with Art.17.

These judgments made before LFIP prompts the legislator to regulate the administrative detention and removal centers. Despite this LFIP does not provide any provisions on remedies for material conditions at removal centers.

After the entry into force of LFIP, the first judgment of the Constitutional Court related to supervision of material conditions of detention is K.A. Application. The applicant claimed that the material conditions of removal center was inhumane and there is no domestic remedy to improve conditions or compensate damage caused by material conditions, so there is violation of Constitution Art.17 and Art.20. The Government put forward the claims in Yarashonen Case before ECtHR. The Constitutional Court pointed out that there is no domestic remedy to supervise material conditions of detention and to improve material conditions or to end detention if it's necessary and to compensate damage. In this judgment, the Constitutional Court decided first time that LFIP does not provide any remedy related to supervise the material conditions of detention.

But the Constitutional Court has changed its decision with B.T. Application. The applicant claimed that his mental health has damaged because of material conditions of removal center and there is no remedy provided related to condition of detention and there has been violated Art.17 and Art.20 of Constitution.

The Constitutional Court pointed out that because of the end of the violations compensation for damage is the only effective remedy for who have been released from removal center. The Court stated that the decision related to held is administrative decision so full remedy action which regulated in section 2(1) (b) of the Administrative Procedure Act is an effective remedy to compensate damages. In addition, administrative courts have an advantage in considering the situation. The Court also emphasized that the lack of administrative courts' decisions related to the compensation of damages caused by conditions of removal centers does not mean that full remedy action is not an effective remedy. Based on these reasons, the Court ruled by a majority of votes that full remedy action is an effective remedy and due to the non-exhaustion of this remedy the application is inadmissible.

Judge Serruh Kaleli emphasized in his dissenting opinion that to be stated that the violation is end because detention is end is against the case law of ECtHR and to justify the inhumane treatment. In addition that, to decide whether a remedy is effective or not, it should be searched a set of precented decisions that determined the violations in similar cases.

The Court has examined the application only in the scope of compensation of damages in its B.T. Judgment. It can be said that the reason of this approach is that the violation has end. However, it's unacceptable to examine in the scope of only compensation of damages such an application which changes the case law of the Court. Moreover, as stated in dissenting opinion, there is no evidence that this remedy is capable of compensating of damages. Since, Government has already submitted this remedy both before ECtHR and Constitutional Court but not submitted any court decision which is related to compensate damages caused by material conditions at removal centers. At the time of B.T. judgment, while this situation continued Court has ruled based on an assumption.

Furthermore, as stated before, in the case of violation of Art.3 of ECHR, ECtHR emphasizes that the remedy must be in particular capable of preventing ongoing violation. Nevertheless, the Constitutional Court has not examined how this remedy prevents ongoing violation.

For these reasons it's not possible to agree with this decision and despite this decision there is no effective remedy in Turkish legal system to complain about material conditions of removal centers.

Geri Gönderme Merkezlerindeki Fiziki Koşullara Karşı Başvuru Yolları

Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu (YUKK)¹'nden önceki dönemde, idari gözetim altına alınan yabancıların nerede tutulacaklarına yönelik bir düzenleme bulunmamaktaydı. Bu eksiklik, söz konusu yabancılar bakımından belirsizliğe sebep olduğu için eleştirilmekteydi. Bu eleştiriler üzerine kanun koyucu, YUKK ile geri gönderme merkezlerini (GGM) düzenlemiş; geri gönderme merkezlerindeki faaliyetlerin yürütülmesi için yönetmelik ve yönerge çıkarmıştır.

Tüm bu gelişmelere rağmen, YUKK'da, geri gönderme merkezlerindeki fiziki koşullara karşı başvurulacak bir yargı yolu düzenlenmemiştir. Bu durum defaatle Anayasa Mahkemesi (AYM) önüne gelmiş; AYM, uzunca bir süre durumu, "*tutulma koşullarına karşı etkili bir iç hukuk yolu düzenlenmediği*" şeklinde değerlendirmiş ve fakat daha sonra içtihat değişikliğine giderek, idari yargı alanında öngörülmuş tam yargı davasının etkili bir iç hukuk yolu olduğuna karar vermiştir.

Çalışmamız, YUKK öncesi ve YUKK sonrası dönemde, gerek kanuni düzenlemelerle gerekse AYM'nin içtihadıyla öngörülen, GGM'lerdeki fiziki koşullardan kaynaklı ihlallere yönelik olarak, yabancıların başvurduğu yargı yollarının incelenmesini amaçlamaktadır. Zira başvuru yollarının öngörülmesi tek başına yeterli olmamakta, öngörülen yolların "*etkili bir hukuk yolu olması*" şartı aranmaktadır.

Bu amaç doğrultusunda, birinci bölümde kişinin geri gönderme merkezlerine konulmasına sebebiyet veren idari gözetim uygulaması ve sebepleri açıklanacak; ikinci bölümde geri gönderme merkezleri ve bu merkezlerde verilecek hizmetlere değinilecek ve son bölümde de, bu merkezlerdeki fiziki koşullardan ötürü başvurulacak yargı yolları, mahkeme kararları doğrultusunda, etkili bir hukuk yolu olma bakımından incelenecektir.

I. YUKK Kapsamında İdari Gözetim Sebepleri

A. Genel Bilgi

İdari gözetimin kabul görmüş ortak bir tanımı bulunmamaktadır. Kişinin, nerede ve ne kadar sürede tutulursa idari gözetim altında tutulmuş sayılacağı konusunda yeknesak bir uygulama da yoktur. Bununla birlikte, bazı uluslararası düzenlemelerde idari gözetim tanımlanmıştır. Örneğin, İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi²'ne

¹ Kanun Numarası: 6458, Kabul Tarihi: 4.4.2013, RG 11.4.2013/28615.

² Sözleşme, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 10 Aralık 1984 tarih ve 39/46 sayılı kararıyla kabul edilmiş ve 26 Haziran 1987 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Onayı Uygun Bulma Kanunu için bkz. RG.10.8.1988/19895. Sözleşme Türkiye bakımından 1.9.1988 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Ek İhtiyari Protokol³'ün 4.maddesinin 2.fıkrasına göre gözetim, “herhangi bir adli, idari veya diğer bir makamın emri üzerine kişinin kendi iradesiyle ayrılmasına izin verilmeyen kamusal veya özel gözaltı yerlerinde tutulması, hapsedilmesi veya yerleştirilmesi” ni ifade etmektedir.

Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği (BMMYK)⁴ tarafından Sığınmacıların Gözaltına Alınmasına ve Gözaltı Alternatiflerine İlişkin Geçerli Kriterler ve Standartlar Hakkında Kılavuz İlkeleri⁵'nde idari gözetim, “Sığınmacının, haphışaneler yahut gözetim amacıyla inşa edilmiş yerler; kapalı kabul veya alıkoyma merkezleri yahut tesisleri dâhil ve fakat bu sayılanlarla sınırlı olmamak üzere, kendi rızasıyla ayrılmasına müsaade edilmeyen bir yerde hürriyetinden yoksun bırakılması veya hapsedilmesi” olarak tanımlanmıştır.

YUKK düzenlemesinde dikkate alınan Sığınmacıların Kabulüne Dair Standartların Belirlenmesine İlişkin 2003/9/EC Sayılı Avrupa Konseyi Yönergesi⁶'nin 2.maddesinde ise idari gözetim, “başvurucunun hareket özgürlüğünden yoksun bırakıldığı bir yerde tutulması” olarak tanımlanmıştır.

Türk hukukunda, idari gözetime ilişkin usul ve esaslar YUKK kapsamında düzenlenmiştir. Fakat idari gözetimden ne anlaşılması gerektiği açıklanmamıştır⁷. Bununla birlikte, kimlerin hangi koşullar altında idari gözetim altına alınacağı ve kişilerin nerede tutulacağı hüküm altına alınmıştır.

YUKK, iki aşamada yabancıların idari gözetim altına alınmasını öngörmektedir: Uluslararası koruma başvurusu aşaması ve sınır dışı aşaması⁸. Aşağıdaki başlıklarda kısaca bu aşamalardaki idari gözetim uygulamasından bahsedilecektir.

3 Protokol Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 18 Aralık 2002 tarih ve A/RES/57/199 sayılı kararıyla kabul edilmiştir. Ek İhtiyari Protokole ilişkin 23.2.2011 tarih ve 6167 sayılı Onayı Uygun Bulma Kanunu ve onaya ilişkin 15.6.2011 tarih ve 2011/1962 sayılı Bakanlar Kurulu kararı 5.7.2011 tarihli ve 27985 sayılı Resmi Gazetede yayınlanmıştır. Protokol Türkiye için 27.10.2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

4 The Office of the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR). Yaygın kullanımıyla BM Mülteci Örgütü, II. Dünya Savaşı sonrasında yaşadıkları yerleri terk etmek zorunda kalan Avrupalılar yardım etmek amacıyla, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 14 Aralık 1950 tarihli ve 428 sayılı kararıyla kurulmuş ve 1 Ocak 1951 yılında çalışmalarına başlamıştır. Kurulduğu tarihte görev süresinin üç yıl olduğu kararlaştırılmışsa da daha sonra ortaya çıkan yeni mülteci krizleri sebebiyle görev süresi sürekli uzatılmış ve en nihayetinde Genel Kurul 2003 yılında, Komiserliğin “mülteci sorunu çözülene kadar” göreve devam etmesini kararlaştırmıştır. < <https://www.unhcr.org/509a836e9.pdf>> accessed 23 April 2019.

5 UNHCR, ‘Detention Guidelines: Guidelines on the Applicable Criteria and Standards Relating to the Detention of Asylum-Seekers and Alternatives to Detention’ (2012) 9 < <https://www.refworld.org/docid/503489533b8.html>> accessed 23 April 2019.

6 Council Directive 2003/9/EC of 23 January 2003 laying down minimum standards for the reception of asylum seekers, Official Journal of the European Union [2003] OJ L31/18. Yönerge için bkz. < <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:031:0018:0025:En:PDF>> accessed 23 April 2019.

7 Neva Övünç Öztürk, *Mültecinin Hukuki Statüsünün Belirlenmesi* (Seçkin 2015) 460.

8 Nuralay Eksi, *6548 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda İdari Gözetim* (Beta 2014) 3.

B. Uluslararası Koruma Başvurusu Aşamasında İdari Gözetim

Öncelikle şunu belirtmek gerekir ki; YUKK kapsamında uluslararası korumadan anlaşılması gereken, mülteci, şartlı mülteci ve ikincil koruma statüleridir. Dolayısıyla, bu kapsamda idari gözetime başvurulması, ancak bu statüler söz konusu olduğunda mümkün olacaktır.

Başvuru sahiplerinin idari gözetimi, YUKK m.68⁹ hükmü ile düzenlenmiştir. Bu düzenleme, BMMYK Gözaltı Kılavuz İlkeleri¹⁰ ile uyumludur¹¹. Ayrıca bu hüküm, Sığınma Başvurularının Kabulüne Yönelik Asgari Standartlara Dair Avrupa Parlamentosu ve Konsey Yönergesi (Kabul Yönergesi'nin 2013'te revize edilmiş haliyle¹² de paralellik göstermektedir.

Hükme göre, başvuru sahibinin kimlik veya vatandaşlık bilgilerinin doğruluğuna ilişkin ciddi şüphenin varlığı, başvurucunun usulüne aykırı şekilde ülke sınırlarına girmesinin önlenmesi, idari gözetim altına alınmaması durumunda başvuruya temel oluşturan unsurların belirlenemeyecek olması ve başvuru sahibinin kamu düzeni ve kamu güvenliği bakımından ciddi tehlike oluşturması hallerinde, başvuru sahibi idari gözetim altına alınabilecektir.

9 Madde 68: (1) Başvuru sahipleri, sadece uluslararası koruma başvurusunda bulunmalarından dolayı idari gözetim altına alınmaz. (2) Başvuru sahiplerinin idari gözetim altına alınması istisnai bir işlemdir. Başvuru sahibi sadece aşağıdaki hâllerde idari gözetim altına alınabilir: a) Kimlik veya vatandaşlık bilgilerinin doğruluğuyla ilgili ciddi şüphe varsa, bu bilgilerinin tespiti amacıyla b) Sınır kapılarında usulüne aykırı surette ülkeye girmekten alıkonulması amacıyla c) İdari gözetim altına alınmaması durumunda başvurusuna temel oluşturan unsurların belirlenemeyecek olması hâlinde ç) Kamu düzeni veya kamu güvenliği açısından ciddi tehlike oluşturması hâlinde (3) İdari gözetimin gerekip gerekmediği bireysel olarak değerlendirilir. İkinci fıkrada belirtilen hâllerde; idari gözetim altına alınmadan önce, 71 inci maddede belirtilen ikamet zorunluluğu ve bildirim yükümlülüğünün yeterli olup olmayacağı öncelikle değerlendirilir. Valilik, idari gözetim yerine başka usuller belirleyebilir. Bu tedbirler yeterli olmadıkça, idari gözetim uygulanır. (4) İdari gözetim kararı, idari gözetim altına alınma gerekçelerini ve gözetimin süresini içerecek şekilde idari gözetim altına alınan kişiye veya yasal temsilcisine ya da avukatına yazılı olarak tebliğ edilir. İdari gözetim altına alınan kişi bir avukat tarafından temsil edilmiyorsa kararın sonucu ve itiraz usulleri hakkında kendisi veya yasal temsilcisi bilgilendirilir. (5) Başvuru sahibinin idari gözetim süresi otuz günü geçemez. İdari gözetim altına alınan kişilerin işlemleri en kısa sürede tamamlanır. İdari gözetim, şartları ortadan kalktığı takdirde derhâl sonlandırılır. (6) İdari gözetimin her aşamasında, kararı alan makam tarafından, idari gözetim sonlandırılarak, 71 inci maddede belirtilen yükümlülüklerin veya başka tedbirlerin yerine getirilmesi istenebilir. (7) İdari gözetim altına alınan kişi veya yasal temsilcisi ya da avukatı, idari gözetime karşı sülh ceza hâkimine başvurabilir. Başvuru idari gözetimi durdurmaz. Dilekçenin idareye verilmesi hâlinde, dilekçe yetkili sülh ceza hâkimine derhâl ulaştırılır. Sülh ceza hâkimi incelemeyi beş gün içinde sonuçlandırır. Sülh ceza hâkiminin kararı kesindir. İdari gözetim altına alınan kişi veya yasal temsilcisi ya da avukatı, idari gözetim şartlarının ortadan kalktığı veya değiştiği iddiasıyla yeniden sülh ceza hâkimine başvurabilir. (8) İkinci fıkraya uyarınca idari gözetim altına alınan kişi, usul ve esasları yönetmelikle belirlenmek üzere ziyaretçi kabul edebilir. İdari gözetim altına alınan kişiye yasal temsilcisi, avukat, noter ve Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği görevlileriyle görüşme imkânı sağlanır."

10 UNHCR (n 5) 16 vd.

11 Ekşi (n 8) 119.

12 Directive 2013/33/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 laying down standards for the reception of applicants for international protection (recast) (Uluslararası Koruma Başvurusu Sahiplerinin Kabulüne Yönelik Asgari Standartlara Dair Avrupa Parlamentosu ve Konsey Yönergesi), [2013] OJ L180/96. Yönerge için bkz. < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013L0033&from=EN>> accessed 23 April 2019.

C. Sınır Dışı Aşamasında İdari Gözetim

Sınır dışı edilecek yabancılar YUKK m.54¹³ hükmüyle, bu yabancıların idari gözetimine ilişkin esaslar ise YUKK m.57¹⁴ ile düzenlenmiştir.

Bu hüküm düzenlenirken AB müktesebatı dikkate alınmıştır¹⁵. Bu sebeple hüküm, Üye Devletlerde Yasadışı Olarak İkamet Eden Üçüncü Ülke Vatandaşlarının Geri Gönderilmelerine İlişkin Ortak Standartlar ve Usuller Hakkında Avrupa Parlamentosu ve Konsey Yönergesi (Geri Dönüş Yönergesi/ GDY)¹⁶ ile benzer düzenlemeler içermektedir¹⁷.

13 Madde 54 – (1) Aşağıda sayılan yabancılar hakkında sınır dışı etme kararı alınır: a) 5237 sayılı Kanunun 59 uncu maddesi kapsamında sınır dışı edilmesi gerektiği değerlendirilenler b) Terör örgütü yöneticisi, üyesi, destekleyicisi veya çıkar amaçlı suç örgütü yöneticisi, üyesi veya destekleyicisi olanlar c) Türkiye'ye giriş, vize ve ikamet izinleri için yapılan işlemlerde gerçek dışı bilgi ve sahte belge kullananlar ç) Türkiye'de bulunduğu süre zarfında geçimini meşru olmayan yollardan sağlayanlar d) Kamu düzeni veya kamu güvenliği ya da kamu sağlığı açısından tehdit oluşturanlar e) Vize veya vize muafiyeti süresini on günden fazla aşanlar veya vizesi iptal edilenler f) İkamet izinleri iptal edilenler g) İkamet izni bulunup da süresinin sona ermesinden itibaren kabul edilebilir gerekçesi olmadan ikamet izni süresini on günden fazla ihlal edenler ğ) Çalışma izni olmadan çalıştığı tespit edilenler h) Türkiye'ye yasal giriş veya Türkiye'den yasal çıkış hükümlerini ihlal edenler ı) Hakkında Türkiye'ye giriş yasağı bulunmasına rağmen Türkiye'ye geldiği tespit edilenler i) Uluslararası koruma başvurusu reddedilen, uluslararası korumadan hariçte tutulan, başvurusu kabul edilemez olarak değerlendirilen, başvurusunu geri çeken, başvurusu geri çekilmiş sayılan, uluslararası koruma statüleri sona eren veya iptal edilenlerden haklarında verilen son karardan sonra bu Kanunun diğer hükümlerine göre Türkiye'de kalma hakkı bulunmayanlar j) İkamet izni uzatma başvuruları reddedilenlerden, on gün içinde Türkiye'den çıkış yapmayanlar k) (Ek: 3/10/2016-KHK-676/36 md. ; Aynen kabul: 1/2/2018-7070/31 md.) Uluslararası kurum ve kuruluşlar tarafından tanımlanan terör örgütleriyle ilişkili olduğu değerlendirilenler. (2) (Değişik: 3/10/2016-KHK-676/36 md.; Aynen kabul: 1/2/2018-7070/31 md.) Bu maddenin birinci fıkrasının (b), (d) ve (k) bentleri kapsamında oldukları değerlendirilen uluslararası koruma başvuru sahibi veya uluslararası koruma statüsü sahibi kişiler hakkında uluslararası koruma işlemlerinin her aşamasında sınır dışı etme kararı alınabilir.

14 Madde 57 – (1) 54 üncü madde kapsamındaki yabancılar, kolluk tarafından yakalanmaları hâlinde, haklarında karar verilme üzere derhâl valiliğe bildirilir. Bu kişilerden, sınır dışı etme kararı alınması gerektiği değerlendirilenler hakkında, sınır dışı etme kararı valilik tarafından alınır. Değerlendirme ve karar süresi kırk sekiz saati geçemez. (2) Hakkında sınır dışı etme kararı alınanlardan; kaçma ve kaybolma riski bulunan, Türkiye'ye giriş veya çıkış kurallarını ihlal eden, sahte ya da asılsız belge kullanan, kabul edilebilir bir mazereti olmaksızın Türkiye'den çıkmaları için tanınan sürede çıkmayan, kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığı açısından tehdit oluşturanlar hakkında valilik tarafından idari gözetim kararı alınır. Hakkında idari gözetim kararı alınan yabancılar, yakalamayı yapan kolluk birimince geri gönderme merkezlerine kırk sekiz saat içinde götürülür. (3) Geri gönderme merkezlerindeki idari gözetim süresi altı ayı geçemez. Ancak bu süre, sınır dışı etme işlemlerinin yabancının iş birliği yapmaması veya ülkesiyle ilgili doğru bilgi ya da belgeleri vermemesi nedeniyle tamamlanamaması hâlinde, en fazla altı ay daha uzatılabilir. (4) İdari gözetimin devamında zaruret olup olmadığı, valilik tarafından her ay düzenli olarak değerlendirilir. Gerek görüldüğünde, otuz günlük süre beklenilmez. İdari gözetimin devamında zaruret görülmeyen yabancılar için idari gözetim derhâl sonlandırılır. Bu yabancılarla, belli bir adreste ikamet etme, belirlenecek şekil ve sürelerde bildirimde bulunma gibi idari yükümlülükler getirilebilir. (5) İdari gözetim kararı, idari gözetim süresinin uzatılması ve her ay düzenli olarak yapılan değerlendirmelerin sonuçları, gerekçesiyle birlikte yabancılara veya yasal temsilcisine ya da avukatına tebliğ edilir. Aynı zamanda, idari gözetim altına alınan kişi bir avukat tarafından temsil edilmeyorsa, kendisi veya yasal temsilcisi kararın sonucu, itiraz usulleri ve süreleri hakkında bilgilendirilir. (6) İdari gözetim altına alınan kişi veya yasal temsilcisi ya da avukatı, idari gözetim kararına karşı sülh ceza hâkimine başvurabilir. Başvuru idari gözetimi durdurmaz. Dilekçenin idareye verilmesi hâlinde, dilekçe yetkili sülh ceza hâkimine derhâl ulaştırılır. Sülh ceza hâkimi incelemeyi beş gün içinde sonuçlandırır. Sülh ceza hâkiminin kararı kesindir. İdari gözetim altına alınan kişi veya yasal temsilcisi ya da avukatı, idari gözetim şartlarının ortadan kalktığı veya değiştiği iddiasıyla yeniden sülh ceza hâkimine başvurabilir. (7) İdari gözetim işlemine karşı yargı yoluna başvuranlardan, avukatlık ücretlerini karşılama imkânı bulunmayanlara, talepleri hâlinde 19/3/1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu hükümlerine göre avukatlık hizmeti sağlanır.

15 Nuray Ekşi, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Tasarısı* (Beta 2012) 107.

16 Directive 2008/115/EC Of The European Parliament and of the Council of 16 December 2008 on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third-country nationals, [2008] OJ L348/98. Yönergenin 15,16 ve 17.maddeleri idari gözetime ilişkindir. Yönerge için bkz. < <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:348:0098:0107:en:PDF> > accessed 23 April 2019.

17 Esra Dardağan Kibar ‘Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Tasarısında ve Başlıca Avrupa Birliği Düzenlemelerinde Yabancıların Sınır Dışı Edilmelerine İlişkin Kurallar: Bir Karşılaştırma Denemesi’ (2012) 11 Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi 54, 71.

YUKK m.57 hükmüne göre, yabancı hakkında sınır dışı kararı ile birlikte idari gözetim kararı alınmasını da gerektiren haller, yabancının kaçma ve kaybolma riskinin bulunması, Türkiye'ye giriş veya çıkış kurallarının ihlal edilmesi, sahte yahut asılsız belge kullanılması, kabul edilebilir bir mazeret olmaksızın Türkiye'den çıkılması için verilen sürede ülkeden çıkılmaması ve kamu düzeni, kamu güvenliği yahut kamu sağlığı açısından tehdit oluşturulmasıdır.

Gerek YUKK m.68 hükmü çerçevesinde gerekse YUKK m.57 çerçevesinde idari gözetim altına alınan yabancı, idari gözetim altında tutulmak üzere geri gönderme merkezine götürülecektir. Aşağıdaki bölümde geri gönderme merkezleri anlatılacak ve bu merkezlerde sağlanacak hizmetlere kısaca değinilecektir.

II. Geri Gönderme Merkezleri

A. Genel Bilgi

YUKK öncesi dönemde, idari gözetim altına alınan yabancıların nerede tutulacaklarına yönelik bir düzenleme bulunmamaktaydı. Bu kişiler, yakalamayı yapan birime göre polis ya da jandarma karakollarında tutulmaktaydı¹⁸. Bu konuda bir düzenleme olmayışı ve bu durumun yabancılar için hukuki belirsizliğe sebep olduğu, Irkçılık ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu (ECRI)¹⁹ 'nun raporlarında da dile getirilmiştir²⁰.

Bu dönemde konuya ilişkin düzenlemeler, genelgelerle ve yönetmeliklerle yapılmıştır. ECRI'nin dördüncü izleme raporuna cevapta Türk hükümeti, 7.10.2005 tarihli "İçişleri Bakanlığı'nın Sınır dışı Edilecek Yabancılar İçin Misafirhanelerin Kurulması" na ilişkin oluruyla 19.3.2010 tarihli ve 2010/18 sayılı Genelge'nin yayımlandığını ve sınır dışı edilecek yabancıların geri gönderme merkezlerine yerleştirileceklerini belirtmiştir²¹.

Yine aynı dönemde yürürlükte bulunan Mülteci Misafirhaneleri Yönetmeliği ile düzenlenen misafirhaneler ise değişik ülkelerden kaçak veya pasaportla ülkeye gelerek yabancı ülkelere birine gönderilmek veya ülkede kalmak isteği ile iltica hakkı talebinde bulunan yabancı kişilerin, haklarında yapılan işlem sonuçlanıncaya kadar geçecek süre içerisinde barındırıldıkları yerlerdi. Sınır dışı edilecek yabancılar da bu misafirhanelerde gözetim altına alınmaktaydı²².

18 Ekşi (n 8) 13.

19 European Commission against Racism and Intolerance. 1993 yılında kurulan Komisyon ırkçılık, yabancı düşmanlığı, hoşgörüsüzlük gibi konularda Avrupa Konseyi üyesi devletlerin durumlarını değerlendirir ve değerlendirmelere ilişkin çözüm önerilerini sunmaktadır. 4-5 yıllık dönemlerde raporlarını yayımlamaktadır.

20 Üçüncü Türkiye Raporu (Ocak 2003- 24 Haziran 2014) 15.2.2005 (CRI(2005)5), Strazburg, para.43, 15; Dördüncü İzleme Dönemi (Ocak 2008- 10.12.2010),8.2.2011 (CRI(2011)5), para.133-136, 44-45. Raporlar için bkz. < <https://www.coe.int/en/web/european-commission-against-racism-and-intolerance/turkey>> accessed 23 April 2019.

21 Government Comments On The Report On Turkey, 3.12.2010, para. 15-16, 10 < <https://rm.coe.int/government-comments-on-the-fourth-report-on-turkey/16808b5c8d>> accessed 23 April 2019.

22 Nimet Özbek, 'AİHM Kararları Işığında YUKK'nda İdari Gözetimin Uygulandığı Mekânlar Hakkında Ortak Sorunlar' (2015) 118 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 15, 18.

YUKK yürürlüğe girdikten sonra ise önceki dönemde bulunan yasal boşluk doldurulmuş ve geri gönderme merkezleri düzenlenmiştir. YUKK'a göre geri gönderme merkezi, idari gözetim altına alınan yabancıların geçici bir süre için tutulduğu ve bu süre içinde temel insani ihtiyaçlarının karşılandığı merkezdir (YUKKY m.3/1-h). Dolayısıyla bir yabancı ister uluslararası koruma başvurusu prosedürüne ilişkin olarak isterse sınır dışı prosedürüne ilişkin olarak idari gözetim altına alınsın, geri gönderme merkezine götürülecektir (YUKK m.58/1).

Göç İdaresi Genel Müdürlüğü (GİGM)²³'nün yayınladığı verilere göre, 2017 yılı itibariyle 8276 kişi, toplam 18 geri gönderme merkezinde barınmaktadır²⁴. Ayrıca tutulma koşullarının yetersizliği sürekli dile getirilen ve bu sebeple gerek AYM gerekse Avrupa İnsan Hakları mahkemesi (AİHM)²⁵ nezdinde verilen birçok ihlal kararına konu olmuş İstanbul Kumkapı GGM ve Gaziantep ve Kırklareli GGM'leri 2016 yılında kapatılmış, yerine yeni geri gönderme merkezleri açılmıştır. Bununla birlikte, İzmir-İşıkent GGM ve Bursa GGM de mevcut fiziki şartların yetersizliğinden dolayı Temmuz 2017'de kapatılmıştır²⁶.

Bu merkezlerin işletilmesi, devredilmesi, sınır dışı edilmek üzere idari gözetim altına alınacak yabancıların bu merkezlere nakli gibi hususların, çıkarılacak bir yönetmelikle düzenleneceği de hüküm altına alınmıştır (YUKK m.58/3). Bu hükmün gereğinin yerine getirilmesi amacıyla, Kabul ve Barınma Merkezleri İle Geri Gönderme Merkezlerinin Kurulması, Yönetimi, İşletilmesi, İşlettirilmesi ve Denetimi Hakkında Yönetmelik (GGM Yönetmeliği)²⁷ çıkarılmıştır. GGM Yönetmeliği'ne dayalı olarak da Geri Gönderme Merkezleri Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönerge (GGM Yönergesi) çıkarılmıştır.

Bu genel açıklamalardan sonra, aşağıdaki başlıkta, geri gönderme merkezlerinde sağlanan hizmetlerden kısaca bahsedilecektir.

23 İçişleri Bakanlığı'na bağlı Genel Müdürlük YUKK m.103 hükmü ile "göç alanına ilişkin politika ve stratejileri uygulamak, bu konularla ilgili kurum ve kuruluşlar arasında koordinasyonu sağlamak, yabancıların Türkiye'ye giriş ve Türkiye'de kalışları, Türkiye'den çıkışları ve sınır dışı edilmeleri, uluslararası koruma, geçici koruma ve insan ticareti mağdurlarının korunmasıyla ilgili iş ve işlemleri yürütmek üzere" kurulmuştur.

24 GİGM, 'İdari Faaliyet Raporu 2017' (2018) <http://www.goc.gov.tr/files/files/Goc_idaresi_2017_.pdf>. accessed 18 June 2019.

25 European Court of Human Rights. Mahkeme, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer alan hakların ihlallerine ilişkin denetim yapmak üzere 1959 yılında kurulmuştur.

26 Dış İşleri Bakanlığı'nın 321 No'lu, "17 Ekim 2017, Avrupa İşkencenin Önlenmesi Komitesi'nin 16-23 Haziran 2015 Tarihlerinde Ülkemizi Ad Hoc Ziyaretine Dair Raporun Yayınlanması Hk." adlı açıklaması < http://www.mfa.gov.tr/no_-321_-avrupa-iskencenin-onlenmesi-komitesinin-16-23-haziran-2015-tarihlerinde-ulkemizi-adhoc-ziyaretine-dair-raporun-yayinlanmasi-hk.tr.mfa> accessed 23 April 2019.

27 RG 22.4.2014/28980.

B. Geri Gönderme Merkezlerinde Sağlanacak Hizmetler

1. Genel Bilgi. Geri gönderme merkezinde sağlanacak hizmetler YUKK m.59²⁸ ve GGM Yönetmeliği m.14²⁹ hükümleriyle düzenlenmiştir. Bu hizmetler sağlanırken GGM Yönetmeliği m.4 hükmünde³⁰ sayılan esaslar gözetilecektir.

Yabancıların geri gönderme merkezlerindeki tutulma koşullarının, sağlanacak hizmetlerin kalitesinin sadece YUKK'a yahut GGM Yönetmeliği'ne uygun olması yeterli değildir. Bu merkezlerde sağlanacak hizmetlerin, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (AY)³¹ m.17, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)³² m.3, Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme (MSHS)³³ m.7 hükümlerine de uygun olması gerekmektedir. Zira burada sağlanacak hizmetler, "aşağılayıcı muamele yasağı" kapsamında incelenmektedir.

Ayrıca gerek AYM gerekse AİHM bu merkezlerdeki tutulma koşullarının CPT³⁴ Standartları³⁵'na uygunluğunu da denetlemektedir. Dolayısıyla, burada sağlanacak hizmetler, hizmetin kalitesi, merkezlerin fiziki durumu gibi hususların CPT Standartlarına da uygun olması gerekmektedir.

Bunun yanında, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 9 Aralık 1988 tarihli ve 43/173 sayılı Kararıyla kabul edilmiş olan "Herhangi Bir Biçimde Tutulan veya Hapsedilen Kişilerin Korunması İçin Prensipler (BM Prensipleri)" ve BMMYK Yürütme Komitesi'nin Mültecilerin ve Sığınmacıların Alıkonulmasına ilişkin 44

28 Madde 59/1: Geri gönderme merkezlerinde; a) Yabancı tarafından bedeli karşılanamayan acil ve temel sağlık hizmetleri ücretsiz verilir, b) Yabancıya; yakınlarına, notere, yasal temsilciye ve avukata erişme ve bunlarla görüşme yapabilmek, ayrıca telefon hizmetlerine erişme imkânı sağlanır, c) Yabancıya; ziyaretçileri, vatandaşı olduğu ülke konsolosluk yetkilisi, Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği görevlisiyle görüşebilme imkânı sağlanır, ç) Çocukların yüksek yararları gözetilir, aileler ve refakatsiz çocuklar ayrı yerlerde barındırılır, d) Çocukların eğitim ve öğretimden yararlandırılmaları hususunda, Millî Eğitim Bakanlığınca gerekli tedbirler alınır. (2) Göç alanında uzmanlığı bulunan ilgili sivil toplum kuruluşu temsilcileri, Genel Müdürlüğün izniyle geri gönderme merkezlerini ziyaret edebilirler.

29 Madde 14/1: Merkezlerde verilecek hizmetler şunlardır: a) Barınma ve beslenme. b) İç ve dış güvenlik. c) Yabancı tarafından bedeli karşılanamayan acil ve temel sağlık hizmetleri. ç) Psikolojik ve sosyal destek faaliyetleri. d) Özel ihtiyaç sahiplerine uygun alanların tahsis edilmesi. e) Barınanların kıymetli eşyalarının emanete alınması. f) Merkezler arası nakil ve sınır dışı nakil işlemleri. g) Genel Müdürlükçe uygun görülen diğer hizmetler. (2) Birinci fıkrada belirtilen hizmetlerin sağlanması ile buna ilişkin standartlar Genel Müdürlük tarafından belirlenir.

30 Madde 4/1: Merkezlerin kurulması, işletilmesi ve işlettilmesinde ve bu Yönetmelik kapsamında verilecek hizmetlerin yerine getirilmesinde aşağıdaki usul ve esaslara göre hareket edilir: a) Yaşam hakkının korunması. b) İnsan odaklı yaklaşım. c) Refakatsiz çocuğun yüksek yararının gözetilmesi. ç) Özel ihtiyaç sahiplerine öncelik tanınması. d) Kişisel bilgilerin gizli tutulması. e) Yapılacak işlemlerde ilgililerin bilgilendirilmesi. f) Barınanların sosyal ve psikolojik açıdan güçlendirilmesi. g) Barınanların inanç ve ibadet özgürlüklerine saygı gösterilmesi. ğ) Barınanlara dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin hizmet verilmesi.

31 Kanun Numarası: 2709, Kabul Tarihi: 7.11.1982, RG 18.10.1982/17863 (Mükerrer).

32 RG 19.3.1954/8662.

33 RG 21.7.2003/25715. Türkiye Sözleşmeyi, "Sözleşme'nin hükümlerinin yalnızca Türkiye'nin diplomatik ilişkisi bulunan taraf devletlere karşı uygulanacağını" şeklinde bir beyanla kabul etmiştir.

34 Avrupa İşkencenin ve İnsanlık dışı veya Onur kırıcı Ceza veya Muameleinin Önlenmesi Komitesi. European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT). İşkencenin ve Gayriinsani ya da Küçültücü Ceza veya Muameleinin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi'ne taraf olan Devletler Komite'ye üyedir. Komite, Sözleşme'ye üye devletlere ziyarette bulunarak rapor hazırlar. Sözleşme'nin ihlallerini inceleyen bir yargı organı vasfını haiz değildir.

35 CPT/Inf/E (2002) 1 - Rev. 2010 < <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opensslpdf.pdf?reldoc=y&docid=4d78827e2>> accessed 23 April 2019.

Nolu Kararı (BMMYK 44 Nolu Karar) ve BM Genel Kurulu'nun 45/113 Nolu ve 14.12.1990 tarihli kararı ile kabul edilmiş Özgürlüğünden Yoksun Bırakılan Çocukların Korunmasına İlişkin Kurallar (Havana Kuralları) da sağlanacak hizmetler konusunda dikkate alınması gereken ilkeleri ihtiva etmektedir. Bu sebeple bu belgeler de geri gönderme merkezlerinde sağlanan hizmetler bakımından göz önünde bulundurulmalıdır³⁶.

2. Barınma ve Beslenme Hizmetleri. GGM'de sağlanacak hizmetlerden ilki kuşkusuz barınma ve beslenme hizmetidir. Bu hizmet kapsamında, yabancıya düşen alanın 3 m²'den az olmaması, barınana açık havaya çıkma izni verilmesi, barınanların mahremiyetine mümkün olduğunca önem verilmesi, merkezlerdeki hijyenin sağlanması, verilen yemeklerin ortalama kalori ihtiyacını karşılayacak kalitede olması gerekmektedir. GGM Yönergesi'nde bu hizmetler m.38, m.39, m.41 ve m.44 hükümlerinde düzenlenmiştir.

3. Sağlık Hizmetleri. Geri gönderme merkezinde geçirilecek sürenin on iki ayı bulabileceği gerçeği göz önünde bulundurulduğunda, barınanların nitelikli sağlık hizmetlerinden yararlandırılmalarının önemi daha iyi anlaşılmaktadır³⁷. GGM Yönetmeliği incelendiğinde, geri gönderme merkezlerinde, yabancı tarafından bedeli karşılanamayan acil ve temel sağlık hizmetleri verileceğinin düzenlendiği görülmektedir.

GGM Yönergesi m.40 hükmüne göre, her yabancı için hem merkeze kabulde hem de merkezden çıkışta hekim raporu düzenlenecektir. Yabancıların kronik hastalığının bulunması, sürekli kullanması gereken bir ilacının bulunması durumunda bunlar da kayıt altına alınacak ve yabancıya, gereken kolaylık sağlanacaktır. İlaçların temini il müdürlüğünce sağlanacaktır. Yönergeye göre, merkezde devamlı doktor ve sağlık personelinin bulunması esas olsa da, bunun mümkün olmaması halinde, Valilik tarafından belirli periyotlarla doktor görevlendirilecektir. Barınanların hastalanması durumunda, merkezde doktor bulunmuyorsa, barınan, devlet hastanesine götürülecektir.

Ayrıca Yönerge, merkezde bir psikolog, bir sosyolog ve bir sosyal çalışmacı bulunacağını, psikoloğun ruhsal problemi olduğu düşünülen barınanlarla görüşme yapacağını ve barınanın hastaneye sevk edilebilmesi için psikolojik değerlendirme raporu hazırlayacağını, hakkında psikolojik desteğe ihtiyacı olduğunu değerlendirdiği barınana gerekli desteği vereceğini ve durumdan merkez müdürünü haberdar edeceğini düzenlemektedir (m.7). Aynı maddeye göre, sosyal çalışmacı ise refakatsiz çocukların, LGBT bireylerinin yaşam koşulları ve uyum süreciyle ilgili çalışma yapacaktır.

³⁶ Özbek (n 23) 21.

³⁷ Bahar Konuk Sommer and Bengü Kavlak, 'Mültecilerin Sağlık Hakkının Uluslararası Belgeler ve Türk Hukukundaki Düzenlemeler Işığında Değerlendirilmesi' (2017) 15 Legal Hukuk Dergisi 4281, 4304.

4. Haberleşme ve Ziyaret. YUKK'a göre geri gönderme merkezlerindeki yabancıların yakınlarına, notere, yasal temsilciye ve avukata erişme ve bunlarla görüşme yapabilme, ayrıca telefon hizmetlerine erişme ve ziyaretçileriyle, vatandaş olduğu ülke konsolosluk yetkilisiyle ve BMMYK görevlisiyle görüşebilme imkânı sağlanır (YUKK m.59/1-b,c).

Yönerge, barınma merkezlerine, merkezin kapasitesine uygun sayıda ankesörlü telefon konulacağını ve güvenlik endişesi haricinde bu telefonların kullanım dışı bırakılmayacağını düzenlemiştir (m.49).

Yönerge'nin 51.maddesi, barınanın ziyaretçileri ile ilgili düzenlemeler içermektedir. Hükme göre barınan, eşi, vasisi, üçüncü dereceye kadar kan ve ikinci dereceye kadar kayın hısımları ile merkezde görüşmeler için ayrılmış odada görüşebilir.

Ziyarete giderken ve ziyaretten dönüşte makul şüphenin varlığı halinde genel kolluğun denetim ve gözetiminde özel güvenlik görevlilerince barınanın üst ve eşya araması yapılabilir. Bu arama esnasında, kişinin onurunu incitecek ve aramanın amacıyla bağdaşmayan tutum ve davranışlardan kaçınılacaktır (m.51/7).

Ziyaretçilerin, barınanların sağlığı ve güvenliği için tehdit teşkil edecek eşyalarla ve iletişim araçlarıyla merkeze girmesi yasaktır (m.51/4). Bu eşyalar, girişte emanete alınacaktır. Ayrıca ziyaretçinin doğrudan barınana eşya ve para vermesi yasaktır. Para ve eşya tutanak ile teslim alınır ve barınanın isteği, merkez müdürünün ihtiyaç ile orantılı olarak uygun görmesi durumunda barınana verilir (m.51/6).

5. Avukat, Noter ve Diğer Yetkililerle Görüşme İmkânı. YUKK düzenlemesine baktığımızda, m.57/7 hükmü idari gözetim kararına karşı itiraz etmek isteyen yabancıların avukat tutacak maddi imkâna sahip olmaması halinde kendisine hukuki yardımın sağlanacağını; m.81 ise uluslararası koruma statüsü yahut başvuru sahibi kişilerden maddi imkânı bulunmayanlara hukuki yardım sağlanacağını düzenlemiştir. Ayrıca gözetim altında tutulan kimselerin, yasal temsilcisi, avukatı, noter, konsolosluk yetkilisi ve BMMYK yetkilisi ile görüşebileceği hüküm altına alınmıştır (YUKK m.59/1-b,c). GGM Yönetmeliği'nde ise konuya ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır.

GGM Yönergesi'nde ise bu husus m.52 hükmüyle düzenlenmiştir. Yönerge'nin 52.maddesine göre barınan, mesai saatleri içinde, konuşulanların duyulmayacağı ve fakat güvenlik sebebiyle görülebilecekleri bir yerde avukatıyla görüşebilecekler (m.52/1-a). Avukatların savunmaya ilişkin belgeleri, dosyaları ve müvekkilleri ile yaptıkları konuşmalar incelemeye tâbi tutulamayacaktır (m.52/1-b). Avukat, idarenin iş ve işlemlerini aksatmamak kaydıyla, gizlilik niteliği olmayan belgeleri inceleyebilecektir(m.52/1-c). Vekâlet sunmaları halinde ise bu belgelerden örnek alabileceklerdir (m.52/1-d). Yabancı, vekâlet sunamayan avukatı ile ancak üç kez görüşebilecektir.

6. Güvenlik Hizmetleri. Yönerge'ye göre merkezin dış güvenliği genel kolluk iç güvenliği ise özel güvenlik görevlileri tarafından sağlanacaktır (m.55). Merkezde meydana gelen olaylara ilk müdahale özel güvenlik görevlileri tarafından yapılacaktır. Vardiyada olay gerçekleşmesi halinde, bu olay tutanak altına alınacak ve vardiya değişim defterine işlenecektir (m.56). Ayrıca merkez, barınanların odaları hariç, yirmi dört saat boyunca güvenlik kameraları ile izlenecektir.

Yönerge'de, firar girişimlerini engellemek adına, sabah ve akşam sayım yapılacağı ve bu sayımlar sırasında kapı, pencere gibi odanın muhtelif yerlerinin kontrol edileceği düzenlenmiştir (m.58). Bunun yanında en geç bir aylık oda ve eklentilerde periyodik arama yapılacağı, her ayın son haftası da barınanların üstleri, eşyaları ve odaları başta olmak üzere merkezde detaylı arama yapılacağı düzenlenmiştir (m.59).

Ayrıca merkezde çıkabilecek büyük kavga, doğal afet yahut yangın gibi olaylara yönelik müdahale planı hazırlanması ve bu planın altı ayda bir kontrol edilerek güncel tutulması öngörülmüştür (m.60).

GGM'de sağlanan başlıca hizmetler bunlardır. Bu hizmetlerin yerine getirilmesinden, dolayısıyla GGM'lerin fiziki koşullarından dolayı bir zarar meydana geldiğinde, bu zararların tazminine ilişkin öngörülen başvuru yollarının incelenmesi gerekmektedir. Aşağıdaki bölümde bu başvuru yolları, YUKK öncesi dönem de dikkate alınarak, ayrıntılı biçimde incelenecektir.

III. Geri Gönderme Merkezlerindeki Fiziki Koşulların Denetime Yönelik Öngörülen Başvuru Yolları

A. Genel Bilgi

İdari gözetimde keyfililiğin önüne geçilmesi için öngörülecek güvenceler, sadece gözetimin hukukiliğinin denetlenmesine yönelik değil aynı zamanda tutulma koşullarının denetlenmesine de yönelik olmalıdır. Bu hususa CPT tarafından da dikkat çekilmiş ve CPT, gözetim yerlerinin bağımsız kuruluşlar tarafından denetlenmesine müsaade edilmesi ve kişinin tutulma koşullarına karşı başvurabileceği şikâyet mekanizmalarının öngörülmesi gerektiğini belirtmiştir³⁸.

AİHM de Sözleşme'den doğan hak ve özgürlüklerden yararlanılmasını sağlamak amacıyla, AİHS m.13 gereği, bu hak ve özgürlüklerin ihlali halinde başvurulabilecek ve ihlalden kaynaklanan zararın tazminine karar verebilecek bir iç hukuk yolu öngörülmesi gerektiğini belirtmektedir³⁹. Ayrıca öngörülecek hukuk yolu, m.3 hükmünün ihlaline ilişkin iddiaları inceleyeceğinden, ihlali önleyecek yetkiyi de kendisinde bulundurmalıdır⁴⁰.

38 CPT, Immigration Detention Fact Sheet (CPT/Inf(2017)3) (2017) 7.

39 Osman Doğru and Atilla Nalbant, *İnsan Haklar Avrupa Sözleşmesi Açıklamalar ve Önemli Kararlar (IHAS 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, Ek Protokol 1-1, 1-2, 1-3 Maddeler)*, Vol. II (Şen Matbaa 2012) 566.

40 Ananyev and Others v Russia App no 42525/07 (ECHR, 10 January 2012), para.96.

AİHM'e göre, etkili iç hukuk yolunun varlığına dair inceleme yapılması için aşağılayıcı muamele yasağının ihlal edilmiş olması da gerekmez. Mahkeme, m.3 hükmüne yönelik ihlale hükmetmese bile, ihlal olması halinde, başvurulacak bir tazminat yolu öngörülmemişse m.13 hükmünün ihlal edildiğine karar verebilir⁴¹.

AİHM, tutma koşullarını, büyük ölçüde, AİHS m.3 nezdinde düzenlenen "aşağılayıcı muamele yasağı" çerçevesinde ve koşulları olduğu müddetçe m.8 nezdinde düzenlenen "aile hayatına saygı ve özel hayata saygı hakları" çerçevesinde değerlendirmektedir. AİHM'in tutma koşullarını m.3 kapsamında değerlendirmesinin nedeni, devletin özgürlüğünden yoksun bıraktığı kişinin beden ve ruh sağlığından sorumlu olmasıdır⁴².

Barınma, beslenme ve sağlık hizmetlerine ilişkin uygulamalar, aşağılayıcı muamele yasağının ve mahremiyeti ihlal ettiği ölçüde, özel hayata saygı hakkının ihlaline sebep olabilmektedir. Haberleşme ve ziyarete ilişkin uygulamalar da AİHS m.8 kapsamında düzenlenen aile hayatına saygı hakkının ihlali sonucunu doğurabilmektedir. Ayrıca güvenlik hizmetleri de, kişinin dış dünyayla bağlantısını kestiği ve tecrit uygulamasına dönüştüğü ölçüde, aşağılayıcı muamele yasağını ve aile hayatına saygı hakkını ihlal edebilecektir.

AYM içtihatlarına baktığımızda, uygulamanın AİHM uygulaması ile paralel gittiğini görmekteyiz. AYM de, aşağıda incelenecek kararlarda görüleceği üzere, AİHM ile aynı gerekçelere dayanarak tutma koşullarına yönelik bir iç hukuk yolu öngörülmesi gerektiğini ve bu yolun hem ihlali önlemeye hem de ihlalden doğan zararının tazminini gidermeye uygun bir yol olması gerektiğini belirtmekte ve AİHS m.13'ün karşılığı sayılabilecek AY m.40 hükmü çerçevesinde değerlendirme yapmaktadır. Ayrıca AYM de, m.40'ın ihlaline karar vermek için m.17'nin ihlal edilmesini şart koşmamaktadır⁴³.

AYM önüne gelen başvurularda, insanlıkla bağdaşmayan muamele yasağının düzenlendiği AY m.17, özel hayatın gizliliği esasının düzenlendiği AY m.20 ve aile hayatının korunmasına ilişkin düzenleme içeren AY m.41 hükümlerinin ihlaline ilişkin iddiaların gündeme getirildiği görülmektedir. Fakat AYM, başvuruolarının olaya ilişkin nitelendirmesiyle bağlı olmadığını belirterek, kendi takdir ettiği maddeler çerçevesinde değerlendirme yapmaktadır. Bu maddeler ise m.17 ve m.40 hükümleridir.

41 Doğru and Nalbant (n 40) 567.

42 Osman Doğru and Atilla Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklamalar ve Önemli Kararlar (IHS 2, 3, 4, 5, 6 ve 7. Maddeler)*, Vol. I (Şen Matbaa 2012) 160.

43 bkz. Anayasa Mahkemesi, 2014/15824, 22.9.2016, para.94-100. AYM, Yalova Emniyet Müdürlüğü Nezarethanesindeki tutuma koşullarının kötü olmasından ötürü AY m.17 hükmünün ihlal edildiğini iddia eden I.S.'nin iddialarını somut açıklamalara dayanmadığı gerekçesiyle reddetmiş olmasına rağmen AY m.17 hükmüne ilişkin etkili bir iç hukuk yolu olmadığı ve bu sebeple AY m.40 hükmünün ihlal edildiği iddiasını değerlendirmiş ve AY m.40 hükmünün ihlal edildiğine karar vermiştir.

Bu genel açıklamalardan sonra aşaşıdaki başlıklarda YUKK öncesi dönemde ve YUKK sonrası dönemde düzenlenen başvuru yolları incelenecektir.

B. YUKK Öncesi Dönem

YUKK öncesi dönemde, tutma koşullarına yönelik bir hukuk yolu öngörölmüş değildi. Bu sebeple Türkiye, AİHM tarafından defalarca tazminat ödemeye mahkûm edilmiştir. Belirtmek gerekir ki çalışmanın yapıldığı tarihte, AİHM tarafından verilmiş olan tüm ihlal kararları YUKK öncesi döneme ilişkindir.

AİHM önüne gelen Türkiye'ye ilişkin uyuşmazlıklarda, idari gözetimdeki tutma koşullarına ilişkin tazminat taleplerine yönelik bir iç hukuk yolu bulunmaması sebebiyle, m.3 ile birlikte m.13 hükmünün ihlaline hükmedilen ilk karar Yarashonen-Türkiye⁴⁴ kararıdır.

Kumkapı GGM'de tutulan Zalim Yarashonen, tutulma şartlarına yönelik başvurulabilecek etkili bir hukuk yolu olmadığını belirtmiş, Türk Hükümeti ise bu iddiaya karşı AY m.36 ve AY m.125⁴⁵ hükümleri gereğince, İdari Yargılama Usulü Kanunu (İYUK)⁴⁶ m.2/1-b'de düzenlenen yargı yoluna başvurulabileceğini belirtmiş ve iç hukuk yollarının tüketilmemesi sebebiyle başvurunun reddedilmesini talep etmiştir⁴⁷.

AİHM, aşaşılayıcı muamele söz konusu olduğundan, öngörölen yolun zararı tazmin etmenin yanında ihlali önleyici niteliğinin de olması gerektiğini belirtmiştir. Aksi durumda, sadece ihlal tamamlandıktan sonra zarar tazmin edilecek böylece aşaşılayıcı muamele yasallaşmış olacaktır⁴⁸. Mahkeme, Hükümetin, önerdiği bu yolun hem aşaşılayıcı muameleyi önleyici hem de muamele sonucunda oluşan zararı tazmin edici nitelikte olduğunu, konuya ilişkin verilen yargı kararlarıyla kanıtlaması gerektiğini ve fakat bu iddiasını kanıtlayacak kararlar sunmadığını belirtmiştir. Bu sebeple, AİHS m.3 kapsamında tutulma koşullarına yönelik etkili bir iç hukuk yolu olmadığından m.13 hükmünün ihlaline karar vermiştir⁴⁹.

44 *Yarashonen v Turkey* App no 72710/11 (ECHR, 24 December 2014).

45 Madde 125: (1) İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır... (son fıkrta) İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.

46 Kanun Numarası: 2577, Kabul Tarihi: 6.1.1982, RG 20.1.1982/17580.

47 *Yarashonen v Turkey*, para.52.

48 ibid para.61.

49 ibid para. 66.

Daha sonra AİHM, sırasıyla Aliev-Türkiye⁵⁰, Musaev- Türkiye⁵¹, T.A., A.- Türkiye⁵², S.A.- Türkiye⁵³, Alimov- Türkiye⁵⁴, Amerkhanov- Türkiye⁵⁵ ve Batyrkhairov- Türkiye⁵⁶ kararlarında Yarashonen Kararında ulaştığı sonuçtan farklı bir sonuca ulaşmasını gerektirecek yeni bulgular olmaması sebebiyle tutulma koşulları bağlamında m.13 hükmünün ihlaline hükmetmiştir.

YUKK öncesi döneme ilişkin olarak, AYM önüne gelen, tutulma koşulları ve buna yönelik etkili iç hukuk yolunun bulunmadığı iddiasına dair ilk başvuru ise Rıza Boudraa Başvurusudur⁵⁷. Rıza Boudraa, başvurusunda, altmış sekiz gün boyunca tutulduğu Yalova Emniyet Müdürlüğü Yabancılar Şube Müdürlüğü Nezarethanesindeki tutulma koşullarına yönelik bir iç hukuk yolu bulunmadığını belirterek AY m.17 çerçevesinde AY m.40 hükmünün ihlal edildiğini iddia etmiştir⁵⁸. Mahkeme ise incelemeyi sadece AY m.17 çerçevesinde yapmış, m.40 bağlamında etkili iç hukuk yollarının varlığını değerlendirmemiştir⁵⁹.

AYM'nin bu konuda karar verdiği ikinci başvuru ise F.A. ve M.A. Başvurusudur⁶⁰. Başvurucular Kumkapı GGM'de tutuldukları süre boyunca içinde buldukları koşullara yönelik başvurabilecekleri bir iç hukuk yolunun bulunmadığını iddia etmişlerdir⁶¹. Bakanlık AİHM başvurularında olduğu gibi AYM başvurusunda da, kişilerin AY m.125 gereği idari yargı yoluna başvurabileceklerini, bu sebeple, iç hukuk yollarını tüketmediklerinden başvurunun reddedilmesi gerektiğini savunmuştur.

AYM, bu başvuruyla ilk defa, AY m.17 hükmü ile ilişkili olarak AY m.40'a yönelik değerlendirme yapmıştır. AYM bu kararında, insanlık haysiyetiyle bağdaşmayan muamele söz konusu olduğunda öngörülmesi gereken yolun özelliklerine ilişkin olarak AİHM'in Yarashonen Kararında belirttiği ilkeleri aynen kabul etmiştir. Yani

50 *Aliev v Turkey* App no 30518/11 (ECHR, 21 October 2014). para.92.

51 *Musaev v Turkey* App no 72754/11 (ECHR, 21 October 2014). para.54-55.

52 *T.A., A. v Turkey* App no 47146/11 (ECHR, 21 October 2014). para.86.

53 *S.A. v Turkey* App no 74535/10 (ECHR, 15 December 2015). para.42.

54 *Alimov v Turkey* App no 14344/13 (ECHR, 6 September 2016). para.66.

55 *Amerkhanov v Turkey* App no 16026/12 (ECHR, 5 June 2018). para.83.

56 *Batyrkhairov v Turkey* App no 69929/12 (ECHR, 5 June 2018). para.78

57 Anayasa Mahkemesi, 2013/9673, 21.1.2015.

58 ibid para.33.

59 Belirtmek gerekir ki başvuran, kaldığı yerin havasız, gürültülü, doğrudan gün ışığı almayan, sigara içilen bir mekân olduğunu; açık havaya çıkarılmadığını, astım hastalığının kötüleştiğini, sağlıklı tedavi hizmetinin sunulmadığını iddia etse de AYM, başvurana gerekli tıbbi bakımın yapıldığını dolayısıyla fiziksel ve ruhsal sağlığının korunması gerekliliğine uygun hareket edildiğini bu sebeple başvuranın içinde bulunduğu durumun insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele olarak nitelendirilmesi için gereken asgari ağırlık eşliğine ulaşmadığını belirterek başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olduğuna karar vermiştir (para.63-64). Bunun üzerine Rıza Boudraa AİHM'e başvurmuş ve fakat etkili iç hukuk yollarının bulunmadığına ilişkin iddiasını AİHM önünde yinelenememiştir. Bu sebeple AİHM sadece AİHS m.3 çerçevesinde bir değerlendirme yapmış ve AYM'nin sadece tıbbi uygulama bakımından değerlendirme yaptığını oysa başvurunun belirttiği diğer hususlarda haklı olduğunu değerlendirmiş ve AİHS m.3'ün ihlal edildiğine hükmetmiştir Boudraa v Turkey App no 1009/16 (ECHR, 28 November 2017), para.35.).

60 Anayasa Mahkemesi, 2013/655, 20.1.2016.

61 ibid para.39-40.

öngörülecek yol, tutulmaya ilişkin zararın tazminini mümkün kılmakla beraber, tutulma koşullarına ilişkin ihlali önleyebilecek nitelikte olmalıdır⁶².

AYM bu değerlendirmeye dayanarak, Bakanlığın bu özelliklere sahip somut bir yargı yoluna atıf yapmadığını, atıf yaptığı AY m.125 hükmünde belirtilen yolun m.17 kapsamında düzenlenen hakka yönelik ihlalleri önleyici yahut ihlalden kaynaklı zararın tazmin edici nitelikte bir yol olduğunu gösteren herhangi bir karar da sunmadığını belirtmiş ve etkili bir iç hukuk yolu bulunmadığını bu sebeple de AY m.40 hükmünün ihlal edildiğini hüküm altına almıştır⁶³.

AYM, daha sonra verdiği kararlarında da aynı gerekçeyle m.40 hükmünün ihlal edildiğine hükmetmiştir⁶⁴.

C. YUKK Sonrası Dönem

YUKK öncesi dönemde AİHM tarafından verilen kararlar, yasa koyucuyu idari gözetim uygulaması için kanuni düzenlemeler yapmaya yöneltmişse de aynı etki, tutulma koşullarına yönelik yargı yolu öngörülmesi hususunda görülmemektedir.

YUKK'da idari gözetim altına alınacak kişilerin geri gönderme merkezlerine götürüleceği ve bu merkezde sağlanacak hizmetler düzenlenmiş olsa da; merkezlerdeki tutulma koşullarına yönelik bir iç hukuk yolu düzenlenmemiştir. Dolayısıyla, YUKK'un yürürlüğe girmesi, tek başına, önceki dönemde mevcut olan duruma etki etmemiştir.

YUKK'un yürürlüğe girmesinden sonraki dönemde, tutulma koşullarına ve koşulların denetimine ilişkin AYM'nin karara bağladığı ilk başvuru, K.A. başvurusudur⁶⁵. Başvurucu, Kumkapı GGM'de tutulma koşullarının çok kötü olduğunu, kalması için tahsis edilen odada uyuşturucu bağımlılarının olduğunu ve bu sebeple burada değil, on iki kişiyle beraber televizyon odasında yere sünger sererek yattığını, kaldığı süre boyunca intihar eden, ağızlarını diken kimselerin olduğunu, doktora götürülmediklerini, polisin belli aralıklarla ilaç dağıttığını, ilk başlarda açık havaya çıkarılsa da son zamanlarda hiçbir surette açık havaya çıkarılmadığını, yaşadığı bu koşulların insan onuruyla bağdaşmadığını ve ayrıca bu koşulların iyileştirilmesine yahut koşullardan kaynaklanan zararının tazminine yönelik bir iç hukuk yolu da bulunmadığını belirterek AY m.17 ve m.40 hükümlerinin ihlal edildiğini iddia etmiştir⁶⁶.

62 ibid para.59.

63 (n 61) para.62,68.

64 Anayasa Mahkemesi, 2013/1649, 20.1.2016, para.56,62; Anayasa Mahkemesi, 2014/2841, 9.6.2016, para.49-50; Anayasa Mahkemesi, 2013/8810, 18.2.2016, para.47.

65 Anayasa Mahkemesi, 2014/13044, 11.11.2015. MHM, Acil Bir İhtiyaç: Türkiye'de İdari Gözetim Altına Alınan Yabancıların Ahkonulma Koşullarının Denetimi Görüş Notu (2017) 5 < <https://www.mhd.org.tr/images/yayinlar/MHM-44.pdf>> accessed 23 April 2019.

66 Anayasa Mahkemesi, 2014/13044, 11.11.2015, para.47.

AYM, kişi başına düşen alanın AİHM içtihatlarıyla öngörülen 3 m²'nin altında olmasının ve başvuranın açık havaya çıkarılmamasının tek başına insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele teşkil edeceğini ve bu nedenle diğer iddiaların incelenmesine gerek olmadığını belirterek m.17 hükmünün ihlal edildiğine karar vermiştir.

Başvurucunun iç hukuk yolu bulunmadığı iddiasına ilişkin olarak Bakanlık, AİHM kararlarıyla uyumlu yeni bir düzenleme yapıldığını ve geri gönderme merkezlerinin YUKK ile düzenlendiğini, başvurucunun gerekli idari makamlara başvuru yapmadığını belirtmiştir. AYM bu iddiaya ilişkin olarak, YUKK m.57 hükmünde sadece sulh ceza hâkimliğine başvuru yolunun öngörüldüğünü ve bu yolun AY m.17/3 hükmüne uygun olarak tutulma koşullarını denetleyecek, gerektiğinde koşulların düzeltilmesine ya da tutmanın sonlandırılmasına karar verecek ve nihayetinde ihlalden doğan bir zarar olması durumunda bu zararı giderecek nitelikte bir yol olmadığını belirtmiştir.

AYM ayrıca, YUKK'ta öngörülen ve idari gözetimin devamına ilişkin olarak Valilik tarafından aylık periyotlarda yapılan denetimlerin ve sulh ceza hâkimliklerine yapılan başvuruların genelde olumsuz sonuçlanmasından dolayı bu yolların pratikte uygulanmadığı iddiasını gerçekçi bulmuştur⁶⁷. Bu sebeplerden dolayı da, AY m.17 hükmünün ihlal edildiği iddiasına yönelik olarak teoride ve pratikte etkili bir iç hukuk yolu bulunmadığını ve m.40 hükmünün ihlal edildiğini karara bağlamıştır.

AYM, K.A. başvurusuna ilişkin kararıyla YUKK'un tutulma koşullarının denetimine ilişkin bir hukuk yolu öngörmediğini ilk kez hüküm altına almıştır. B.T. Başvurusunun⁶⁸ karara bağlandığı tarihe kadar olan dönemde ise aynı gerekçelere dayanarak içtihadını sürdürmüştür⁶⁹.

AYM B.T. başvurusu ile tutulmanın maddi koşullarına ilişkin etkili bir iç hukuk yolu bulunmadığına ilişkin içtihadını değiştirmiştir. Başvuruya konu olayda, B.T., Kumkapı GGM'de tutulduğu süre boyunca merkezde kalan kişi sayısının zaman zaman 500 kişiyi bulduğunu, sağlık ve temizlik koşullarının oldukça kötü olduğunu, bulaşıcı hastalık taşıyan insanlarla bir arada kalmak zorunda olduğunu, haftada sadece on dakika açık havaya çıkabildiğini, bu koşullardan ötürü ruhsal dengesinin bozulduğunu ayrıca koşullara ilişkin başvurabileceği etkili bir iç hukuk yolunun da bulunmadığını belirtmiş AY m.17 ve m.40 hükümlerinin ihlaline karar verilmesini talep etmiştir⁷⁰.

AYM kararında, tutuldukları yerden salıverilen kişiler için ihlal sona erdiğinden etkili hukuk mekanizmasının tazminat yolu olduğunu belirtmiştir⁷¹. Mahkeme'ye

67 (n 67) para.77-78.

68 Anayasa Mahkemesi, 2014/15769, 30.11.2017.

69 (n 44) para.94-95.

70 (n 69) para.40.

71 ibid para.49.

göre, yapılan başvurularda, kişilerin tutulduklarının tespit edildiği nezarethaneler ve geri gönderme merkezlerinin denetimi, burada sağlanan hizmetler İçişleri Bakanlığı'nın sorumluluğundadır ve bu işleme dayanak idari gözetim kararı idari bir karardır⁷².

İYUK m.2/1-b hükmünde öngörülen tam yargı davasıyla, idarenin işlemlerinden doğan zararın tazmin edilmesi mümkündür. Mahkeme ayrıca, tutulma koşullarını inceleme bakımından idare mahkemelerinin AYM'ye göre avantajlı konumda olduğunu, idare mahkemesinin bilirkişi, keşif gibi delillerle koşulların değerlendirmesini daha iyi şekilde yapabileceğini ve bu durumun, gözetim altında tutulan kişinin lehine olacağını belirtmiştir⁷³.

Mahkeme bu bulgulara dayanarak, tam yargı davası başvuru yolunun tutulma koşullarından doğan zararların tazminini gidermek açısından başarı şansı sunan bir hukuk yolu olduğunu, bu yol tüketilmeden AMY'ye bireysel başvuru yapılmasının bireysel başvuru yolunun ikincil niteliğiyle bağdaşmayacağını belirtmiş başvurunun "*başvuru yollarının tüketilmemesi sebebiyle*" kabul edilemez olduğuna karar vermiştir⁷⁴.

Mahkeme üyelerinden Serruh Kaleli ise Mahkeme'nin bu görüşüne katılmamıştır. Kaleli'ye göre, tutma eylemi sona erdiği için ihlalin devam etmediği ve bu sebeple zararı giderecek yegâne yolun tazminat yolu olduğunu belirtmek, gerek AİHM içtihatlarıyla gerekse AYM'nin önceki içtihatlarıyla ortaya konan, aşağılayıcı muameleyle maruz kalan kişiye yapılanları meşrulaştırmaktan kaçınma esasına aykırılık teşkil etmektedir⁷⁵.

Bunun yanında, ihlali önleyici eylemin toplumdaki herkesin istifade edeceği bir alanı kuşatması gerekirken, tazminat bireysel bir etki alanını haizdir⁷⁶. Ayrıca, tazminat davalarında ispat külfeti zarar gördüğünü iddia edene aittir. Bu durum da aşağılayıcı muameleyle maruz kalan kişinin aleyhinedir. Üstelik etkili yol belirlenirken, benzer ihtilaflarda istikrarlı bir şekilde ihlalin varlığını tespit etmiş ve hukuk sisteminde emsal olmuş kararlar dizisinin varlığı aranmalıdır⁷⁷. Bu sebeplerden ötürü, Serruh Kaleli'ye göre, AYM'nin bu içtihat değişikliği yerinde değildir.

AYM, B.T. Başvurusuna ilişkin kararında, olayı sadece tazminat hususu bağlamında incelemiştir. Olayda ihlal sona erdiği için bu şekilde bir değerlendirme yapıldığı söylenebilir. Fakat, AYM'nin tutma koşullarına ilişkin içtihat değişikliğine

72 ibid para.53

73 ibid para.54-56.

74 ibid para.58.

75 Anayasa Mahkemesi, 2014/15769, 30.11.2017, Karşı Oy, para.55.

76 ibid para.59.

77 ibid para.60.

gittiği kararında sadece bu açıdan değerlendirme yapması kabul edilemez. Kaldı ki, karşı oy yazısında da belirtildiği üzere, bu yolun zararı tazmin edeceğine ilişkin somut bir veri de yoktur. Zira, AYM'nin çözüm olarak sunduğu bu yol, hem AİHM önündeki davalarda hem de AYM nezdindeki başvurularda Hükümet tarafından halihazırda sunulmuş ve fakat buna rağmen yolun etkinliğine dair, doğrudan geri gönderme merkezleriyle alakalı tek bir karar dahi mahkemelere sunulmamıştır. B.T. başvurusunda da bu durum devam ederken, Mahkeme varsayımdan hareket etmiştir.

Bunun yanında, önceden de belirtildiği gibi, aşağılayıcı muamele yasağına, dolayısıyla AİHS m.3 hükmüne yönelik bir ihlal söz konusu olduğunda, AİHM, öngörülen yolun “*ihlali önleyici*” niteliğe haiz olması gerektiğini özellikle vurgulamaktadır. Oysa AYM, B.T. kararında, tam yargı davası ile ihlalin ne şekilde önlenebileceğine dair bir değerlendirme yapmamış; bu kısmı adeta es geçmiştir.

Bu sebeplerden dolayı, AYM'nin oy çokluğuyla verdiği bu karara katılmanın mümkün olmadığı ve bu karara rağmen Türk hukukunda hala etkili iç hukuk yolunun bulunmadığı kanaatindeyiz.

AYM B.T. kararından sonra yapılan başvuruları ise “başvuru yollarının tüketilmemesi” nedeniyle kabul edilemez başvuru olarak değerlendirip reddetmiştir⁷⁸.

Dolayısıyla, B.T. Başvurusundan sonra, geri gönderme merkezlerindeki fiziki koşullara yönelik olarak, öncelikle idare mahkemelerinde tam yargı davası açılacaktır. Buna yönelik olarak, aşağıdaki başlıkta tam yargı davasına ilişkin genel bir değerlendirme yapılacaktır.

1. Tam Yargı Davası. İdarenin kamu gücüne dayalı olarak tesis ettiği idari işlemleri yahut gerçekleştirdiği idari eylemleri dolayısıyla hakları ihlal edilen kişilerin bu ihlalden dolayı oluşan zararlarının tazmini için tam yargı davası düzenlenmiştir⁷⁹.

İYUK m.13 hükmüne göre, idari eylemlerden dolayı hakları ihlal edilmiş olanların idari dava açmadan önce, eylemleri yazılı yahut başka şekilde öğrenmelerini takiben bir yıl her hâlükârda eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde ilgili idareye başvurarak haklarının yerine getirmesini istemek zorundadır. Bu başvurunun kısmen ya da tamamen reddedilmesi halinde işlemin tebliğini izleyen günden itibaren; idare hiç

78 Anayasa Mahkemesi, 2014/18827, 20.12.2017; Anayasa Mahkemesi, 2014/1369, 20.12.2017; Anayasa Mahkemesi, 2014/16413, 20.12.2017; Anayasa Mahkemesi, 2014/3955, 10.1.2018; 2015/15764, 4.4.2018; Anayasa Mahkemesi, 2014/2841, 9.6.2016; Anayasa Mahkemesi, 2014/2427, 9.5.2018; Anayasa Mahkemesi, 2015/9776, 28.6.2018; Anayasa Mahkemesi, 2014/19481, 4.5.2018; Anayasa Mahkemesi, 2015/15273, 17.7.2018; Anayasa Mahkemesi, 2015/6543, 11.6.2018; Anayasa Mahkemesi, 2014/688, 19.12.2017; Anayasa Mahkemesi, 2014/16575, 11.6.2018; Anayasa Mahkemesi, 2015/8465, 13.9.2018; Anayasa Mahkemesi, 2015/7305, 11.6.2018; Anayasa Mahkemesi, 2015/1474, 28.1.2015; Anayasa Mahkemesi, 2014/2114, 19.12.2017; Anayasa Mahkemesi, 2014/6493, 25.12.2018; Anayasa Mahkemesi, 2014/16577, 26.12.2018; Anayasa Mahkemesi, 2014/19436, 26.12.2018; Anayasa Mahkemesi, 2017/31040, 9.1.2019; Anayasa Mahkemesi, 2014/17572, 7.2.2019; Anayasa Mahkemesi, 2015/516, 20.3.2019.

79 Yakup Gönen, ‘Hak Arama Özgürlüğü Bağlamında Tam Yargı Davasındaki Usul ve Sürelerin Haksız Fiilden Kaynaklanan Tazminat Davası İle Karşılaştırılması’ (2016) 7 İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 451, 453.

cevap vermemişse altmış günlük cevap verme süresinin bittiği tarihten itibaren, dava süresi içinde dava açılabilir. Dava açma süresi ise altmış gündür (İYUK m.7/1).

Görülmektedir ki eğer ihlal idarenin eyleminden kaynaklanıyorsa kişi tam yargı davası açmadan önce bir ön karar almak zorundadır⁸⁰. Bu durumda idari gözetim açısından idari işlem ve idari eylem ayırımına değinmek gerekmektedir.

İdari işlem kamu gücü ayrıcalığına dayanan hukuki sonuç doğurmaya yönelik irade açıklaması olarak tanımlanmaktadır⁸¹. Valilik makamı tarafından alınan idari gözetim kararı bu anlamda idari işlemdir.

İdari eylem ise, kamu hukuku rejimine tâbi kamu hizmetleri alanında, idarenin kamu görevlileri aracılığı ile gerçekleştirdiği fiziksel eylem ve davranışlardır⁸². Anayasa Mahkemesinin B.T. kararında kişilerin geri gönderme merkezlerinde tutulmasının bir idari eylem olduğu⁸³ ve bu eylemin idari nitelik taşıyan bir karara dayandığı ifade edilmektedir⁸⁴.

AYM'nin bu tanımına karşılık doktrinde idari eylem konusunda bir görüş birliği bulunmamaktadır. Bir görüşe⁸⁵ göre idari eylem, idari bir işleme dayanmayan ve idari bir işlemin icra aşamasını oluşturmeyen fiili hareket yahut maddi olayken, diğer bir görüşe göre⁸⁶, ise idari bir işlemin uygulaması olan yahut hiçbir işleme dayanmayan fiili hareketlerdir.

Danıştay Büyük Genel Kurulu ise, 1972/2 E., 1973/10 K. sayılı ve 14.4.1973 tarihli içtihadı birleştirme kararında idari eylemi, “temelinde idari bir işlem veya karar olmayan idari faaliyet” olarak tanımlamıştır⁸⁷.

80 ibid 458.

81 Kemal Gözler, *İdare Hukuku Vol. I* (Ekin 2003) 553.

82 Ahmet Emrah Akyazan, ‘Maddî Açıdan İdari İşlemler’ (2009) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 220, 238.

83 (n 69) para.54.

84 ibid para.53.

85 Turgut Candan, *Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu* (7th edn, Yetkin 2017) 286; Kazım Yenice and Yüksel Esin, *Açıklamalı - İçtihatlı - Notlu İdari Yargılama Usulü*, (1983) 398.

86 A Şeref Gözübüyük and Turgut Tan, *İdare Hukuku V.I Genel Esaslar* (12th edn, Turhan Kitapevi 2018) 393; Taner Ayanoğlu, *İdari Eylemin Tanımlanması (Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarına Göre)* (Legal Yayınevi 2004) 48; Selami Demirkol, ‘İdare Hukukunda İdari Eylemler Olgusu’ (2001) 12 Sayıştay Dergisi 1, 2 <<https://jurix.com.tr/article/9316>> accessed 18 June 2019.

87 ‘...İdari işlem kısaca, idare makamlarının idare fonksiyonu ile ilgili konularda aldığı tek taraflı icrai karar olarak nitelenir; idari fiil ise, idarenin fonksiyonu sırasındaki bir hareketini, bir olayı, bir tutumu anlatır. Bir idari karar ve işleme ilgisi olmayan idari fiilin, salt maddî tasarruflun zarara yol açması, dava konusu edilebileceği gibi; bir idari işlemin uygulanması için yapılan idari eylemden doğan zarar da dava edilebilir. İdari eylemden söz eden 521 sayılı Danıştay Kanununun 72 nci maddesi; öncesinde, temelinde bir idari karar veya işlem olmayan, bütünüyle, salt idari eylem olarak ortada olan idari faaliyet için getirilmiş bir hükümdür. Maddeye ilişkin Hükümet gerekçesinde ve doktrinde bu gibi eylemler özel hukuktaki haksız fiile benzetilmektedir (Millet Meclisi Tutanak Dergisi Dönüm: 1, Cilt: 23, Toplantı: 2, S. Sayısı: 369, Sayfa: 8)... Hukuki ve maddî tasarruflun karışması, tasarrufu 72 nci maddede kastolunan anlamda idari fiil olarak nitelemek için yeterli değildir; idari zabta faaliyetlerinde bile, ön planda idari fiil görünmesine rağmen (ses ve müziğin belli saattan sonra zabıtaca menî gibi) ortada idari zabta talimatnamesine ve sözlü idari karara dayalı bir işlem, bir hukuki tasarruf vardır...’

Bu açıklamalardan anlaşıldığı üzere, AYM'nin yaptığı nitelendirmenin aksine ikili bir ayrıma gitmek gerekmektedir. Zira yabancılar uygulamada, idari gözetim kararı alınmadan da nezarethanede yahut havalimanındaki alıkonma yerlerinde tutulabilmektedir. Bu durumda, tutma işleminin ve dolayısıyla tutulan yerde maruz kalınan koşulların idari bir karara dayanmadığı açıktır. Dolayısıyla, bu ihtimalde idari eylemden söz edilecektir. Bu sebeple, kişi idare mahkemesinde tam yargı davası açmadan önce ön karar almak zorunda kalacak; ön kararı almaması halinde idari merci tecavüzü söz konusu olacağından, dava dilekçesi, İYUK m.15/1-e hükmü gereğince zarardan sorumlu idareye gönderilecektir⁸⁸.

İdari gözetim kararı verilmesinden sonra kişinin geri gönderme merkezine götürülmesi ve burada barındırılması ise idari işlem niteliğinde olan idari gözetim kararının icrasından ibarettir. Kişiye geri gönderme merkezinde sunulan hizmetler de idari gözetim kararının gereğinin yerine getirilmesinden ibarettir. Bu sebeple, burada salt bir idari eylemden bahsedilemez. Dolayısıyla, ön karar alınmadan doğrudan tam yargı davası açılabilir.

AYM, bu davaların açılmasındaki süreye ilişkin değerlendirmelerin ise idare mahkemelerince yapılacağını hüküm altına almıştır. Bunun yanında AYM, idare mahkemelerinin, B.T. başvurusu sırasında AYM'de derdest olan ve fakat reddedilecek olaylara ilişkin dava açma sürelerini hesaplarkeken, kişilerin mahkemeye erişim hakkını engellemeyecek şekilde bir değerlendirme yapması gerektiğini hüküm altına almıştır⁸⁹.

Bu kapsamda değerlendirilmesi gereken bir diğer husus ise idari gözetimin yürütmesinin durdurulmasının istenip istenemeyeceğidir.

İYUK m.27/2 hükmüne göre, mahkeme ancak telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi halinde yürütmeyi durdurma kararı verebilecektir. Kanun düzenlemesine bakıldığında, ancak bir "*idari işlemin varlığı halinde*" yürütmenin durdurulması talep edilebilecektir.

Bununla beraber, idari işlemin yürütmesinin durdurulması ancak iptal davası açılması halinde mümkündür. Zira yürütmenin durdurulması, idari yargılama usulünde öngörülmüş ve iptal davasıyla sıkı ilişki içinde olan bir kurumdur⁹⁰. İptal davası ise, idari işlemde dolayı menfaati zarar gören kişinin, işlemin hukuka aykırı olduğunu ileri sürdüğü ve işlemin, tesis edildiği tarihten itibaren hukuki varlığının sonlandırılmasını talep ettiği davadır⁹¹.

88 Yasin Sezer and Hüseyin Bilgin, 'Danıştay Kararlarında İdari Başvurular' (2008) 57 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 337, 356.

89 (n 69) para.59.

90 Yenice and Esin (n 86) 575.

91 ibid 11.

Bu açıklamalara bakıldığında, yabancı, bir idari gözetim kararına binaen yahut bir karar olmaksızın özgürlüğünden yoksun bırakıldığında idari gözetimin yürütmesinin durdurulmasını talep edemeyecektir. Zira idari gözetim kararının varlığı halinde, bu kararın hukukilik denetimini yapma yetkisi YUKK ile münhasıran sulh ceza hâkimliklerine verilmiştir. Sulh ceza hâkimliklerince yapılan yargılamada idari yargılama usulüne özgü yürütmenin durdurulması kararının verilmesi mümkün değildir. Hâkimlik, ya idari gözetim kararını hukuka uygun bulacak ve gözetimin devamına karar verecek ya da kararın hukuka aykırı olduğundan bahisle idari gözetimin sonlandırılmasına hükmedecektir. Dolayısıyla, gerek haksız tutulmadan gerekse idari gözetim kararının icrası niteliğinde olan tutulma koşulları bakımından idari gözetim kararının yürütmesinin durdurulmasının istenmesi mümkün değildir.

İdari gözetim kararının yokluğunda ise ortada bir idari işlem değil ve fakat idari eylem söz konusu olduğundan iptal davası açılmayacak ve dolayısıyla yürütmenin durdurulması talep edilemeyecektir.

Sonuç olarak, Anayasa Mahkemesi'nin B.T. kararında öngördüğü tam yargı davası yolu sadece tutulma koşullarından yahut haksız tutulmadan dolayı ortaya çıkan zararın tazminine yönelik bir yoldur; ihlalin önlenmesine yönelik bir etkisi bulunmamaktadır. Bu sebeple, AİHS m.3 ve AY m.17 hükümlerinde düzenlenen aşağılayıcı muamele yasağına ilişkin öngörülen yargı yolunun, etkili bir iç hukuk yolu olabilmesi için "*ihlali önleyici niteliğinin de bulunması*" şartı, tam yargı davası açısından söz konusu değildir. Bu durum da, AYM'nin kararına rağmen, mevzuatımızda tutulma koşullarına yönelik etkili bir iç hukuk yolu olmadığına dair kanaatimizi güçlendirmektedir.

Yabancı, tam yargı davasından istediği sonucu alamaması halinde başvurabileceği bir diğer yol, Anayasa Mahkemesine yapılacak bireysel başvurudur. Aşağıdaki başlıkta bireysel başvuru yolu incelenecektir.

2. Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru. Bireysel başvuruya ilişkin düzenlemeler öncelikle AY m.148, m.149 ve geçici m.18 ile yapılmıştır. Bu maddelerle bireysel başvuruların Anayasa Mahkemesi tarafından değerlendirileceği ve bireysel başvuruya ilişkin esasların da çıkarılacak bir kanunla düzenleneceği hüküm altına alınmıştır. Bu hükme binaen 30.3.2011 tarihinde 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun⁹² kabul edilmiş ve Kanun'un 4. Bölümünde bireysel başvuruya ilişkin esaslar açıklığa kavuşturulmuştur. Bu Kanun'un yanında, 12.7.2012 tarihinde yürürlüğe giren Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü⁹³ ile de, bireysel başvuru uygulamasına ilişkin usul ve esaslar Anayasa ve ilgili Kanun çerçevesinde düzenlemiştir.

92 Kanun Numarası: 6216, Kabul Tarihi: 30.3.2011, RG.3.4.2011/27894.

93 Dayandığı Kanun ve Tarihi : 6216 30.03.2011, RG.12.7.2012/28351.

Kanun'un m.45/1 hükmüne göre, herkes, Anayasa'da tanınan temel hak ve özgürlüklerin yanı sıra, AİHS ve Türkiye'nin taraf olduğu ek protokollerindeki haklardan birinin ya da bir kaçının kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Kanun hükmünde "herkes" ifadesi kullanıldığı için bireysel başvuru hakkı bağlamında yabancı yahut Türk vatandaşı ayrımı yapılmamıştır. Yine aynı Kanun'un m.46/1 hükmüne göre, bireysel başvuru ancak ihlale yol açtığı ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal nedeniyle güncel ve kişisel bir hakkı doğrudan etkilenenler tarafından yapılabilecektir. Bunun yanında, m.46/3 hükmüne göre, yalnızca Türk vatandaşlarına tanınmış haklara ilişkin olarak, yabancılar ihlal iddiasında bulunamayacaktır.

Yukarıda da belirtildiği üzere, merkezlerdeki tutulma koşulları aşağılayıcı muamele yasağının düzenlendiği AY m.17 çerçevesinde incelenmektedir. Dolayısıyla, bu koşulların denetimi bireysel başvurunun kapsamına girmektedir⁹⁴. Aşağılayıcı muamele yasağı herkes için geçerli olduğundan 6216 sayılı Kanun'un m.46/3 hükmündeki sınırlamaya da tâbi olmayacaktır.

Bireysel başvuruda bulunmak için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması gerekmektedir (AY m.148/3). Yani, ihlale neden olduğu iddia edilen işlem yahut eylem için öngörülen tüm idari ve yargısal yollar tüketilmiş olmak zorundadır. Zira bireysel başvuru yolu ikincil niteliktedir⁹⁵.

GGM'lerdeki fiziki koşullar açısından olaya bakıldığında, tam yargı davasında karar alınmasıyla olağan kanun yolu tüketilmiş olacaktır. Olağan kanun yolunun tüketilmesinden itibaren otuz gün içerisinde bireysel başvuru yapılması gerekmektedir. Bu süre, tam yargı davasında verilen kararın kesinleşmesiyle başlayacaktır. Haklı bir mazeret sebebiyle, süresinde başvuramamış olanlar mazeretin ortadan kalktığı tarihten itibaren on beş gün içinde mazeretlerine ilişkin delillerle birlikte başvuru yapabilirler. Fakat bu durumda, Anayasa Mahkemesi öncelikle mazeretin kabul edilebilir olup olmadığını inceleyecektir (6216 sayılı Kanun m.47/5).

a. Anayasa Mahkemesi İç Tüzüğü Gereğince Tedbir Talep Edilmesi. Bireysel başvuru aşamasında tedbir kararlarına da hükmedilebilmektedir. Tedbire ilişkin Anayasa'da açık bir hüküm olmamakla beraber 6216 Sayılı Kanun'da tedbir kararı verilebileceği düzenlenmiş ve Anayasa Mahkemesi İç tüzüğü m.73 ile bu konuda ayrıntılı düzenleme yapılmıştır. 6216 sayılı Kanun'un m.49/5⁹⁶ hükmüne göre, Anayasa Mahkemesi, başvurucağın "*temel haklarının korunması için zorunlu gördüğü tedbirlere*" karar verebilir. Bu düzenleme, tedbir uygulamasının istisnai

94 Melek Acu, 'Bireysel Başvuruya Konu Edilebilecek Haklar' (2014) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 403.

95 Ekşi (n 8) 114.

96 Madde 49/5: Bölümler, esas inceleme aşamasında, başvurucağın temel haklarının korunması için zorunlu gördükleri tedbirlere re'sen veya başvurucağın talebi üzerine karar verebilir. Tedbire karar verilmesi hâlinde, esas hakkındaki kararın en geç altı ay içinde verilmesi gerekir. Aksi takdirde tedbir kararı kendiliğinden kalkar.

nitelik taşıdığını göstermektedir⁹⁷. Hangi hallerde tedbir uygulamanın zorunlu görülebileceği sorusuna da Anayasa Mahkemesi İç Tüzüğü'nün m.73/1⁹⁸ hükmü cevap vermektedir⁹⁹. Bu hükmeye göre, başvurucaunun “yaşamına ya da maddi veya manevi bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehlike bulunduğunun anlaşılması üzerine” başvurucaunun talebi üzerine ya da resen, Anayasa Mahkemesi Bölümlerince tedbir kararı verilebilecektir.

Doktrinde, m.73/1 hükmünün, 6216 Sayılı Kanun'un m.49/5 hükmüne aykırı bir düzenleme içerdiği savunulmaktadır¹⁰⁰. Zira Kanun, temel haklardan bahsederek genel bir çerçeve çizerken İç Tüzük hükmü, “başvurucaunun yaşamına ya da maddi veya manevi bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehlike bulunduğunun anlaşılması üzerine” ifadesini kullanarak tedbir kararı alınabilecek hakları sınırlamıştır¹⁰¹. Fakat GGM'lerdeki fiziki koşullar AY m.17 kapsamında incelendiğinden ve AY m.17 tedbir talebine dayanak oluşturacak hükümlerden olduğundan, tutulma koşullarına yönelik olarak tedbir talep edilebilecektir.

Bu bağlamda, AY m.17 hükmüyle bağlantılı olarak tedbir talebinde bulunulabilmesi için tüketilmesi gereken başvuru yolu, sulh ceza hâkimliğinde idari gözetim kararına karşı itiraz edilmiş olmasıdır. İtirazın reddedilmesi halinde, kararın yabancıya yahut yasal temsilcisine veya varsa avukatına tebliğ edildiği tarihten itibaren otuz gün içinde tedbir talep edilmelidir.

Geri gönderme merkezindeki tutulma koşulları nedeniyle, AY m.17'ye dayanılarak tedbir talebinde bulunulan ilk başvuru G.B. ve Diğerleri Başvurusudur. Başvurucauna konu olayda, başvurucaunların sulh ceza hâkimliğine yaptıkları itirazlar reddedilmiş; bunun üzerine başvurucaunlar Kumkapı GGM'de temel ihtiyaçlarının dahi karşılanmadığını, insan onuruna yakışmayan koşullar altında tutulduklarını, AY m.17'de düzenlenen haklarının ihlal edilmesi sebebiyle ruh ve beden sağlıklarının bozulduğunu iddia etmiş ve tedbir talebinde bulunmuşlardır¹⁰².

AYM, kararında, m.17'de düzenlenen hakkın ihlalinin önlenmesine ilişkin tedbir kararının verilebilmesi için başvurucaunun yaşamına ve maddi ve manevi vücut bütünlüğüne yönelik ciddi ve güncel bir tehlikenin varlığının arandığını belirtmiştir. Bunun yanında, m.17'de düzenlenen hakkın ihlaline neden olduğu iddia edilen muamelenin, aşağılayıcı muamele teşkil edebilmesi için, meşru bir muamele ya

97 Gonca Erol, ‘Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda ‘Tedbir’ (2017) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 55.

98 Madde 73/1: Başvurucaunun yaşamına ya da maddi veya manevi bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehlike bulunduğunun anlaşılması üzerine, Bölümlerce esas inceleme aşamasında gerekli tedbirlere re'sen veya başvurucaunun talebi üzerine karar verilebilir.

99 Erol (n 98).

100 Muharrem İlhan Koç, ‘Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün Kapsamı ve Bireysel Başvuru’ (2014) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 28.

101 ibid.

102 Anayasa Mahkemesi, 2015/15273, 17.7.2018 (n 79) para.1.

da cezanın barındırdığı rencide olma duygusu ve ıstırabın ötesine geçmiş olması gerekmektedir¹⁰³.

Bu sebeplerden ötürü Mahkeme, Kumkapı GGM'nin, küçük çocukların sağlığını tehdit edecek seviyede kirli olmasının, temiz hava alma imkânının bulunmamasının, yeterli gıda sağlanmamasının insan onurunu kırıcı seviyede olumsuz koşulların mevcut olduğu anlamına gelmeyeceğine ve bu durumun başvuruculara yönelik güncel ve kişisel bir risk oluşturduğunun ileri sürülmesinin, tedbir kararı verilebilmesi yönünden yeterli bir gerekçe olarak kabul edilemeyeceğine, dolayısıyla tedbir talebinin reddine karar vermiştir¹⁰⁴.

AYM bu bulgularıyla beraber kararında, devletin AY m.17 kapsamında, yetki alanında bulunan tüm bireylerin maddi ve manevi varlığını her türlü riske karşı korumaya yönelik pozitif yükümlülüğünün bulunduğunu ve bu sebeple YUKK m. 59 hükmünde belirtildiği üzere GGM'de tutulan yabancıya acil ve temel sağlık hizmetlerinin ücretsiz olarak verilmesinin ve gerektiğinde yabancının, fiziksel ve ruhsal sağlığının korunması amacıyla sağlık kurumuna sevkinin devletin sorumluluğu dâhilinde olduğunu belirtmiştir¹⁰⁵.

Kumkapı GGM'ye ilişkin aynı iddiaların dile getirildiği diğer tedbir talepleri de Mahkeme tarafından yine aynı gerekçelerle reddedilmiştir¹⁰⁶.

Mahkeme'nin verdiği kararları değerlendirmek için Kumkapı GGM'nin başvurucuların tutuldukları süreçteki koşullarına değinmek gerekmektedir. Bahsedilen kararların başvurucuları, Aralık 2014 ile Ocak 2015 tarihleri arasında çeşitli tarihlerde Kumkapı GGM'ye gönderilmiş ve karar tarihinde hala GGM'de bulunan kişilerdir. Söz konusu tarihlerde Kumkapı GGM'nin koşullarına yönelik olarak CPT'nin 16-23 Haziran 2015 tarihindeki ziyaretlere ilişkin olarak hazırladığı rapor¹⁰⁷ esas alınabilir.

Rapor'da Kumkapı GGM'de tutulan yabancıların çocuklar da dahil olmak üzere, en iyi ihtimalle haftada bir kere 20 ila 30 dakikalık süreyle açık havaya çıkarıldığını ve bu durumun kesinlikle kabul edilemez olduğu¹⁰⁸; içeride de aktivite için yeterli

103 Anayasa Mahkemesi, 2015/15273, 17.7.2018 (n 79) para.19.

104 ibid para.20.

105 ibid para.21

106 Anayasa Mahkemesi, 2015/508, 16.1.2015, para.24; Anayasa Mahkemesi, 2015/509, 19.1.2015, para.24; Anayasa Mahkemesi, 2015/615, 28.1.2015, para.20; Anayasa Mahkemesi, 2015/1474, 28.1.2015, para.20; Anayasa Mahkemesi, 2015/1476, 2.2.2015, para.20; Anayasa Mahkemesi, 2015/1471, 19.2.2015, para.11; Anayasa Mahkemesi, 2015/6724, 20.5.2015, para.18; Anayasa Mahkemesi, 2015/17332, 19.11.2015, para.16.

107 CPT, 'Report to the Turkish Government on the Visit to Turkey Carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 16 to 23 June 2015 (CPT/Inf (2017) 32)' (2017) <<https://hudoc.cpt.coe.int/eng#%7B%22sort%22:%5B%22CPTDocumentDate%20Descending,CPTDocumentID%20Ascending,CPTSectionNumber%20Ascending%22%5D,%22tabview%22:%5B%22document%22%5D,%22CPT-SectionID%22:%5B%22p-tur-20150616-en-2%22%5D%7D>> accessed 18 June 2019.

108 ibid para.28.

imkanların bulunmadığı, bu sebeple yabancıların koridorlarda dolaşarak yahut odalarında oturarak vakit geçirdikleri¹⁰⁹; kişi başına düşen alanın 3 m²'nin altında olduğu; hijyen koşullarının oldukça kötü olduğu belirtilmiştir¹¹⁰. Bunların yanında Rapor'da, Türk yetkililerin Kumkapı GGM'ye ilişkin olarak CPT tarafından daha önce dile getirilen endişeleri dikkate almadığı ve gerekli iyileştirmeleri yapmadığı da ifade edilmiştir¹¹¹.

Görülmektedir ki AYM, başvuruların esasında CPT tarafından daha önceki dönemlere ilişkin olarak hazırlanmış raporları dikkate almışken, tedbir kararlarında bunu yapmamayı tercih etmiştir. Üstelik AYM içtihatları ve AİHM içtihatları gereği, kişi başına düşen alanın 3m² olması başlı başına aşağılayıcı muamele yasağı teşkil ederken; bunun yanında yabancıların günde en az bir saatliğine açık havaya çıkarılması gerektiği CPT, AİHM ve AYM tarafından defalarca belirtilmişken ve bu durumda da aşağılayıcı muamele yasağının ihlaline karar veriliyorken, AYM'nin, bu raporu göz ardı ederek yahut koşulların araştırılmasına gerek duymaksızın, aşağılayıcı muamele bakımından güncel ve kişisel riskin bulunmadığına hükmetmesi ve tedbir taleplerinin reddine karar vermesi kanaatimizce uygun değildir.

AYM'den tedbir talep edilen bir başka başvuruya¹¹² konu olayda başvuru, 11 aylık bir bebeği olan hamile bir kadındır. Başvuru hakkında İstanbul Valiliği tarafından idari gözetim kararı verilmiş başvuru önce Kumkapı GGM'ye sonra Erzurum'da bulunan Aşkale GGM'ye son olarak da Bursa GGM'ye getirilmiştir. Başvuru, sulh ceza hâkimliğinden Bursa GGM'nin koşullarının bir yaşındaki bebeği ve kendi sağlığı açısından kötü olduğunu belirtmiş ve idari gözetiminin sonlandırılmasını talep etmiş ve fakat itirazı reddedilmiştir. Bunun üzerine başvuru, AYM'ye tedbir talepli olarak bireysel başvuruda bulunmuş ve tutulma koşullarının AY m.17'de düzenlenen hakkını ihlal ettiğinden bahisle tedbir talep etmiştir¹¹³.

AYM başvuruyu incelerken, sadece başvurucuya sağlanan sağlık hizmetleri açısından değerlendirme yapmıştır. Başvurucunun devlet hastanesinde kontrollerinin yapılmasını, çocuğu için her gün bir litrelik süt temin edilmesini, maddi imkânları ihtiyaçlarını karşılayamadığı zaman Kaymakamlık'tan kendisi için yardım talep edilmesini başvurucunun içeride kaldığı süreçte aşağılayıcı muameleye maruz kalmadığı yönünde delil kabul etmiş ve tedbir talebini reddetmiştir¹¹⁴.

AYM'nin, B.T. kararından sonra kendisine yapılan tedbir talepli bireysel başvuru kararlarında, tedbir talepleri açısından ne gibi bir karar vereceği henüz belli değildir.

109 ibid para.31.

110 ibid para.21.

111 ibid dn.15.

112 Anayasa Mahkemesi, 2016/4754, 16.3.2016.

113 ibid para.9-12.

114 Anayasa Mahkemesi, 2016/4754, 16.3.2016 (n 113) para.22.

Yukarıda yaptığımız açıklamalar neticesinde, tutulma koşullarından ötürü idari gözetimin yürütmesinin durdurulmasının istenmesinin mümkün olmadığı açıktır. Bu sebeple, kanaatimizce, AYM'nin kendisine yapılan tedbir talepleri hakkında, “*bireysel başvurunun ikincil nitelikte olduğundan*” bahisle başvuru yollarının tüketilmemesi nedenine dayalı olarak “*kabul edilemezlik*” kararı vermemesi gerekmektedir.

Tüm bu açıklamalardan anlaşıldığı üzere, tam yargı davasında verilen karardan sonra Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yoluna gitmek mümkündür. Başvurunun esastan incelenmesi sonucunda, başvuru hakkının ihlal edildiğine yahut edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi halinde, ihlal sonucunu ortadan kaldırmak için yapılması gerekenlere de hükmedilir. İhlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa yeniden yargılama yapılmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir ve mümkünse inceleme dosya üzerinden yapılır. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmazsa, örneğin bu süre içerisinde idari gözetim sonlanmışsa, tazminata hükmedilebileceği gibi genel mahkemelerde dava açılması yolu da gösterilebilir (6216 Sayılı Kanun m.50).

GGM’de tutulan yabancı, bireysel başvuru yolundan da istediği sonucu alamazsa AİHM’e başvuru yapma ihtimali gündeme gelebilecektir. Aşağıdaki başlıkta AİHM’e başvuru yolu anlatılacaktır.

3. AİHM’e Başvuru Yapılması. AİHM’ne bireysel başvuru yolu, AİHS m.34 hükmüyle düzenlenmiştir. Bu hükme göre, AİHS ve ek protokollerinde düzenlenen haklardan birinin yahut bir kaçının Sözleşme’ye taraf Devlet tarafından ihlal edildiğini iddia eden her gerçek kişi AİHM’e başvurabilir. Başvurucunun, dava edilen taraf Devletin vatandaşı olması gerekmektedir¹¹⁵. Dolayısıyla, idari gözetim altında tutulan yabancı da Türkiye aleyhine AİHM’e başvurabilir. Başvuru bizzat yapılabileceği gibi avukat yahut temsilci tarafından da yapılabilir.

Başvurunun kabul edilebilirlik koşullarına ilişkin düzenleme ise AİHS m.35 hükmü ile düzenlenmiştir. Bu madde kapsamında aranan iki önemli şart; iç hukuk yollarının tüketilmiş olması ve başvurunun iç hukuk yollarının tüketildiği tarihten itibaren altı ay içinde yapılmış olmasıdır. Fakat başvuru, iddiasını kanıtlamak suretiyle öngörülen iç hukuk yolunun etkin olmadığı, yani ihlalin ortadan kalkması yönünde makul bir başarı şansı sunmadığı iddiasıyla iç hukuk yollarını tüketmeden doğrudan AİHM’e başvurabilir¹¹⁶.

GGM’lerdeki fiziki koşullar ele alındığında, iç hukuk yolları Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvurunun sonuçlanması ile tüketilmiş olacaktır¹¹⁷. Başvurucu,

115 Ankara Barosu, ‘Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı ve Mevzuat’ (2008).

116 ibid.

117 Ekşi (n 8) 116.

bu yolun etkin bir iç hukuk yolu olmadığını kanıtlayarak bu yola başvurmadan da AİHM'e başvurabilir.

Tutulma koşulları bakımından, koşullar aşağılayıcı muamele yasağına aykırılık oluşturduğu takdirde AİHS m.3, kişinin mahremiyetini ihlal edecek nitelikte olduğu zaman m.8 ve tam yargı davasının etkin bir iç hukuk yolu olmadığı iddiası bakımından m.13 çerçevesinde AİHM'e başvuru yapılabilir.

Başvuru, Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvuruya dair kararın başvurucuya tebliğ edildiği tarihten itibaren altı ay içinde yapılmak zorundadır. Aksi halde AİHM, sürenin aşılması sebebiyle kabul edilemezlik kararı verecektir.

AİHM'in ihlalin varlığına yönelik karar vermesine rağmen, Devletin iç hukuk yolları bu ihlalin sonuçlarını tamamen gideremeyecekse, Mahkeme tazminata hükmeder (AİHS m.41). AİHM kararları taraf Devletler için bağlayıcı niteliktedir; kararların infaz edilip edilmediği ise Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından denetlenecektir (AİHS m. 46).

Sonuç

Çalışmamızda geri gönderme merkezlerindeki fiziki koşullardan kaynaklı ihlallere karşı öngörülen başvuru yolları incelenmiştir. Bu inceleme sonucunda görülmektedir ki, YUKK, geri gönderme merkezlerine ilişkin düzenleme içerse de, bu merkezlerde yaşanan ihlallere karşı bir başvuru yolu öngörme konusunda oldukça eksik kalmıştır. Öyle ki, bu bakımdan YUKK öncesi dönemle YUKK sonrası dönemde bir fark bulunmamaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin başvuru yollarına yönelik içtihat değişikliğine ayrıca değinmek gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi B.T. kararında daha önce, K.A. kararıyla oluşturduğu "*tutma koşullarına yönelik etkili bir iç hukuk yolunun olmayışı*" yönündeki içtihadını, tam yargı davasının bu koşullardan doğan zararı tazmin etmek yönünde etkili bir yol olduğu; bugüne kadar ilgili yola başvurulmamış olmasının bu yolun etkili bir yol olduğu hususuna halel getirmeyeceği ve idare mahkemelerinin inceleme yapma konusunda Anayasa Mahkemesi'nden daha avantajlı olduğu gerekçeleriyle değiştirmiştir.

Mahkeme, kararında, olayı sadece tazminat hususu bağlamında incelemiştir. Mahkeme'nin, tutma koşullarına ilişkin içtihat değişikliğine gittiği kararında, sadece bu açıdan değerlendirme yapması kabul edilemez. Zira tutma koşulları söz konusu olduğunda, ihlale konu yasak, insan onurunu korumanın önemli bir aracı olan "*aşağılayıcı muamele yasağı*"dır.

Mahkeme'nin çözüm olarak sunduğu tam yargı davası yolu, hem AİHM önündeki davalarda hem de Mahkeme nezdindeki başvurularda Hükümet tarafından

hâlihazırda sunulmuş ve fakat buna rağmen yolun etkinliğine dair doğrudan geri gönderme merkezleriyle alakalı tek bir karar dahi mahkemelere sunulmamıştır. B.T. başvurusunda da bu durum devam ederken, Mahkeme varsayımdan hareket etmiştir.

Bunun yanında, aşağılayıcı muamele yasağına, dolayısıyla AIHS m.3 hükmüne yönelik bir ihlal söz konusu olduğunda, AIHM öngörülen yolun “*ihlali önleyici*” niteliğe haiz olması gerektiğini özellikle vurgulamaktadır. Oysa AYM, B.T. kararında tam yargı davası ile ihlalin ne şekilde önlenebileceğine dair bir değerlendirme yapmamış bu kısmı adeta es geçmiştir. Bu sebeplerden ötürü Anayasa Mahkemesinin bu kararı kanaatimizce yerinde değildir. Ayrıca bu karara rağmen hala etkili bir iç hukuk yolu bulunmamaktadır.

Çalışmamızda tam yargı davasına yönelik yapılan incelemeden de görülmektedir ki tam yargı davası, geri gönderme merkezlerindeki fiziki koşullardan kaynaklı ihlali önleyecek nitelikte bir yol değildir. Bu başvuru yolunda, sadece, ihlalden kaynaklı zararın tazmini söz konusu olabilecektir. Bu yolun gerçekleşmiş zararı ne derece tazmin edeceği de henüz belli değildir.

AYM’den tedbir talep edilmesi de aşağılayıcı muamele yasağının ihlalinin önleyecek bir başvuru yolu değildir. Zira çalışmada incelenen kararlardan da anlaşıldığı üzere, Mahkeme, talepleri “*başvurucunun yaşamına ya da maddi veya manevi bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehlike bulunmadığı*” gerekçesiyle reddetmektedir.

Tüm bu açıklamalardan da anlaşıldığı üzere, Türk hukukunda geri gönderme merkezlerindeki tutulma koşullarına yönelik özel bir yol öngörülmemiştir. AYM’nin B.T. kararıyla öngörülen tam yargı davası da etkili bir iç hukuk yolu olmaktan oldukça uzaktır. Bu sebeple, geri gönderme merkezlerindeki fiziki koşullardan kaynaklı ihlallere yönelik etkili bir iç hukuk yolu bulunmadığı kanaatinizdir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almamıştır.

Kaynakça / References

- Ayanoğlu T, *İdari Eylemin Tanımlanması (Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarına Göre)* (Legal Yayınevi 2004).
- Acu M, ‘Bireysel Başvuruya Konu Edilebilecek Haklar’ (2014) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 403-434.
- Akyazan AE, ‘Maddî Açından İdari İşlemler’ (2009) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 220-240.
- Ankara Barosu, ‘Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı ve Mevzuat’ (2008).
- Candan T, *Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu* (7th edn, Yetkin 2017).
- CPT, ‘Report to the Turkish Government on the Visit to Turkey Carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 16 to 23 June 2015 (CPT/Inf (2017) 32)’ (2017).

- Demirkol S, 'İdare Hukukunda İdari Eylemler Olgusu' (2001) 12 Sayıştay Dergisi 1-17 <<https://jurix.com.tr/article/9316>>
- Doğru O and Nalbant A, *İnsan Haklar Avrupa Sözleşmesi Açıklamalar ve Önemli Kararlar (İHAS 2, 3, 4, 5, 6 ve 7. Maddeler) Volume I* (Şen Matbaa 2012).
- , *İnsan Haklar Avrupa Sözleşmesi Açıklamalar ve Önemli Kararlar (İHAS 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, Ek Protokol 1-1, 1-2, 1-3 Maddeler) Volume II* (Şen Matbaa 2012).
- Ekşi N, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Tasarısı* (Beta 2012).
- , *6548 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda İdari Gözetim* (Beta 2014).
- Erol G, 'Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda 'Tedbir' (2017) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 55-88.
- GİGM, 'İdari Faaliyet Raporu 2017' (2018) <http://www.goc.gov.tr/files/files/Goc_idaresi_2017_.pdf>
- Gönen Y, 'Hak Arama Özgürlüğü Bağlamında Tam Yargı Davasındaki Usul ve Sürelerin Haksız Fiilden Kaynaklanan Tazminat Davası İle Karşılaştırılması' (2016) 7 İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 451-478.
- Gözler K, *İdare Hukuku Volume I* (Ekin 2003).
- Gözübüyük AŞ and Tan T, *İdare Hukuku V.1 Genel Esaslar* (12th edn, Turhan Kitapevi 2018)
- Koç Mİ, 'Anayasa Mahkemesi İchtüzüğü'nün Kapsamı ve Bireysel Başvuru' (2014) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 28-32.
- Konuk Sommer B and Kavlak B, 'Mültecilerin Sağlık Hakkının Uluslararası Belgeler ve Türk Hukukundaki Düzenlemeler Işığında Değerlendirilmesi' (2017) 15 Legal Hukuk Dergisi 4281-4316.
- Özbek N, 'AİHM Kararları Işığında YUKK'nda İdari Gözetimin Uygulandığı Mekânlar Hakkında Ortak Sorunlar' (2015) 118 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 15-49.
- Öztürk NÖ, *Mültecinin Hukuki Statüsünün Belirlenmesi* (Seçkin 2015).
- Sezer Y and Bilgin H, 'Danıştay Kararlarında İdari Başvurular' (2008) 57 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 337-366.
- UNHCR, 'Detention Guidelines: Guidelines on the Applicable Criteria and Standards Relating to the Detention of Asylum-Seekers and Alternatives to Detention' (2012) <<https://www.refworld.org/docid/503489533b8.html>>
- Yenice K and Esin Y, *Açıklamalı - İçtihatlı - Notlu İdari Yargılama Usulü*.



Yabancı Bir Devletin Tahkim Yeri Olarak Kararlaştırıldığı Hallerde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine İlişkin Türk Mahkemelerinin Yapacağı İnceleme ve Uygulanacak Hukuk*

Esen Aydın¹

Öz

Çalışmamızın ilk bölümünde, yabancı bir devletin tahkim yeri olarak belirlendiği hallerde, tahkime tabi bir uyuşmazlığın devlet mahkemesine götürülmesi ve buna yapılan itirazlar üzerine mahkemece yapılacak olan inceleme ele alınmıştır. Davalı, esasa ilişkin açılan davada tahkim itirazı ileri sürebilir ve davacı da tahkim anlaşmasının geçersiz olduğunu iddia edebilir. Söz konusu iddialar üzerine, öncelikle mahkemenin tahkim anlaşmasının geçerliliği hakkında yapacağı incelemenin kapsamının belirlenmesi gerekmektedir. Bu inceleme prima facie düzeyde, sadece mevcut bir tahkim anlaşmasının bulunup bulunmadığına ilişkin olabileceği gibi, mahkeme tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığını detaylı biçimde inceleyerek karara da bağlayabilir. Yabancı bir devletin tahkim yeri olarak belirlendiği hallerde özellik arz eden durumlar ve bu hususun incelemenin kapsamı üzerindeki etkileri çalışmamızda ele alınmıştır.

İkinci bölümde ise mahkemenin tahkim anlaşmasının geçerliliğini inceleyip kararlaştıracağı hallerde incelemenin hangi hukuka göre yapılacağı değerlendirilmiştir. Yabancı bir devletin tahkim yeri olarak belirlendiği hallerde, tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuk hususunda Türk hukukunda boşluk söz konusudur. Bu boşluğun ne şekilde doldurulabileceğine ilişkin olarak doktrinde ileri sürülen görüşlere yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler

Tahkim Yeri • Tahkim Anlaşmasının Geçerliliği • Tahkim İtirazı • Prima Facie İnceleme • Tahkim Anlaşmasına Uygulanacak Hukuk

Review of the Validity of the Arbitration Agreements by Turkish Courts in Cases Where the Seat of Arbitration is in a Foreign Country and the Applicable Law

Abstract

The scope of the review held by the courts in cases where a dispute subject to arbitration is brought before a court are discussed in the first part of our study, by paying particular attention to cases where seat of arbitration is in a foreign country. In the case on the merits of the dispute, the respondent can raise an arbitration objection and the claimant can assert that the arbitration agreement is invalid. Subsequent to relevant objections, first the scope of the review held by the court should be identified. The review can be prima facie, serving the purpose to determine if there is an existing arbitration agreement or the court can opt for a broad review and determine the validity of the arbitration agreement. The importance of choosing a foreign seat and the effects of this choice on the scope of the review are discussed in our study.

In cases where the court reviews the validity of the arbitration agreement, the law applicable to the arbitration agreement

* Bu makale Doç. Dr. Faruk Kerem Giray danışmanlığında hazırlanmış ve 2018 yılında İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Yüksel Lisans Programı kapsamında savunulup kabul edilmiş olan "Milletlerarası Ticari Tahkimde Patolojik Tahkim Şartı ve Sözleşmesi" başlıklı yüksek lisans tezinden türetilmiştir.

1 Sorumlu Yazar: Esen Aydın (Araş. Gör.), Altınbaş Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. Eposta: esen.aydin@altinbas.edu.tr ORCID: 0000-0001-7384-7606

Atf: Aydın E., "Yabancı Bir Devletin Tahkim Yeri Olarak Kararlaştırıldığı Hallerde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine İlişkin Türk Mahkemelerinin Yapacağı İnceleme ve Uygulanacak Hukuk" (2019) 39(1) PPIL 33. <https://doi.org/10.26650/ppil.2019.39.1.0017>

should be determined and this issue is discussed in the second part of our study. When the seat of arbitration is in a foreign country, there is a gap in Turkish law regarding the law applicable to the arbitration agreement. The opinions put forward in the doctrine as to how to fill this gap are evaluated.

Keywords

Seat of arbitration • validity of the arbitration agreement • Objection as to arbitration • Prima facie review • Law applicable to the arbitration agreement

Extended Summary

The subject of our study is an action brought to state courts regarding a dispute subject to arbitration and the determination of parties' objections related to arbitration. The respondent may raise an arbitration objection in the case appearing before the state court and the claimant may plead that the arbitration agreement is invalid. On these claims, it is important to determine the scope of the review to be carried out by the court. Before going into the scope of the review, it's important to address briefly the relevance of a foreign seat and its effects according to Turkish arbitration law.

An important result of the determination of a foreign state as the seat of arbitration under Turkish law is that the dispute would fall outside of the scope of the Code on International Arbitration No. 4686. However, in cases where a foreign state is designated as the seat of arbitration, the International Arbitration Code art. 5 regulating the arbitration objection will be applied to the dispute. IAC art. 5 stipulates that if an action is brought before the court in a matter which is subject to an arbitration agreement, the respondent may object to the jurisdiction of the court. The acceptance or refusal of the objection and disputes concerning the validity of the arbitration agreement are subject to the provisions of the Civil Procedure Code regarding the preliminary objections. If such objection is accepted, then the court shall dismiss the action on procedural grounds. Although it is accepted in the article that the court will dismiss the action in case of a valid arbitration agreement, detailed provisions regarding the standard of the review and the validity of the arbitration agreement are not included.

Two main opposite views have been accepted in the doctrine regarding the scope of the review. According to the first group of authors the court should, determine the validity of the arbitration agreement after a full review and in case of a valid arbitration agreement, refer the dispute to arbitration. And according to the second view, the court should only look for an arbitration agreement, thus carry out a prima facie review and in case of the existence of an arbitration agreement, refer the dispute to arbitration. In this case, the arbitral tribunal shall have the competence to decide on its own jurisdiction according to the principle of *Competence-Competence*.

It's important to determine which standard of review should be adopted by Turkish courts when the seat of arbitration is in a foreign country. UNCITRAL Model Law

art. 8, 1958 New York Convention art. II/3, Civil Procedure Law art. 422 all include the provision that unless the arbitration agreement is “*null and void, inoperative and incapable of being performed*” the dispute should be referred to arbitration. It can be deduced from the wording of these articles that the court should carry out a full review and determine the validity of the arbitration agreement. In the doctrine and in the jurisprudence of Swiss courts, it is agreed that the court should decide whether the arbitration agreement is valid in cases where the seat of arbitration is in a foreign state. It is emphasized that otherwise the principle of natural judge would be violated.

After determining the scope of the review, the law applicable to the validity of the arbitration agreement is examined in the second part of the study. According to the article 4 of the International Arbitration Code, “*The validity of the arbitration agreement is subject to the law agreed by the parties, failing such agreement to Turkish Law.*” This article provides for the law applicable to the arbitration agreement, however it cannot be applied where the seat of arbitration is in a foreign country. As there is no other rule or provision regulating the applicable law when the seat is in a foreign country, there is a legal gap in Turkish law regarding this matter.

Several views and methods have been put forward in the doctrine on how to fill the gap regarding the law applicable to the arbitration agreement. According to the first view, Article 4 of the International Arbitration Code should be applied by analogy and Turkish law should be applied to the arbitration agreement. The second view also applies Article 4 by analogy however the authors consider that the underlying principle of this article is the “seat of arbitration” and state that the law applicable should be the law of the seat. It is also argued that the applicable law can be determined by application by analogy of the article V/1/a of the New York Convention. And finally, the law applicable to the arbitration agreement can be determined according to the conflict of law rules on the law applicable to the contracts, thus article 24 of the Code on Private International Law and International Procedure Law.

In our opinion, it is possible to fill this gap with the application of the provisions of the Code on Private International Law and International Procedure Law, which contains general rules regarding the disputes including a foreign element. In cases where there is no provision in the *lex specialis*, namely the Code on International Arbitration, it is possible to refer to the aforementioned Code. Article 62/f of the Code on PIL which regulates the recognition and enforcement of foreign arbitration awards can be applied by analogy. According to this article, the law applicable to the validity of the arbitration agreement is subject to the law designated by the parties, or in the absence thereof, to the law of the place where the arbitral award is rendered. Thus, in the absence of any choice of law by the parties, the law of the seat of arbitration should apply.

Yabancı Bir Devletin Tahkim Yeri Olarak Kararlaştırıldığı Hallerde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine İlişkin Türk Mahkemelerinin Yapacağı İnceleme ve Uygulanacak Hukuk

Giriş

Milletlerarası ticari tahkime konu olan uyuşmazlıkların tahkime başvurmak istemeyen tarafça devlet mahkemesine intikal ettirilmesi sıkça rastlanan bir durumdur ve tahkime başvurmak istemeyen taraf, genellikle kendi devlet mahkemesinde uyuşmazlığın esasına ilişkin dava açmaktadır. Devlet mahkemesinde açılan bu davada davalı, taraflar arasında akdedilmiş olan geçerli bir tahkim anlaşması bulunduğu iddiasıyla uyuşmazlıkların tahkimde çözümlenmesi gerektiğini ileri sürebilir. Davalının bu itirazına karşılık davacı taraf tahkim anlaşmasının geçersiz olduğunu ileri sürerse, Türk hâkimi tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığını değerlendirmelidir. Davacının tahkim anlaşmasının geçersiz olduğunu ileri sürmesi üzerine mahkemenin yapacağı incelemenin kapsamının belirlenmesi önem arz eden bir husustur; zira bu incelemenin ne şekilde ve hangi kapsamda yapılması gerektiği Türk hukukunda açıkça düzenlenmemiştir.

Doktrinde, davalı tarafından ileri sürülen tahkim itirazı ve buna karşılık davacı tarafından ileri sürülen tahkim anlaşmasının geçersiz olduğu iddiası üzerine, mahkemenin tahkim anlaşmasının geçerliliğini detaylı biçimde inceleyerek hükme bağlaması gerektiği ileri sürüldüğü gibi, bu halde mahkemenin sadece yüzeysel bir inceleme yaparak bir tahkim anlaşmasının mevcut olduğu hallerde uyuşmazlığı tahkime sevk etmesi gerektiği de savunulmaktadır.

Çalışmamızın ilk bölümünde inceleyecek olduğumuz husus, özellikle yabancı bir devletin tahkim yeri olarak belirlendiği hallerde, tahkim itirazının ileri sürülmesi üzerine devlet mahkemeleri tarafından yapılacak olan incelemenin kapsamının doktrinde ileri sürülen görüşler uyarınca belirlenmesidir.

Devlet mahkemeleri tarafından, tahkim itirazının ve tahkim anlaşmasının geçersiz olduğu iddialarının ileri sürülmesi üzerine yapılacak olan incelemenin kapsamı belirlendikten sonra, çalışmamızın ikinci bölümünde, yabancı devletin tahkim yeri olarak belirlendiği hallerde, devlet mahkemelerinin tahkim anlaşmasının geçerliliğini hangi hukuka göre belirleyeceği doktrinde ileri sürülen görüşler ışığında tartışılacaktır.

I. Yabancı Bir Devletin Tahkim Yeri Olarak Kararlaştırıldığı Hallerde Tahkim İtirazının İleri Sürülmesi ve Mahkemenin Yapacağı İncelemenin Kapsamı

A. Genel Bilgi

Tahkim anlaşmasının konusunu oluşturan bir uyuşmazlık söz konusu iken Türk mahkemesinde uyuşmazlığa ilişkin dava açılırsa ve davalı taraf geçerli bir tahkim anlaşması bulunduğu gerekçesiyle tahkim itirazında bulunursa Türk hâkimi tahkim anlaşmasının geçerliliğini ne şekilde ve hangi kapsamda incelemelidir?¹

Çalışmamızın ilk bölümünde inceleyeceğimiz konu, yabancı bir devletin tahkim yeri olarak kararlaştırılmış olduğu uyuşmazlıklar bakımından üst paragrafta sorulmuş olan sorunun yanıtlanmasına ilişkindir. Bu bağlamda öncelikle yabancı bir devletin tahkim yeri olarak kararlaştırılmış olmasının Türk hukuku bakımından doğurmuş olduğu sonuçlar incelenecek; tahkim itirazının ne şekilde ileri sürülmesi gerektiğine ilişkin hükümler açıklandıktan sonra tahkim itirazı üzerine devlet mahkemelerinin yapacağı incelemeye ilişkin doktrinde ileri sürülen görüşler tartışılacaktır. Bu bölüm kapsamında son olarak yabancı bir devletin tahkim yeri olarak belirlendiği hallerde mahkemenin yapacağı incelemenin kapsamı milletlerarası sözleşmeler, UNCITRAL Model Kanun, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu² (MTK) ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu³ (HMK) hükümleri dikkate alınarak belirlenmeye çalışılacaktır.

B. Yabancı Bir Devletin Tahkim Yeri Olarak Kararlaştırılmasının Sonuçları

Devletler kendi topraklarında gerçekleştirilen milletlerarası ticari tahkim yargılamalarının hukuki rejimini düzenlemek üzere milletlerarası tahkime ilişkin kanunlar çıkarmaktadır. Türk hukukunda da UNCITRAL Model Kanun ve İsviçre MÖHUK⁴'ünün milletlerarası tahkim bölümü esas alınarak 4686 sayılı MTK çıkarılmıştır⁵.

Çalışmamız kapsamında öncelikle inceleyecek olduğumuz husus tahkim yerinin yabancı bir devlet olarak belirlendiği hallerde MTK'nın uygulama alanının saptanmasıdır. Bu kapsamda tahkim yeri ile bağlantılı olarak MTK'nın uygulama alanı incelenecektir.

1 Emre Esen, 'Uluslararası Tahkime Tabi Bir Uyuşmazlığın Devlet Mahkemelerine Götürülmesi Halinde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine İlişkin İtirazların İncelenmesi ve Kompetenz-Kompetenz Prensipleri' (2011) GSÜHFD - Prof. Dr. Atâ Sakmar'a Armağan 355, 357.

2 Milletlerarası Tahkim Kanunu, Kabul Tarihi: 21.06.2001, RG: 05.07.2001/24453.

3 Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Kabul Tarihi: 12.01.2011, RG: 04.02.2011/27836.

4 Loi fédérale sur le droit international privé, 1988/1776.

5 Hatice Özdemir Kocasakal, 'Milletlerarası Tahkim Kanununun Uygulama Alanının Belirlenmesi', Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan (Seçkin 2006) 344; Cemal Şanlı, Emre Esen and İnci Ataman-Fıganmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk* (6th edn, Vedat 2018) 643.

MTK m. 9 ile tarafların veya tarafların seçtiği tahkim kurumunun, tahkim yerini serbestçe kararlaştırılabileceği kabul edilmiştir. Maddeden açıkça anlaşılacağı üzere, taraflar veya tarafların seçmiş olduğu tahkim kurumu, tahkim yerini belirleme yetkisine sahiptir. Dolayısıyla MTK’da yabancı bir devletin tahkim yeri olarak kararlaştırılabileceği kabul edilmiştir.

Türk hukukunda milletlerarası tahkimi düzenleyen temel kanun olan MTK’nın uygulama alanı, kanunun ilk maddesinde açıkça belirlenmiştir. Buna göre, yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya bu Kanun hükümlerinin taraflar ya da hakem veya hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklar hakkında MTK hükümleri uygulanacaktır. Dolayısıyla MTK’nın konu bakımından uygulama alanı, ilk olarak uyuşmazlığın yabancı unsur taşıması, ikinci olarak ise tahkim yerinin Türkiye olması koşullarına bağlanmıştır. Tahkim yerinin Türkiye olarak belirlenmesi, tahkimin MTK’ya tabi kılınması anlamını taşımaktadır⁶. Sözleşme serbestisi prensibi uyarınca, tahkim yeri olarak yabancı bir ülke seçilmiş olmasına rağmen, taraflar veya hakem kurulu tarafından MTK’nın uygulanacağını kararlaştırılması halinde de MTK hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

MTK kural olarak, tahkim yerinin Türkiye’de olduğu haller veya tahkim yeri yabancı devlet olsa dahi MTK’nın uygulanacağını kararlaştırıldığı haller haricinde uygulanmaz. Kuralın istinası MTK m. 1’de düzenlenmiştir. Buna göre, tahkim yeri yabancı bir devlet olarak belirlense (ve MTK’nın uygulanacağı kararlaştırılmamış olsa dahi) de MTK m. 5 ve m. 6’da yer alan hükümler uyuşmazlığa uygulanır⁷. MTK m. 5’te “*Mahkemede tahkim itirazı ve anlaşması*” başlığı altında tahkim itirazına ilişkin hususlar; MTK m.6’da ise “*İhtiyati tedbir veya ihtiyati haciz*” başlığı altında devlet mahkemeleri veya hakemler tarafından ihtiyati tedbir veya haciz kararlarının verilmesi ve ilgili hususlar düzenlenmektedir.

İfade edildiği üzere, yabancı devletin tahkim yeri olarak belirlenmesinin en önemli sonuçlarından biri MTK hükümlerinin uyuşmazlığa uygulanmayacak olmasıdır⁸. Zira MTK’nın uygulanabilmesi için aranan ilk şart tahkim yeri olarak Türkiye’nin belirlenmiş olmasıdır. Ancak MTK m. 1 ile tahkim yerinin Türkiye dışında olduğu hallerde, mahkemede tahkim itirazını düzenleyen MTK m. 5’in uyuşmazlığa uygulanacağı açıkça belirtilmiştir. Dolayısıyla tahkim yeri Türkiye dışında bir devlette olsa dahi tahkim itirazının ileri sürülmesi ve değerlendirilmesi MTK m. 5’e tabi olacaktır.

6 Doktrinde bu kuralın emredici olmadığı ve tarafların tahkim yerini Türkiye olarak belirlemekle beraber tahkime MTK’dan başka kuralların uygulanacağını da kararlaştırılabileceği savunulmaktadır, bkz. Özdemir Kocasakal (n 5) 359; Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 5) 651.

7 MTK m. 1: “*Bu Kanunun 5 ve 6 ncı madde hükümleri, tahkim yerinin Türkiye dışında belirlendiği durumlarda da uygulanır.*”

8 Belirtilen kuralın istinası tahkim yeri olarak yabancı devletin seçilmiş olduğu hallerde taraflar veya hakem kurulu tarafından MTK’nın uygulanacağını kararlaştırılmasıdır; ancak bu sık rastlanan bir durum olmadığından belirtmekle yetiniyoruz.

C. Devlet Mahkemelerinde Esasa İlişkin Açılan Davada Tahkim İtirazının İleri Sürülmesi

1. Genel Olarak

Türkiye, tahkim itirazı ve tahkim anlaşmasının geçersizliğinin ileri sürülmesi üzerine yapılacak olan incelemeye ilişkin çeşitli hükümler içeren ve milletlerarası ticari tahkimi düzenleyen çok taraflı milletlerarası sözleşmelere taraf olmuştur. Bu sözleşmelerden ilki, Milletlerarası Ticari Tahkime Dair 1961 tarihli Cenevre Konvansiyonu'dur⁹ (Cenevre Konvansiyonu). Konvansiyon, tahkim anlaşması yapıldığı esnada mutad meskenleri veya muamele merkezleri farklı âkit devletlerde bulunan gerçek ve tüzel kişiler arasındaki ticari sözleşmelerden doğan tahkimlere uygulanır. Konvansiyonun 6. maddesinde, aşağıda detaylı biçimde incelenecek olan tahkim itirazı ve buna ilişkin özel düzenlemelere yer verilmiştir.

İkincisi, Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfiz Hakkında 1958 tarihli New York Konvansiyonu'dur¹⁰ (NYK). Konvansiyon, âkit devletlerden birinde verilen yabancı hakem kararlarının başka bir devlette tanınması ve tenfizini düzenlemektedir. NYK ile tahkim itirazı açıkça düzenlenmemiş olmakla beraber NYK m. II'de tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin özel bir hüküm öngörülmüş olup, hüküm konumuz bakımından önem arz etmektedir.

Türk hukukunun milletlerarası ticari tahkimi düzenleyen temel kanunu, üst başlıkta da ifade edildiği üzere 4686 sayılı MTK'dır ve MTK m. 5'te tahkim itirazı düzenlenmiştir. Aşağıda anılan tüm hukuki düzenlemelerin tahkim itirazına ilişkin hükümleri incelenecektir.

2. 1961 Tarihli Cenevre Konvansiyonu Uyarınca Tahkim İtirazının İleri Sürülmesi ve İncelenmesi

1961 tarihli Cenevre Konvansiyonu devlet mahkemelerinde tahkim itirazının ileri sürülmesine ilişkin bazı özel hükümler içermektedir. MTK m. 1/f. 6 ile milletlerarası sözleşmeler saklı tutulduğundan, uygulama alanına giren uyuşmazlıklar bakımından Cenevre Konvansiyonu, MTK'ya nazaran öncelikle uygulanacaktır. Dolayısıyla tahkim itirazı ve buna karşılık tahkim anlaşmasının geçersiz olduğu itirazıyla ile karşılaşan Türk hâkimi, uyuşmazlığın Cenevre Konvansiyonu'nun uygulama alanı kapsamında yer alıp almadığını ve itirazın Konvansiyon kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğini belirlemelidir.

9 Milletlerarası Ticarî Hakemlik Konusundaki Avrupa Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun, Kabul Tarihi: 08.05.1991, RG: 21.05.1991/20877.

10 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.

1961 tarihli Cenevre Konvansiyonu m. 1’de Konvansiyonun uygulama alanı belirlenmiştir. Buna göre, milletlerarası ticari işlemlerden doğan veya doğacak olan uyuşmazlıkların çözümlenmesi için yapılan veya yapıldığı sırada mutad meskenleri ya da muamele merkezleri değişik âkit devletlerde bulunan gerçek veya tüzel kişiler arasındaki tahkim anlaşmalarına Konvansiyon uygulanır¹¹. Tahkim yeri dikkate alınmaksızın tarafların iki farklı âkit devletlerde bulunması sözleşme hükümlerinin uygulanabilmesi için yeterli görüldüğünden, Konvansiyonun büyük bir önemi haiz olduğu doktrinde ileri sürülmüştür¹².

Uygulama alanı belirlendikten sonra Cenevre Konvansiyonu’nun tahkim itirazına ilişkin hükümleri incelenmelidir. Cenevre Konvansiyonu m. VI/f.1 ile tahkim itirazının esasa ait savunmalardan önce veya en geç bunlarla birlikte ileri sürülmesi gerektiğini belirtilmiştir. Tahkim itirazının ne şekilde yapılacağına ilişkin Cenevre Konvansiyonu’nda daha detaylı açıklamalara yer verilmediğinden, MTK m. 5/f.1 uyarınca Konvansiyonda düzenlenmeyen hususlarda ilk itiraza ilişkin HMK hükümlerinin uygulanması gerekmektedir.

Bu noktada değinilmesi gereken önemli bir husus Cenevre Konvansiyonu m. VI/f.3 ile kabul edilen düzenlemedir. İlgili fıkra uyarınca: *“Eğer adli mahkemelere her hangi müracaat yapılmadan evvel taraflar arasındaki ihtilafın halli için hakem usulüne başlanmış ise, aynı ihtilafın halli veya taraflar arasındaki hakemlik mukavelesinin yokluğunun, hükümsüzlüğünün veya hükümden düştüğünün tespiti için kendilerine başvurulmuş Âkit Devlet adli mahkemeleri ciddî sebepler olmadıkça hakem mahkemesinin selahiyeti hakkında karar ittihazı hususunu hakem kararının verildiği ana kadar talik edeceklerdir.”*

Cenevre Konvansiyonu kapsamında, tahkim itirazı üzerine devlet mahkemesinin tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin yapacağı inceleme, tahkim yargılamasının başlatılmış olup olmaması ihtimaline göre ikiye ayrılarak düzenlenmiştir. Şayet devlet mahkemesine başvurmadan önce tahkim prosedürü başlatılmışsa *“ciddi sebepler”* olmadıkça anlaşmanın geçerliliğinin hakemler tarafından değerlendirilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Devlet mahkemesinin yapacağı inceleme hakem kararı verilene kadar ertelenmelidir. Aşağıda Konvansiyonun ilgili hükmü detaylı biçimde incelenecektir.

11 Milletlerarası Ticari Hakemlik Konusundaki Cenevre Konvansiyonu’na taraf olan ülkeler Arnavutluk, Avusturya, Azerbaycan, Belarus, Belçika, Bosna-Hersek, Bulgaristan, Burkina Faso, Hırvatistan, Küba, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Finlandiya, Fransa, Almanya, Macaristan, İtalya, Kazakistan, Letonya, Lüksemburg, Karadağ, Polonya, Moldova, Romanya, Rusya, Sırbistan, Slovakya, Slovenya, İspanya, Makedonya, Türkiye ve Ukrayna’dır.

12 Bilgehan Yeşilova, ‘Tahkim (İlk İtirazı Üzerine – Hakemlerin Yetkisiyle İlgili Olarak – Mahkemelerde Yapılacak Denetim ve Sonuçları (Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 5/1)’ (2010) 11 DEÜHFD 739, 744. Ancak yazar Konvansiyonun 1958 tarihli New York Konvansiyonuna nazaran ikinci planda kaldığını ve daha az gündeme geldiğini belirtmektedir, Bilgehan Yeşilova, ‘1961 Cenevre (Avrupa) Sözleşmesi’nin Türk Milletlerarası Tahkim Hukukundaki Yeri ve Uygulama Alanı (MTK m.I/VI)’ (2014) 3 UTTDER 137, 137.

2. Milletlerarası Tahkim Kanunu Kapsamında Tahkim İtirazının İleri Sürülmesi

MTK ile tahkim itirazına ve tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin hususlar, HMK'ya tabi kılınmıştır. MTK m. 5 uyarınca, “*Tahkim anlaşmasının konusunu oluşturan bir uyuşmazlıkta dava mahkemede açılmışsa; karşı taraf, tahkim itirazında bulunabilir. Tahkim itirazının ileri sürülmesi ve tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin uyuşmazlıkların çözülmesi, Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanununun ilk itirazlara ilişkin hükümlerine tâbidir. Tahkim itirazının kabulü halinde, mahkeme davayı usulden reddeder.*”

Uyuşmazlığa ilişkin bir tahkim anlaşması mevcut iken taraflardan birinin Türk mahkemesine başvurması halinde karşı taraf tahkim itirazında bulunabilir ve bu itiraza HMK'nın ilk itiraza ilişkin hükümleri uygulanacaktır. HMK ile tahkim itirazı bir “*ilk itiraz*” şeklinde düzenlenmiştir. Geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığına rağmen davacı devlet yargısına başvurursa, davalı cevap dilekçesinde uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözümlenmesi gerektiğini ilk itiraz olarak ileri sürmelidir¹³. Süresi içerisinde ileri sürülen ilk itirazı mahkeme inceler ve itirazı kabul etmesi halinde davayı usulden reddeder. Mahkeme itirazı kabul etmezse davaya devam eder ve bu karara karşı nihai kararla birlikte kanun yoluna başvurulabilir¹⁴.

D. Esasa İlişkin Açılmış Olan Davada Tahkim İtirazının İleri Sürülmesi Üzerine Devlet Mahkemelerinin Yapacağı İncelemenin Kapsamı

Tahkim itirazı üzerine mahkemenin tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin yapacağı incelemenin kapsamının belirlenmesi önem arz eder. Öncelikle mahkemenin yapacağı incelemenin türü, doktrinde ileri sürülen görüşler ışığında genel yönleriyle incelenecek; ardından MTK kapsamına girmeyen, yabancı bir devletin tahkim yeri olarak kararlaştırıldığı uyuşmazlıklar bakımından hangi görüşün benimsendiği açıklanacaktır.

Doktrinde, mahkemenin tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığını detaylı biçimde inceleyerek, tahkim anlaşmasının geçerli olduğuna hükmetmesi halinde tahkim itirazının kabulüne karar vermesi gerektiği kabul edildiği gibi¹⁵; *Competence-Competence* prensibini dikkate alan mahkemenin yüzeysel bir inceleme yaparak, ilk bakışta geçerli bir tahkim anlaşmasının mevcut olduğunu görmesi halinde tahkim itirazını kabul etmesi gerektiği de savunulmaktadır¹⁶. Dolayısıyla tahkim itirazının ve buna bağlı olarak tahkim anlaşmasının geçersiz olduğunun ileri sürülmesi üzerine, mahkemenin yapacağı inceleme bakımından tartışma konusu olan temel mesele,

¹³ Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay and Muhammet Özeker, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı* (4th edn, Yetkin 2016) 298.

¹⁴ ibid.

¹⁵ Bkz. I.D.1.

¹⁶ Bkz. I.D.2.

incelemenin kapsamının tespitidir. Mahkeme tahkim anlaşmasının geçerliliğini detaylı biçimde inceleyip karara bağlayabilir veya *prima facie* mevcut bir tahkim anlaşmasının bulunup bulunmadığını değerlendirmekle yetinebilir. Ancak doktrinde her iki görüşü harmanlayan ve bazı hallerde *prima facie* bazı hallerde ise tam inceleme yapılması gerektiğini benimseyen görüşler de mevcuttur. Aşağıda doktrinde ileri sürülen görüşler ve bunların gerekçeleri, mahkeme kararlarına da yer verilerek incelenecektir.

1. Devlet Mahkemesinin Tahkim Anlaşmasının Geçerli Olup Olmadığını İncelemesi

Devlet mahkemesinde esasa ilişkin açılan davada tahkim itirazının ileri sürülmüş olması halinde, bir grup yazar devlet mahkemesinin, anlaşmanın geçerli olup olmadığını tespit etmek zorunda olduğu görüşünü savunmaktadır¹⁷. Zira tahkim anlaşması geçersizse devlet mahkemesi uyuşmazlıktan el çekmeyecek, uyuşmazlığı çözümlmek için davaya devam edecektir¹⁸.

Doktrinde, tahkim itirazının ileri sürülmesini düzenleyen MTK m.5'in lafzını inceleyen yazarlar, "*tahkim itirazının kabulü halinde*" ifadesi kullanıldığından, mahkemenin geçerli, yani "*kabul edilebilir*" bir tahkim anlaşmasının bulunup bulunmadığını incelemesi gerektiği görüşünü savunmaktadır¹⁹. Bu görüş uyarınca, hakemlerin tahkim anlaşmasının geçerliliği hakkında karar vereceği kabul edilse dahi, karar aleyhine MTK m. 15 gereği iptal davası açılabilir. Geçerli olmayan bir tahkim anlaşmasına dayanılarak verilen karar iptal edilirse, büyük bir zaman ve para kaybı yaşanacağından mahkeme anlaşmanın geçerli olup olmadığını karara bağlamalıdır.

MTK, UNCITRAL Model Kanun esas alınarak düzenlendiğinden, kısaca Model Kanun'da tahkim itirazına ilişkin düzenlemenin ne şekilde olduğunun ve doktrinde ne şekilde yorumlandığının da değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Model Kanun m. 8/f.1 ile tahkime konu olan bir uyuşmazlık hakkında devlet mahkemelerinde dava açılması halinde, mahkeme tarafından tahkim anlaşmasının hükümden düşmüş, tesirsiz veya uygulanmasının mümkün olmadığını kararlaştırmadığı sürece tarafların tahkime sevk edilmesi gerektiği düzenlenmiştir.

17 Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard and Berthold Goldman, *On International Commercial Arbitration* (Emmanuel Gaillard and John Savage eds, Kluwer Law International 1999) 408; Julian DM Lew, Loukas Mistelis and Stefan M Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International 2003) 347; Cemal Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (6th edn, Beta 2016) 327; Ziya Akıncı, *Milletlerarası Tahkim* (4th edn, Vedat 2016) 130–131; Sibel Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri* (Legal 2008) 80; Nuray Ekşi, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim* (2nd edn, Beta 2019) 96–97; Nuray Ekşi, *Milletlerarası Deniz Ticareti Alanında "Incorporation" Yoluyla Yapılan Tahkim Anlaşmaları* (Beta 2004) 65; Hatice Özdemir Kocasakal, 'Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin Bir Kararı Çerçevesinde Mahkemelere de Yetki Veren Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliğinin Tespitinin Mahkemeler Tarafından Yapılıp Yapılamayacağı', *Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan* (On İki Levha 2017) 525.

18 Özel (n 17) 80.

19 Akıncı (n 17) 130; Bilgehan Yeşilova, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi* (İzmir Güncel Hukuk Yayınları 2008) 555.

UNCITRAL Model Kanun'un ilgili hükmü kapsamında mahkemelerin tahkim anlaşmasına ilişkin yapacağı incelemenin kapsamı tartışma konusu olmuş ve doktrinde mahkemenin tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığını karara bağlaması gerektiği görüşü ileri sürülmüştür²⁰.

Tahkim itirazı üzerine mahkemenin yapacağı inceleme ile tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığını karara bağlaması gerektiğini belirten Yargıtay kararları da mevcuttur. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi tarafından verilen bir kararda geçersiz tahkim anlaşmasına dayanılarak usulden red kararı verilemeyeceği belirtilmiştir²¹. 19. Hukuk Dairesi tarafından verilen diğer bir kararda, tahkim itirazı üzerine mahkemenin, tahkim anlaşması ile bağlı olmayan kişiler bakımından tahkim anlaşmasının geçersizliğine karar vermesi ve yargılamaya devam etmesi gerektiği belirtilmiştir²².

2. Devlet Mahkemesinin *Prima Facie* Mevcut Bir Tahkim Anlaşması Olduğunu İncelemesi

Doktrinde, tahkim itirazı üzerine devlet mahkemesinin tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin yapacağı incelemenin *prima facie* düzeyde olması gerektiğini savunan görüşler de mevcuttur²³.

MTK m.5'in "*Tahkim itirazının kabulü halinde mahkeme davayı usulden reddeder*" şeklinde kaleme alınması sonucu, mahkemenin tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığına karar vermesi gerektiği gibi bir izlenim oluşabileceği; ancak MTK m.7/H'de yer alan *Competence-Competence* ilkesi gereği, bu incelemenin *prima facie* geçerli bir tahkim anlaşmasının bulunup bulunmadığının incelenmesinden ibaret

20 Howard M. Holtzmann; Joseph E. Neuhaus, *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary*, (Kluwer 1989) Naklen: Frédéric Bachand, 'Does the Article 8 of the Model Law Call For Full or Prima Facie Review of the Arbitral Tribunal's Jurisdiction' (2006) 22 *Arbitration International* 463, 464.

21 Yargıtay 9 HD, 25759/109, 22.01.2007, Kazancı İçtihat Bankası, Erişim Tarihi 09.04.2018; bkz. "*Davacı tarafın tahkim şartını içeren sözleşmenin geçerli olup olmadığı itirazı üzerinde durulmamış, bu konuda davacının delilleri toplanmamıştır. Belirtmek gerekir ki, geçersiz tahkim sözleşmesinin dayanılarak görevsizlik kararı verilemez. Bu nedenle, davacı tarafın bu iddiası üzerinde durulmalı, bun konuda kanıtlar toplanmalı ve sonucuna göre karar verilmelidir. Tahkim şartını içeren sözleşmenin geçerli olup olmadığı belirlenmeden, görevsizlik kararı verilmesi hatalıdır.*"

22 Yargıtay 19 HD, 2654/2603, 11.03.2004, Kazancı İçtihat Bankası, Erişim Tarihi 09.04.2018; bkz. "*Bu nedenlerle tahkim şartı, sözleşmenin tarafı olmayan davalı İ... Bankası ve M... Corp'a teşmil edilemeyeceğinden, adı geçenler hakkındaki davanın esasının incelenip uygun sonuç dairesinde bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde uyuşmazlığın tahkime tabi olduğu gerekçesiyle görevsizlik kararı verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.*"

23 Esen, 'Uluslararası Tahkime Tabi Bir Uyuşmazlığın Devlet Mahkemelerine Götürülmesi Halinde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine İlişkin İtirazların İncelenmesi ve Kompeteniz-Kompetenz Prensipleri' (n 1); Ayşe İpek Saröz Büyükalp, 'Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim İtirazı İle Karşılaşan Türk Hâkiminin Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine Dair Yapacağı İncelemenin Kapsamı ve Sonuçları' (2014) 9 BAÜHFD 195, 200; Cevdet Yavuz, 'Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi ve Tabi Olduğu Hükümler', *Tasarıf Mevduatı Sigorta Fonu Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu "Tahkim"* (2009) 148; Ali Yeşilirmak, 'Geçerli Bir Tahkim Anlaşmasının Varlığına Rağmen Genel Haciz Yoluyla Takip Yapılabilir Mi?' [2011] TBB Dergisi 205, 210; Mustafa Erkan, *Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları* (Yetkin 2013) 96; Nesli Şen Özçelik, 'Resmi Yargı ve Tahkimin Aynı Aynı ve Birlikte Yetkilendirildiği Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliği' (2016) 36 MHB 53, 53; İlyas Gölcüklü, *Milletlerarası Tahkimde Dava Açma Yasakları* (On İki Levha 2018) 114; Bachand (n 20) 466; Emmanuel Gaillard and Yas Banifatemi, 'Negative Effect of Competence-Competence: The Rule of Priority in Favour of the Arbitrators' in Emmanuel Gaillard and Domenico Di Pietro (eds), *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards-The New York Convention in Practice* (Cameron May 2007) 260.

olması gerektiği belirtilmiştir²⁴. *Prima facie* incelemenin milletlerarası ticari tahkimi, tarafların yargılamanın geciktirilmesi amacıyla başvurduğu stratejilerden koruduğu ve etkin bir tahkim yargılamasının gerçekleştirilmesini sağladığı savunulmaktadır²⁵. Türk mahkemesinin tahkim anlaşmasının hükümsüz, tesirsiz veya uygulanması imkânsız olup olmadığını detaylı biçimde inceleyerek karara bağlaması halinde, *Competence-Competence* kuralının anlamsız kılınacağı ileri sürülmektedir²⁶.

Dolayısıyla *prima facie* incelemeyi kabul eden görüşün ana gerekçesi MTK m.7/H ile *Competence-Competence* prensibinin kabul edilmiş olmasıdır. Bu hükümlerle hakem veya hakem kurulunun, tahkim anlaşmasının mevcut veya geçerli olup olmadığına ilişkin itirazlar da dahil olmak üzere, kendi yetkisi hakkında karar verebileceği düzenlenmiştir.

Competence-Competence prensibinin benimsenmiş olması yanı sıra, mülga HUMK'ta yer alan bir düzenleme ve bu düzenlemenin doğurduğu sorunlar da *prima facie* inceleme görüşüne temel oluşturmuştur. Türk hukukunda MTK'nın yürürlüğe girmesinden önce milletlerarası tahkimi düzenleyen temel kaynak olan 1086 sayılı mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu²⁷ (HUMK) m.519'da “*Bir nizaın hakemler vasıtasıyla halledilip edilemeyeceği hususunda tevellüt eden ihtilaflar mahkemece seri usulü muhakeme ile hallolunur.*” şeklinde bir hükme yer verilmiştir. Uyuşmazlığın hakemler vasıtasıyla çözümlenip çözümlenemeyeceği ve dolayısıyla tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığının incelenmesi, ilgili hüküm ile devlet mahkemelerinin yetkisine bırakılmıştı. HUMK m.519'da yer alan düzenleme, tahkimin, sürat bakımından resmi yargının gerisinde kalmasına neden olduğu ve tahkim yargılamasını uzatmak suretiyle sabote etmek isteyen kişiler için adeta bir araç işlevi gördüğü gerekçeleriyle doktrinde eleştirilmiş²⁸ ve nitekim ilgili hüküm yürürlükten kaldırılmıştır. MTK ile *Competence-Competence* prensibinin kabul edilmiş olması olumlu bir gelişme olarak görülmekte ve HUMK m.519'da yer verilen kuralın doğurmuş olduğu olumsuz etkileri ortadan kaldıracağı kabul edilmektedir²⁹.

MTK m.5'te yer alan düzenlemenin kaynağı olan UNCITRAL Model Kanun m.8 uyarınca, devlet mahkemesi tarafından tahkim anlaşmasının *prima facie* düzeyde incelenmesi gerektiği de doktrinde savunulmaktadır. *Prima facie* incelemenin Model Kanun'un temel yapısına ve benimsemiş olduğu ilkelere daha uygun olduğu belirtilmektedir³⁰.

24 Esen, ‘Uluslararası Tahkime Tabi Bir Uyuşmazlığın Devlet Mahkemelerine Götürülmesi Halinde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine İlişkin İtirazların İncelenmesi ve Kompetenz-Kompetenz Prensibi’ (n 1) 377; Selin Ece Tekin, *Milletlerarası Tahkim Hukukunda Tahkim Anlaşmasının Esas Bakımından Geçerliliğine Uygulanacak Hukuk* (On İki Levha 2019) 163.

25 Bachand (n 20) 466.

26 Gölcüklü (n 23) 114.

27 Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, Kabul Tarihi: 18.06.1927, RG: 04.07.1927/622, 623, 624.

28 Emre Esen, *Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili* (Beta 2008) 69–70.

29 ibid.

30 Bachand (n 20) 465.

Bunun yanı sıra HMK m.413/f.1’de tahkim itirazı üzerine mahkemenin yapacağı inceleme bakımından tahkim sözleşmesinin hükümsüz, tesirsiz veya uygulanması imkânsız değilse tahkim itirazının kabul edileceği açıkça kabul edilmiş olup; MTK m. 5’te ise sadece tahkim itirazının kabulü halinde davanın usulden reddedileceği düzenlenmiştir. HMK’da yer alan hükümden, hâkimin tahkim itirazını incelerken, tahkim anlaşmasının hükümsüz, tesirsiz veya uygulanması imkânsız olup olmadığını detaylı biçimde araştırması ve neticeye bağlaması gerektiği anlamı çıkarılırken; MTK’da tahkim anlaşmasının geçerliliğinin incelenmesine ilişkin açık bir hüküm yer almamaktadır³¹.

Bu görüş uyarınca, *Competence-Competence* ilkesi dolayısıyla mahkemenin tahkim itirazının ileri sürülmesi üzerine *prima facie* bir inceleme yapması gerektiği savunulmaktadır. Kanaatimizce bu noktada dikkate alınması gereken önemli bir husus *Competence-Competence* ilkesinin doğurmuş olduğu sonuçların incelenmesidir. Karşılaştırmalı hukukta, bu ilkenin olumlu ve olumsuz olmak üzere iki farklı etkisi olduğu kabul edilmektedir³².

Competence-Competence ilkesinin olumlu etkisi, tahkim anlaşmasına konu uyuşmazlığın tahkime intikal ettirilmesi ve karşı tarafın hakemlerin yetkisine itiraz etmesi üzerine, itirazın hakemler tarafından incelenebileceğine ilişkindir. Hakem veya hakem heyeti, tahkim yargılaması başladıktan sonra kendi yetkilerine itiraz edilmesi halinde bu itirazı bizzat inceleyip sonuca bağlayabilecektir³³.

İlkenin olumsuz etkisi ise devlet mahkemelerinin, tahkim anlaşması ile yetkili kılınan hakem veya hakem heyetinden önce tahkim anlaşmasının geçerliliğini inceleyemeyeceğine ilişkindir. Olumsuz etki kabul edildiği takdirde, hakemler kendi yetkileri hakkında “*ilk sözü*” söyleme hakkına sahip olacaktır³⁴. Önemle belirtilmesi gereken husus, hakemlerin ilk sözü söyleme hakkına sahip olmasının, devlet mahkemelerinin “*son sözü*” söyleyeceği gerçeğini değiştirmemesidir. İptal davası veya tanıma tenfiz aşamasında devlet mahkemesi tahkim anlaşmasının geçerliliğini inceleyecektir; bu inceleme hakem kararının verdiği ana kadar ertelenmektedir³⁵.

Fransız Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 1448 ile *Competence-Competence* ilkesinin olumsuz etkisi Fransız hukukunda açıkça kabul edilmiştir. Fransız HMK m. 1448 uyarınca, tahkim anlaşmasına konu bir uyuşmazlık devlet mahkemelerinde

31 Süheyla Balkar Bozkurt, ‘Milletlerarası Tahkimde Yargılama Masraflarının Hak Arama Özgürlüğüne Etkisi ve Sonuçları’ (2015) 10 BAÜHFD 120, 200.

32 Gaillard and Banifatemi (n 23) 258; Özdemir Kocasakal (n 17) 525; Yeşilova, ‘Tahkim (İlk) İtirazı Üzerine – Hakemlerin Yetkisiyle İlgili Olarak – Mahkemelerce Yapılacak Denetim ve Sonuçları (Milletlerarası Tahkim Kanunu m.5/1)’ (n 12) 744; Sariöz Büyükalp (n 23) 204; Fouchard, Gaillard and Goldman (n 17) 407.

33 Emmanuel Gaillard, ‘L’effet Négatif de La Compétence-Compétence’, *Etudes de procédure et d’arbitrage en l’honneur de Jean-François Poudret* (Stämpfli Verlag AG 1999) 390.

34 Gaillard and Banifatemi (n 23) 260; Tekin (n 24) 127.

35 Gaillard and Banifatemi (n 23) 260.

dava konusu yapılırsa ve uyuşmazlık tahkime intikal ettirilmişse mahkeme yetkisizlik kararı verir. Uyuşmazlık henüz tahkime intikal ettirilmemişse mahkeme, tahkim anlaşmasının *açıkça* hükümsüz veya uygulanmasının imkânsız olmadığı hallerde de yetkisizlik kararı vermelidir. Dolayısıyla Fransız hukukunda, uyuşmazlıkların hâlihazırda tahkime götürülmüş olduğu hallerde, devlet mahkemesi tahkim anlaşmasının varlığına veya geçerliliğine ilişkin herhangi bir inceleme yapmadan yetkisizlik kararı vermelidir. Uyuşmazlık henüz tahkime götürülmemişse, devlet mahkemesi tahkim anlaşmasının geçerli veya uygulanmasının mümkün olup olmadığını *prima facie* inceler.

Türk hukukunda HMK m. 422 ve MTK m. 7/H ile *Competence-Competence* ilkesinin olumlu etkisi açıkça kabul edilmiştir. Ancak Fransız hukukunda olduğu biçimde ilkenin olumsuz etkisinin açıkça kabul edildiğine dair herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Doktrinde, *Competence-Competence* ilkesinin olumsuz etkisinin Türk hukukunda açıkça kabul edilmediği ileri sürülmekte ve dolayısıyla mahkemenin tahkim anlaşmasının geçerliliğine yönelik yapacağı incelemenin kapsamının iki farklı ihtimale göre değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir³⁶. Yazarlara göre, tahkim anlaşmasının geçerliliğinin mahkemelerde *prima facie* incelenebilmesi için *Competence-Competence* ilkesinin olumsuz etkisi kabul edilmiş olmalıdır. *Competence-Competence* ilkesinin olumsuz etkisinin kabul edilebilmesi için ise, uyuşmazlığın halihazırda tahkime götürülmüş olması şartı aranmaktadır. Dolayısıyla devlet mahkemesine başvuru yapılmadan önce uyuşmazlığın tahkime götürülmüş olması halinde, *Competence-Competence* ilkesinin olumsuz etkisi kabul edilebilir ve devlet mahkemesi sadece *prima facie* inceleme yaparak tahkim anlaşmasının mevcudiyetini karara bağlar³⁷.

Doktrinde devlet mahkemesinin yapacağı incelemenin *prima facie* olması gerektiğini kabul etmekle birlikte, tahkim anlaşmasının yokluğuna ve geçersizliğine ilişkin iddiaların ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiği de savunulmaktadır³⁸. Bu görüş uyarınca, tahkim anlaşmasının yokluğuna ilişkin bir iddia ileri sürüldüğünde, mahkemenin anlaşmanın varlığını veya yokluğunu tespit edecek bir inceleme yapması gerektiği belirtilmektedir. Taraflardan birinin tahkim yargılamasına rıza göstermemiş olması, tahkim anlaşmasının yokluğuna ilişkin sebep olarak kabul edilmiştir. Dolayısıyla mahkeme, tarafların tahkim iradesini incelemeli; taraflardan birinin tahkime rıza göstermediği sonucuna varırsa tahkim anlaşmasının yokluğu gerekçesiyle davayı esastan incelemelidir. Ancak tahkim anlaşmasının geçersizliğine ilişkin bir iddia söz konusu olduğunda mahkeme *prima facie* bir inceleme yapmakla yetinmelidir. Yazarın görüşüne göre, başlangıçta “*var*” olup sonradan geçersiz hale

36 Özdemir Kocasakal (n 17) 527; Nazlı Töre, *Milletlerarası Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Varlığı, Geçerliliği ve Etkileri* (Turhan 2019) 88–89.

37 Özdemir Kocasakal (n 17) 527; Töre (n 36) 89.

38 Erkan (n 23) 96.

gelmesi söz konusu olan tahkim anlaşmaları *Competence-Competence* kuralı gereği hakemlerce değerlendirilmelidir³⁹.

Türk hukukunda *prima facie* inceleme görüşünün benimsendiği yargı kararları da mevcuttur. Yargıtay 15. HD tarafından verilen bir kararda hem devlet mahkemelerini hem de tahkimi yetkilendiren bir tahkim anlaşmasının geçerliliğinin hakemler tarafından değerlendirilmesi gerektiği; bu hususta mahkemelerin yetkili olmadığı hükme bağlanmıştır⁴⁰. Benzer şekilde, Yargıtay 15. HD tarafından verilen diğer bir kararda hem devlet mahkemelerini hem de tahkimi yetkilendiren tahkim anlaşmasının geçerliliğinin hakem veya hakemler tarafından değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmiş ve dava usulden reddedilmiştir⁴¹.

3. Yabancı Bir Devletin Tahkim Yeri Olarak Kararlaştırıldığı Hallerde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğinin İncelenmesi

Yabancı bir devletin tahkim yeri olarak belirlenmesinin önemli sonuçlarından biri, uyuşmazlığın MTK'nın uygulama alanı dışında kalmasıdır. Ancak yabancı bir devletin tahkim yeri olarak belirlendiği hallerde dahi tahkim itirazını düzenleyen MTK m. 5 uyuşmazlığa uygulanacaktır. Bu maddede tahkim itirazının kabulü halinde mahkemenin davayı usulden reddedeceği düzenlenmiş olmakla birlikte tahkim itirazının ve tahkim anlaşmasının geçerliliğinin ne şekilde inceleneceğine ilişkin detaylı hükümler düzenlenmemiştir.

Taraflardan birinin tahkime konu uyuşmazlığın esası hakkında Türk mahkemelerinde dava açması ve davalının bu davada tahkim itirazını ileri sürmesi üzerine mahkeme tahkim itirazını değerlendirip sonuca bağlayacaktır. Yukarıda detaylı biçimde açıklandığı üzere mahkemenin bu incelemeyi yaparken başvurabileceği iki temel yöntem söz konusudur. Mahkeme ya mevcut bir tahkim anlaşması bulunduğunu *prima facie* inceleme yaparak belirlemeli ya da geçerli bir tahkim anlaşması bulunduğunu kapsamlı bir inceleme yaparak tespit etmeli ve davayı usulden reddetmelidir.

Devlet mahkemesinde tahkime konu uyuşmazlığın esası hakkında dava açılması ve davalının bu davada tahkim itirazı ileri sürmesi üzerine mahkemenin yapacağı incelemenin *prima facie* düzeyde olması gerektiğini ileri süren görüşün temel gerekçesi Türk hukukunda MTK m. 7 ile *Competence-Competence* ilkesinin kabul edilmiş olmasıdır. Ancak yabancı devletin tahkim yeri olarak belirlenmiş olduğu

39 ibid.

40 Yargıtay 15 HD, 2145/4389, 27.06.2007; Nuray Ekşi, 4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'na İlişkin Yargıtay Kararları (On İki Levha 2009) 54–58.

41 Yargıtay 15. HD, 3330/4607, 01.07.2014, Kazancı İçtihat Bankası, Erişim Tarihi 07.04.2017; bkz. “Dava dilekçesinde, sözleşmede uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözüleceği kabul edilmiş ise de, ihtilaf halinde Bursa mahkemeleri ve icra dairelerinin yetkili bulunduğu, tahkim iradesi açık ve kesin olmadığından sözleşmelerdeki tahkim şartının geçersiz olduğu, uyuşmazlığa genel mahkemelerde bakılması gerektiği ileri sürülmüştür. Sözleşmedeki tahkim şartının geçerli olup olmadığına karar verme yetkisinin görevli ve yetkili hakem kuruluna ait olduğu gözetilmelidir.”

hallerde uyumsuzluk MTK'nın uygulama alanı dışında kalacağından MTK m. 7'nin uyumsuzluğa uygulanması mümkün değildir. Zira kanunda açıkça söz konusu halde sadece MTK m. 5 ile MTK m.6'nın uygulanabileceği belirtilmiştir.

Bu aşamada incelenmesi gereken en önemli husus Türk hukukunda herhangi bir başka kanun, milletlerarası sözleşme veya sair mevzuat ile *Competence-Competence* ilkesinin kabul edilmiş olup olmadığının değerlendirilmesidir. Zira hakemlerin tahkim anlaşmasının geçerliliğini değerlendirme hususundaki yetkisi MTK'da bu ilkenin açıkça kabul edilmiş olması ile ilişkilendirilmiştir.

a. 1961 Tarihli Cenevre Konvansiyonu'nun İlgili Hükümleri

MTK m. 1/f. VI ile Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmeler saklı tutulmuştur. Dolayısıyla tahkim itirazının ileri sürülmesi üzerine yapılacak olan incelemenin kapsamı hususunda 1961 tarihli Cenevre Konvansiyonu'nun hükümlerinin incelenmesi önem arz etmektedir.

1961 tarihli Cenevre Konvansiyonu m. IV/f. 3: “Eğer adli mahkemelere her hangi müracaat yapılmadan evvel taraflar arasındaki ihtilaflın halli için hakem usulüne başlanmış ise, aynı ihtilaflın halli veya taraflar arasındaki hakemlik mukavelesinin yokluğunun, hükümsüzlüğünün veya hükümden düştüğünün tespiti için kendilerine başvurulana Âkit Devlet adli mahkemeleri ciddi sebepler olmadıkça hakem mahkemesinin selahiyeti hakkında karar ittihazi hususunu hakem kararının verildiği ana kadar talik edeceklerdir.” şeklinde kaleme alınmıştır.

Hükümde, tahkim yargılaması başladıktan sonra tahkim anlaşmasının geçersizliğine ilişkin devlet mahkemeleri tarafından yapılacak olan incelemenin “ciddi sebepler olmadıkça” hakem kararının verildiği ana kadar erteleneceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla Konvansiyonun ilgili hükmü uyarınca, uyumsuzluk tahkime intikal ettikten sonra, devlet mahkemesinde tahkim itirazının ileri sürülmesi halinde mahkeme, kapsamlı bir denetim gerçekleştirmeyecektir. Maddenin “ciddi sebepler” ifadesi kullanılarak düzenlenmiş olması sonucu, doktrinde Cenevre Konvansiyonu ile *prima facie* incelemenin kabul edildiği ileri sürülmektedir⁴².

Mahkemelerin yapacağı incelemeye ilişkin özel hükümler içeren 1961 tarihli Cenevre Konvansiyonu öncelikle değerlendirilmelidir. Uygulama alanına giren hususlarda, MTK m. 1/f. 6 uyarınca Konvansiyon hükümlerinin saklı tutulduğu ve öncelikle uygulanması gerektiği açıktır. Üst başlıkta incelendiği üzere, derdest bir tahkim yargılamasının bulunduğu hallerde, Konvansiyon mahkemelerin yapacağı incelemeyi *prima facie* düzeye indirgemıştır. Konvansiyon kapsamına giren uyumsuzluklar bakımından, uyumsuzluğun tahkime intikal ettirilmiş olduğu hallerde,

42 Fouchard, Gaillard and Goldman (n 17) 408; Yeşilova, ‘Tahkim (İlk) İtirazı Üzerine – Hakemlerin Yetkisiyle İlgili Olarak – Mahkemelerde Yapılacak Denetim ve Sonuçları (Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 5/1) (n 12) 757.

devlet mahkemelerinin *prima facie* inceleme yapması gerektiği kabul edilmiştir. Dolayısıyla yabancı bir devletin tahkim yeri olarak kararlaştırıldığı hallerde, uyuşmazlık Cenevre Konvansiyonu'nun uygulama alanına giriyorsa, uyuşmazlığın tahkime intikal ettirilmiş olması koşuluna bağlı olarak mahkemenin yapacağı inceleme *prima facie* seviyede olmalıdır.

Uyuşmazlık tahkime intikal ettirilmemişse incelemenin ne şekilde yapılacağına ilişkin ise Konvansiyonda herhangi bir hükme yer verilmemiştir. İlgili hükmün karşıt anlamından uyuşmazlık tahkime intikal ettirilmemişse devlet mahkemesinin *prima facie* inceleme yapamayacağı ve tahkim anlaşmasının geçerliliğini detaylı biçimde inceleyip hükme bağlaması gerektiği sonucu çıkarılabilecektir.

b. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun İlgili Hükümleri

Türk hukukunda 6100 sayılı HMK m. 422 ile hakemin veya hakem kurulunun, tahkim anlaşmasının mevcut veya geçerli olup olmadığına ilişkin itirazlar da dâhil olmak üzere, kendi yetkisi hakkında karar verebileceği düzenlenmiştir. Ancak anılan hüküm iç tahkime ilişkin hususları düzenlediğinden, tahkim yerinin yabancı bir devlette bulunması üzerine uygulanamayacaktır.

MTK m. 5 ile tahkim itirazının ileri sürülmesi ve tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin uyuşmazlıkların çözülmesi, HMK'nın ilk itirazlara ilişkin hükümlerine tâbi kılınmıştır. Maddede HMK'ya yapılan atf HMK m. 116-117'de yer alan ilk itiraza ilişkin hükümleri kapsamaktadır. Ancak HMK m. 413'te yer alan ve tahkim anlaşmasının konusunu oluşturan bir uyuşmazlığın çözümü için mahkemede dava açılması halinde, karşı tarafın tahkim ilk itirazında bulunabileceğini ve bu durumda tahkim anlaşmasının hükümsüz, tesirsiz veya uygulanması imkânsız değil ise mahkeme tahkim itirazını kabul edeceğine ilişkin düzenlemeyi kapsamamaktadır. Zira HMK'nın "Tahkim" başlıklı bölümünde yer alan kurallar, HMK m. 407 gereği MTK'nın tanımladığı anlamda yabancılık unsuru içermeyen ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanacaktır.

Bazı Yargıtay kararlarında görüldüğü gibi⁴³, yabancılık unsuru içeren uyuşmazlığa HMK hükümlerinin uygulanabileceği kabul edilirse, tahkim itirazını düzenleyen HMK m. 413 uyarınca tahkim anlaşması hükümsüz, tesirsiz veya uygulanması imkânsız değil ise mahkemenin tahkim itirazını kabul edeceği düzenlenmiştir. Doktrinde, ilgili hüküm uyarınca tahkim itirazının ileri sürülmesi üzerine mahkemenin yapması gereken incelemenin tam inceleme olduğu ve tahkim anlaşmasının geçersiz olup olmadığının karara bağlanması gerektiği savunulmaktadır⁴⁴.

43 Yargıtay 11 HD, 4088/3972, 04.03.2013, Kazancı İçtihat Bankası, Erişim Tarihi 27.05.2019.

44 Balkar Bozkurt (n 31) 195.

c. New York Konvansiyonu'nun İlgili Hükümleri

Türkiye'nin taraf olduğu ve yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizini düzenleyen 1958 tarihli New York Konvansiyonu da bu kapsamda değerlendirilmelidir. Adından da anlaşılacağı üzere NYK ile hakem kararlarının tanınması ve tenfizi düzenlemektedir; dolayısıyla inceleme konumuz bakımından henüz tanıma ve tenfiz aşamasına gelmiş bir hakem kararı mevcut olmadığından Konvansiyonun uygulanıp uygulanmayacağı tartışılabilir. Her ne kadar sözleşme esasen tanıma ve tenfize ilişkin hükümler içerse dahi tahkim yerinin yabancı bir devlette bulunduğu hallerde tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin hususlar bakımından Konvansiyonun uygulanması gerektiği NYK m.II/f.3'te açıkça kabul edilmiştir⁴⁵. NYK ile tahkim yerinin yabancı bir devlette bulunduğu hallerde NYK m. I'ın kıyas yoluyla uygulanması suretiyle tahkim anlaşmasına ilişkin hususların NYK kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmüştür⁴⁶.

NYK m.II/f.3 ile “*Bir Âkit Devlet mahkemesi, tarafların, işbu maddenin anladığı manada anlaşma akdettikleri bir konu ile ilgili uyuşmazlıklarına el koyduğu takdirde, anlaşmanın hükümden düşmüş, tesirsiz veya tatbiki imkânsız bir halde olduğunu tespit etmedikçe, bunları, birinin talebi üzerine, hakemliğe sevkederek.*” şeklinde bir hüküm kaleme alınmıştır. İlgili hüküm uyarınca, tahkim anlaşması kapsamına giren bir uyuşmazlığın devlet mahkemesinde dava edilmesi halinde, mahkemenin anlaşmanın “*hükümden düşmüş, tesirsiz veya tatbiki imkânsız bir halde olduğunu tespit etmedikçe*” uyuşmazlığı tahkime intikal ettirmesi gerektiği düzenlenmiştir.

İlgili hükümde tahkim anlaşmasının geçersiz, tesirsiz veya tatbiki imkânsız olduğunu tespit etmedikçe, mahkemelerin uyuşmazlıkları tahkime intikal ettirmesi gerektiği düzenlenmiştir. Dolayısıyla mahkemelerin tahkim anlaşmasını detaylı biçimde inceleyerek tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin tespitte bulunması gerektiği madde metninden anlaşılmaktadır. Ancak doktrinde NYK m. II/f.3 hükmünün, devlet mahkemesinin *prima facie* inceleme yapmasına engel olmadığı, hatta *prima facie* incelemenin milletlerarası tahkimin gerekliliklerine daha uygun olduğu da savunulmaktadır⁴⁷. Bu hüküm kapsamında inceleme yapan mahkemelerin “tahkim yargılaması lehine” karar vermesi gerektiği de belirtilmektedir⁴⁸.

Kanaatimizce yabancı bir devletin tahkim yeri olarak belirlenmesi halinde MTK m.7/H'te düzenlenen *Competence-Competence* ilkesinin uygulanması mümkün

45 Albert van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958* (Kluwer Law and Taxation 1981) 57–58; Lew, Mistelis and Kröll (n 17) 347; Yeşilova, ‘Tahkim (İlk İtirazı Üzerine – Hakemlerin Yetkisiyle İlgili Olarak – Mahkemelerce Yapılacak Denetim ve Sonuçları (Milletlerarası Tahkim Kanunu m.5/1)’ (n 12) 771; Balkar Bozkurt (n 31) 198; Esen, ‘Uluslararası Tahkime Tabi Bir Uyuşmazlığın Devlet Mahkemelerine Götürülmesi Halinde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine İlişkin İtirazların İncelenmesi ve Kompetenz-Kompetenz Prensipleri’ (n 1) 378; Yeşilirmak (n 23) 210.

46 van den Berg (n 45) 57.

47 ibid 155; Gaillard and Banifatemi (n 23) 258.

48 Sariöz Büyükalp (n 23) 204.

olmayacak ve tahkim itirazı üzerine mahkemelerin tahkim anlaşmasının geçerliliğini inceleyip karara bağlaması gerekecektir. Nitekim doktrinde *prima facie* incelemeyi savunan bir yazar da tahkim yerinin yabancı bir devlette olması halinde *prima facie* inceleme kuralına istisna getirilebileceğini kabul etmektedir⁴⁹.

Tahkim yerinin Türkiye olduğu ve MTK kapsamında değerlendirilecek olan uyumsuzluklar bakımından *Competence-Competence* ilkesi açıkça uygulama alanı bulacağından bu ilkenin olumsuz etkisinin Türk hukukunda kabul edilip edilmeyeceği tartışma konusu olabilir ve *prima facie* inceleme görüşü benimsenebilir. Ancak yabancı bir devletin tahkim yeri olarak belirlendiği hallerde; yukarıda incelenen MTK m.5, HMK m. 422, NYK m. II/f.3 hükümleri ile birlikte UNCITRAL Model Kanun m. 8'in lafzı dikkate alındığında hepsinde, tahkim anlaşmasının "*hükümden düşmüş, tesirsiz veya tatbiki imkânsız bir halde olduğunu tespit edilmedikçe*" tahkim itirazının kabul edileceğine ilişkin benzer hükümlere yer verilmiştir. Kanaatimizce tüm bu kanun ve milletlerarası sözleşmelerde yer alan benzer hükümler ışığında, MTK m.7'de yer alan *Competence-Competence* prensibinin de uygulanamayacağı dikkate alınırsa, yabancı bir devletin tahkim yeri olarak kararlaştırılması halinde, mahkemede tahkim itirazının ileri sürülmesi üzerine mahkemeler tahkim anlaşmasının geçerliliğini inceleyerek hükme bağlamalıdır⁵⁰. Tahkim anlaşması geçersizse mahkeme esas hakkında açılan davaya devam etmeli, tahkim anlaşmasının geçerli olduğuna hükmedilmesi halinde ise mahkeme usulden red kararı vermelidir.

Bu yaklaşım, İsviçre hukukunda kabul edilmiştir⁵¹ ve İsviçre Federal Mahkemesi'nin vermiş olduğu kararlarda görülmektedir. *Compagnie de Navigation v MSC* davasında Federal Mahkeme, tahkim yerinin İsviçre dışında yabancı bir devlette bulunması halinde, mahkemede ileri sürülen tahkim itirazı ve tahkim anlaşmasının geçersizliği iddiası üzerine tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığının detaylı biçimde incelenmesi gerektiğini karara bağlamıştır⁵².

Mahkeme kararında bu görüş birkaç gerekçeye dayandırılmıştır. Bu gerekçelerden ilki sadece *prima facie* inceleme yapılması suretiyle doğal hâkim ilkesinin ihlal

49 Bachand (n 20) 474.

50 Aksı yönde bkz. Sarıöz Büyükalp (n 23) 212. Yazar tahkim yeri dışındaki mahkemelerde yapılacak olan incelemenin kesinlikle *prima facie* düzeyde olması gerektiğini ileri sürmektedir. Zira tahkim yeri dışındaki devlet mahkemesinin iptal prosedüründe anlaşmanın geçerliliğini inceleme imkânı bulunmayacaktır.

51 Stavros Brekoulakis, 'The Negative Effect of Compétence Compétence: The Verdict Has to Be Negative' (2009) 2 Austrian Arbitration Review 237, I.D <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1414325>; Gaillard and Banifatemi (n 23) 262; Yeşilova, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi* (n 19) 552-553; Tekin (n 24) 135.

52 *Compagnie de Navigation et Transports SA v MSC Mediterranean Shipping Company SA*, Tribunal Fédéral Suisse, 16 Ocak 1995, BGE 121 III 38. http://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=564, 30.04.2019. Tahkim yerinin İsviçre olduğu hallerde *prima facie* inceleme yapılabileceğine ilişkin olarak, *Fondation M v Banque X*, Tribunal Fédéral Suisse, 29 Nisan 1996, ATF 122 III 139, http://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=911

edilmesinin önüne geçilmesidir⁵³. Kendisine başvuru mahkemenin sadece sınırlı bir inceleme yaparak yetkisiz olduğuna karar vermesi halinde bu ilkenin ihlal edilebileceği, dolayısıyla tahkim yerinin İsviçre dışında bulunduğu hallerde mahkemenin tahkim anlaşmasının geçerliliği hakkında tam inceleme yapma yetkisinin elinden alınamayacağı belirtilmiştir. Tahkim yerinin yabancı bir devlette olduğu hallerde, İsviçre mahkemelerine başvuru hakkı olan bir kişinin, tahkim anlaşmasının geçersiz olduğu iddiasını İsviçre mahkemeleri huzurunda öne sürmesi halinde, mahkemelerin anlaşmanın geçerliliğini detaylı biçimde inceleyerek karara bağlaması gerektiği belirtilmektedir. Zira tahkim yeri İsviçre dışından olduğundan, İsviçre’de bir tenfiz davası açılmaması ihtimalinde, İsviçre mahkemeleri tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin başkaca inceleme yapma fırsatı bulamayacaktır. *Competence-Competence* ilkesi kabul edilmiş olsa da sonraki aşamada hakemlerin kendi yetkilerine ilişkin vermiş olduğu kararın devlet mahkemeleri tarafından denetleneceği kararda vurgulanmıştır⁵⁴. Bu nedenle, İsviçre’de dava açma hakkı olan bir kişinin, İsviçre mahkemelerinde iddialarının detaylı biçimde incelemesi gerektiği ve dolayısıyla mahkemenin tahkim anlaşmasının geçerliliğini detaylı biçimde incelemesi gerektiği ifade edilmiştir.

Kararda belirtilen diğer bir gerekçe ise NYK m. II’de öngörülen kuralın tahkim anlaşmalarının geçerliliğinin incelenmesi hususunda mahkemelere tam inceleme yetkisini vermesidir. NYK m. II uyarınca mahkemelerin tahkim anlaşmalarının geçerli olup olmadığını detaya girerek incelemesi gerektiği belirtilmiştir⁵⁵.

II. Yabancı Bir Devletin Tahkim Yeri Olarak Kararlaştırıldığı Hallerde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine Uygulanacak Hukuk

A. Genel Bilgi

Tahkim itirazı ileri sürüldüğünde Türk mahkemeleri tarafından tahkim anlaşmasının geçerliliği hakkında yapılacak olan incelemenin niteliğine ve kapsamına değindikten sonra tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuka da değinilmelidir. *Prima facie* inceleme yapacak olan mahkeme tarafından uygulanacak hukukun belirlenmesine gerek olmamasına rağmen, mahkemelerin tahkim anlaşmasının geçerliliğini inceleyip karara bağlayacağı hallerde, anlaşmaya uygulanacak hukukun belirlenmesi son derece önemlidir. Mahkeme, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku tespit ettikten sonra, anlaşmanın geçerliliğini bu hukuka göre inceleyecektir.

53 Compagnie de Navigation et Transports SA v MSC Mediterranean Shipping Company SA, 43: “that the cantonal authority had not disregarded the guarantee of a natural judge ... by only conducting a *prima facie* assessment of the action to declare the arbitration clause void”

54 Compagnie de Navigation et Transports SA v MSC Mediterranean Shipping Company SA, 41, para. b

55 Compagnie de Navigation et Transports SA v MSC Mediterranean Shipping Company SA, 42, para. son.

Tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku belirleyen kurallar MTK'da düzenlenmiştir. Türk hâkimi tarafından MTK'nın uygulama alanına giren bir tahkim anlaşmasının geçerliliğinin incelenmesi gerektiğinde hâkim, MTK m.4/f.3'ü⁵⁶ dikkate almalıdır. MTK m.4/f.3 uyarınca, öncelikle tarafların tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku seçip seçmediğine bakılır. Şayet taraflar, tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere hukuk seçimi yapmışsa uyuşmazlığa seçilen hukuk uygulanır. Dolayısıyla asıl sözleşmeye uygulanmak üzere bir hukuk seçimi yapıldıysa, seçilen bu hukuk tahkim anlaşmasının geçerliliği bakımından doğrudan uygulanamayacaktır. MTK m.4'te açıkça belirtildiği üzere, tarafların hukuk seçimi yapmadığı hallerde ise tahkim anlaşmasının geçerliliğine Türk hukuku uygulanır.

İlk bölümde ifade edildiği üzere, MTK'nın uygulama alanı yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya MTK hükümlerinin taraflar ya da hakem veya hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklarla sınırlıdır. Tahkim yerinin yabancı bir devlet olarak belirlendiği hallerde MTK m.4 hükmü uygulanamayacaktır. Türk hukukunda tahkim yerinin yabancı devlet olduğu hallerde tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku düzenleyen başka bir kural da mevcut değildir⁵⁷.

Doktrinde, anılan halde tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukukun ne şekilde belirleneceğine ilişkin dört farklı görüş ileri sürülmüştür. Çalışmamızın ikinci bölümünde MTK kapsamında yer almayan tahkim anlaşmalarının geçerliliğine uygulanacak hukukun ne şekilde tespit edileceğine ilişkin doktrinde ileri sürülen görüşler, milletlerarası konvansiyonlar da dikkate alınarak incelenecektir.

B. Cenevre Konvansiyonu Hükümlerine Dayanarak Uygulanacak Hukukun Belirlenmesi

Kanaatimizce, MTK kapsamına girmeyen bir tahkim anlaşmasının varlığı halinde anlaşmaya uygulanacak hukuk belirlenirken, 1961 tarihli Cenevre Konvansiyonu hükümleri öncelikle incelenmelidir. Uyuşmazlık Konvansiyonunun uygulama alanına giriyorsa, tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuk, Konvansiyon hükümleri esas alınarak belirlenmelidir⁵⁸.

Cenevre Konvansiyonu m. 6/f.2 ile: “*Âkit devlet mahkemelerinin bir hakemlik anlaşmasının mevcudiyeti veya muteberliği hakkında karar vermeleri gerektiği zaman [...]:*

- a) *Tarafların hakemlik anlaşmasını tabi kıldıkları kanuna;*
- b) *Bu bapta anlaşmada sarahat yoksa hakem kararının verileceği memleket kanununa;*

56 TMK m.4/f.3: “...Tahkim anlaşması, tarafların tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere seçtiği hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna uygun olduğu takdirde geçerlidir[....]”

57 Şanlı (n 17) 325.

58 Cenevre Konvansiyonu'nun uygulama alanına ilişkin bkz. Birinci Bölüm II.A.

c) Taraflar hakemlik arilaşmasını tabi kıldıkları kanun hakkında sakıt kalmışlar ve meseleye adli mahkemece el koyduğu zaman hakem kararının nerede verileceği tayin edilemiyor ise ise el koyan mahkemenin kanunlar ihtilafı kaidesi gereğince selahiyetli olan kanun hükümlerine göre, karar vereceklerdir.” şeklinde bir kanunlar ihtilafı kuralı kabul edilmiştir. Dolayısıyla Konvansiyon kapsamına giren uyuşmazlıklarda, tahkim anlaşmasının geçerliliğini inceleyecek olan mahkeme bu hükmü dikkate almalıdır.

Cenevre Konvansiyonu m.6/f.2 ile tahkim anlaşmasının geçerliliğinin, tarafların tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere belirledikleri hukuka; hukuk seçimi yapılmamışsa tahkim yeri hukukuna, tahkim yeri de belirlenemiyorsa incelemeyi yapan mahkemenin bulunduğu devletin kanunlar ihtilafı kurallarına tabi olduğu kabul edilmiştir.

Dolayısıyla MTK kapsamına girmeyen ancak Cenevre Konvansiyonu kapsamında bulunan bir uyuşmazlık söz konusu ise, tarafların hukuk seçimi yapmadığı hallerde, tahkim yeri hukuku dikkate alınarak tahkim anlaşmasının geçerliliği karara bağlanmalıdır. Tahkim yeri tespit edilemiyor ise Türk hâkimi kendi kanunlar ihtilafı kurallarını uygulayarak meseleyi çözüme kavuşturmalıdır.

C. Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 4/f.3'te Yer Alan Kural Vasıtasıyla Uygulanacak Hukukun Belirlenmesi

Yabancılık unsuru içeren, tahkim yerinin Türkiye olmadığı ve taraflarca veya hakemlerce MTK'nın uygulanacağıın kararlaştırılmadığı anlaşmalar MTK'nın uygulama alanı dışında kalmaktadır. Ancak bir grup yazar MTK m.4/f.3'te belirlenen kuralın, MTK kapsamı dışında kalsa dahi tahkim anlaşmasının geçerliliğine kıyasen uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir⁵⁹. İlgili hükümde tarafların tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere hukuk seçimi yapmadığı hallerde, tahkim anlaşmasının geçerliliğine Türk hukuku uygulanacağı kabul edilmiştir.

Yazarlar MTK m.4/f.3'ün uygulanacağını kabul etmiş olsalar da öne sürdükleri gerekçeler birbirinden farklıdır. İlk görüş uyarınca, kanunun herhangi bir kıstasa yer vermeden hukuk seçimi yapılmayan hallerde Türk hukukunun uygulanacağını öngörmüş olması dolayısıyla tahkim anlaşmasının geçerliliğinin Türk hukukuna göre belirlenmesi gerektiği kabul edilmiştir⁶⁰.

Tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk olarak kanunlar ihtilafı kurallarına başvuru yapılmaksızın doğrudan Türk hukukunun belirlenmiş olması, MTK'ya dayanan tahkim usulünün Türkiye'de yürütüleceği mantığına dayanmaktadır⁶¹.

59 Özel (n 17) 81; Cemal Şanlı, *Hukuki Mütalaaların* (Adalet 2016) 916; Şanlı (n 17) 325; Şanlı, Esen and Ataman-Fıganmeşe (n 5) 631; Emre Esen, 'Yetkili Kılınan Tahkim Kurumunun Mevcut Veya Belirli Olmadığı Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliği' (2017) 6 UTTER 75, 94.

60 Özel (n 17) 81.

61 Ayşe İpek Sarıöz Büyükalp, 'Uluslararası Tahkimde "Tahkim Anlaşmasının Hükümsüz, Tesirsiz Veya İcrasının İmkânsız Olması" Kavramları' (2015) 16 Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan – DEÜHFD 2015, 2028.

Dolayısıyla ilgili hüküm MTK'nın tahkim yeri Türkiye olan uyuşmazlıklar bakımından uygulanacağı ve tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun tahkim yerine tabi olacağı mantığına dayanılarak hazırlanmıştır. Dolayısıyla tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuk, tahkim yeri hukukuna tabi kılınmalıdır ve MTK da esasen bu kuralı benimsemiştir. Kanaatimizce tahkim yerinin Türkiye dışında olduğu hallerde MTK m.4/f.3 vasıtasıyla Türk hukukunun uygulanması hükmün koyuluş amacına aykırı olacaktır.

İkinci görüş uyarınca ise MTK'nın uygulama alanı dışında kalan tahkim anlaşmalarının geçerliliğine uygulanacak hukuk açısından bir kanun boşluğu bulunduğu kabul edilmekte ve bu kanun boşluğunun MTK m.4/f.3 hükmünün kıyasen uygulanması suretiyle doldurulması gerektiği savunulmaktadır⁶².

Doktrinde, MTK m.4/f.3'te yer alan kuralın kıyasen uygulanması gerektiğini savunan bir yazar, bu kuralın esasen MTK'nın Türkiye'nin tahkim yeri olarak belirlendiği hallerde uygulanmak üzere kurgulandığını; dolayısıyla ilgili fıkrada "tahkim yeri" esasının kabul edildiğini ileri sürmektedir. Yazara göre, MTK m.4/f.3 tahkim yeri esasına dayanılarak düzenlendiğinden tahkim yerinin yabancı devlette olduğu hallerde, bu maddede kabul edilen "tahkim yeri" esası uygulanarak kanun boşluğu doldurulmalıdır⁶³.

D. New York Konvansiyonu Hükümleri Vasıtasıyla Uygulanacak Hukukun Belirlenmesi

MTK kapsamına girmeyen uyuşmazlıklar bakımından tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukukun NYK hükümleri uyarınca belirlenmesi gerektiği de doktrinde savunulmaktadır⁶⁴. NYK bağlamında tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuk, tanıma tenfiz talebinin reddini düzenleyen NYK m.V/f.1/b.(a) hükmünde gösterilmiştir⁶⁵. İlgili hüküm uyarınca tahkim anlaşması taraflarca seçilen hukuka, hukuk seçimi yapılmadıysa tahkim yeri hukukuna göre geçerli olmalıdır. Bu hüküm Türk mahkemeleri önünde tanıma veya tenfiz talep edildiğinde uygulanır; dolayısıyla hüküm, hakem kararı verildikten sonra devreye girer.

Hakem kararı verilmeden önce, tahkime konu bir uyuşmazlığın Türk mahkemeleri önünde ileri sürülmesi halinde ise NYK m.II/f. 3 hükmü uygulama alanı bulacaktır⁶⁶.

62 Şanlı (n 17) 326; Şanlı (n 59) 916; Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 5) 631; Esen, 'Yetkili Kılınan Tahkim Kurumunun Mevcut Veya Belirli Olmadığı Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliği' (n 59) 94. Esen tarafından MTK kapsamına girmeyen anlaşmaların esas bakımından geçerliliğine uygulanacak hukukun iki farklı şekilde belirlenebileceğini belirtmiştir. Yazara göre ilk seçenek kıyas yoluyla MTK m.4/f.3'ün uygulanmasına dayanır; ikinci seçenek ise MTK'nın özel kanun, MÖHUK'un genel kanun kabul edilmesi ve MTK'nın öngörmediği hususlara MÖHUK hükümlerinin uygulanmasıdır. Yazarın benimsemiş olduğu ikinci seçenek aşağıda incelenecektir.

63 Esen, 'Yetkili Kılınan Tahkim Kurumunun Mevcut Veya Belirli Olmadığı Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliği' (n 59) 94.

64 Yeşilirmak (n 23) 210; Sarıöz Büyükalp (n 61) 2028; Tekin (n 24) 204.

65 Sarıöz Büyükalp (n 61) 2028.

66 van den Berg (n 45) 57.

İlgili hükümde uygulanacak hukuka ilişkin herhangi bir kurala yer verilmemiş sadece geçerli bir tahkim anlaşması ile karşılaşan mahkemenin uyuşmazlığı tahkime sevk etmesi gerektiği düzenlenmiştir. Doktrinde, NYK m. V/f.1/ b.(a)'da yer alan kanunlar ihtilafı kuralının kıyas yoluyla NYK m. II/f.3'e uygulanması gerektiği savunulmaktadır⁶⁷. Dolayısıyla MTK kapsamı dışında kalan tahkim anlaşmalarının geçerliliğini, NYK m. V/f.1/b.(a) uyarınca belirlenecektir.

NYK m.V/f.1/b.(a)'ya dayanan bu görüş uyarınca, tahkim anlaşmasının geçerliliği tarafların seçtiği hukuka, tarafların hukuk seçimi yapmamış olması halinde tahkim yeri hukukuna göre belirlenmelidir. Tarafların tahkim yerini belirlememiş olması halinde ise tahkim anlaşmasının esasına hâkimin kendi kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirlenen hukukun, sözleşmenin esasına uygulanacak hukukun veya tahkim yargılamasından etkilenecek devlet hukuklarının uygulanması önerilmektedir⁶⁸. Yazar, bu ihtimalde hâkimin kendi kanunlar ihtilafı kurallarına başvurarak tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuku belirlemesi gerektiğini savunmaktadır⁶⁹. Dolayısıyla tahkim yerinin taraflarca kararlaştırılmadığı hallerde Türk hâkimi, 5718 sayılı MÖHUK⁷⁰ hükümlerini uygulayarak tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuku belirlemelidir. MÖHUK uyarınca bu hukukun ne şekilde belirleneceği ise takip eden başlıkta detaylı biçimde incelenecektir.

E. MÖHUK Hükümleri Vasıtasıyla Uygulanacak Hukukun Belirlenmesi

MTK kapsamına girmeyen uyuşmazlıklar bakımından tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukukun MÖHUK hükümleri uygulanarak da belirlenebileceği doktrinde ileri sürülmüştür⁷¹. Bu görüş uyarınca MTK'yı özel kanun, 5718 sayılı MÖHUK'u ise genel kanun niteliğinde kabul etmek suretiyle, özel kanunda hüküm bulunmayan hallerde genel kanun hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir.

Dolayısıyla ilgili görüş uyarınca Türk hâkimi, tahkim anlaşmasının geçerliliğine, sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuku gösteren MÖHUK m. 24'ü uygulayacak⁷² ve tarafların hukuk seçimi yapmadığı hallerde objektif bağlama kuralı

67 ibid 126–127.

68 Frank-Bernd Weigand, *Practitioner's Handbook on International Arbitration* (Verlag CH Beck 2002) 450.

69 Sarıöz Büyükalp (n 61) 2030. Yazara göre, MTK'nın uygulama alanına girmeyen ve NYK kapsamında uygulanacak hukukun tespit edilemediği hallerde, hâkimin kendi hukukunu uygulamaktan başka bir seçeneği kalmamıştır. Yazar, tahkimin esasına uygulanacak hukukun doğrudan tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanamayacağını aksi halde "tahkim anlaşmasının maddi hukuk sözleşmesinden bağımsızlığı" ilkesinin ihlal edileceği görüşündedir.

70 Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, Kabul Tarihi: 27.11.2007, RG: 12.12.2007/26728.

71 Esen, 'Yetkili Kılınan Tahkim Kurumunun Mevcut Veya Belirli Olmadığı Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliği' (n 59) 95.

72 ibid; Sarıöz Büyükalp (n 61) 2031. Sarıöz Büyükalp, New York Konvansiyonu uyarınca tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun belirleneceğini kabul etmiş olsa da, tahkim yerinin belirli olmadığı hallerde hâkimin kendi kanunlar ihtilafı kurallarını uygulaması gerektiğini ileri sürmektedir. Dolayısıyla yazarın görüşü bu bağlamda incelenecektir.

uygulama alanı bulacaktır⁷³. MÖHUK m.24/f.4 ile belirlenen objektif bağlama kuralı uyarınca: “*Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde sözleşmeden doğan ilişkiye, o sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukuk uygulanır. Bu hukuk, karakteristik edim borçlusunun, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukuku, ticarî veya meslekî 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 hâlin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşme, bu hukuka tâbi olur.*”

Doktrinde, tahkim anlaşmasının karakteristik edim borcunu yalnızca tek tarafa yükleyen bir borç olmaması⁷⁴ sebebiyle maddenin ikinci cümlesinde belirlenen karinenin uygulanamayacağı; ilk cümlede belirtilen sözleşmenin en sıkı ilişkili olduğu hukukun karinelere bağımsız biçimde tespit edilerek uygulanması gerektiği belirtilmiştir⁷⁵. Karşıt görüşteki bir yazar ise, bu halde MÖHUK m.24/f.4’te yer alan objektif bağlama kuralının uygulanamayacağı kanaatindedir⁷⁶.

Milletlerarası ticari tahkim hukukunda tahkim yerinin taşıdığı önem vurgulanarak, tahkim anlaşması bakımından en sıkı ilişkili hukukun tahkim yeri olarak belirlenmesi gerektiği doktrinde ileri sürülmüştür⁷⁷.

Tahkim yerinin yabancı bir devlette olduğu hallerde yabancılık unsuru içeren bir uyumsuzluk söz konusudur. Dolayısıyla tahkim yerinin yabancı bir devlette olduğu hallerde tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuk bakımından MTK’da bir hüküm yer almadığından, 5718 sayılı MÖHUK hükümlerine gidilmesi söz konusu olabilecektir. Bu bağlamda doktrinde yapılan özel kanun-genel kanun ayrımı kabul edilmelidir. Özel kanun olan MTK’da uygulanacak hukuka ilişkin özel bir hüküm bulunmadığından MÖHUK hükümlerinde başvurulabilir.

MÖHUK m. 24’te yer alan kanunlar ihtilafı kuralına başvurmak mümkün olduğu gibi kanaatimizce bu noktada MÖHUK m.62/f.(e)’de düzenlenen kuralın da tahkim itirazı aşamasında kıyas yoluyla uygulanıp uygulanamayacağı da değerlendirilmelidir. MÖHUK m. 62/f.(e) ile “*Tahkim sözleşmesi veya şartı taraflarca tâbi kılındığı kanuna, bu konuda bir anlaşma yoksa hakem hükmünün verildiği ülke hukukuna göre hükümsüz ise*” mahkemenin yabancı hakem kararının tenfizini reddedeceği düzenlenmiştir. MÖHUK m. 24’e başvurulması halinde, karakteristik edim

73 Aysel Çelikel and Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk* (15th edn, Beta 2017) 373; Gülören Tekinalp and Ayfer Uyanık, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları* (12th edn, Vedat 2016) 304; Ergin Nomer, *Devletler Hususi Hukuku* (22nd edn, Beta 2017) 328; Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 5) 274.

74 Şanlı (n 59) 913.

75 Esen, ‘Yetkili Kılınan Tahkim Kurumunun Mevcut Veya Belirli Olmadığı Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliği’ (n 59) 95–96; Sarıöz Büyükalp (n 61) 2031.

76 Şanlı (n 59) 912–914.

77 Esen, ‘Yetkili Kılınan Tahkim Kurumunun Mevcut Veya Belirli Olmadığı Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliği’ (n 59) 96.

borçlusunun tespit edilememesi sonucu, yukarıda yer verilen tartışma doğrultusunda objektif bağlama kuralının uygulanamayacağı sonucuna ulaşılabilir. Dolayısıyla genel kanun olarak kabul ettiğimiz MÖHUK m. 62/f.(e)'de yer alan kuralın alternatif olarak tahkim anlaşmasının geçerliliğine kıyasen uygulanması mümkün kabul edilmelidir.

İlgili maddeyle tahkim anlaşmasının geçerliliği tarafların seçtiği hukuka, hukuk seçimi yapılmamışsa tahkim yeri hukukuna tabi kılınmıştır. MÖHUK m. 62/f.(e)'de yer alan hüküm milletlerarası usul hukukuna ilişkin bir kural olarak ve hakem kararının tanınması ve tenfizi aşamasında karşımıza çıkıyor olsa da kıyasen tahkim anlaşmasının geçerliliği hakkında da uygulanabilmelidir. Zira yukarıda incelendiği üzere, NYK m. II/f.3 ile NYK m. V/f.1/b.(a) arasındaki benzer bir ilişki doktrinde kabul edilmiştir⁷⁸. NYK kapsamında, tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuk, NYK m. V/f.1/b.(a)'da yer alan ve esasen tenfiz koşulu olarak öngörülen: “*tahkim anlaşmasının taraflarca seçilen hukuka, hukuk seçimi yapılmadıysa tahkim yeri hukukuna göre geçerli olması*” kuralı uyarınca belirlenmektedir.

Sonuç

Çalışmamızın konusu yabancı bir devletin tahkim yeri olarak belirlendiği hallerde, tahkime tabi uyuşmazlık hakkında devlet mahkemesinde dava açılmasıdır. Davalı bu davada tahkim itirazı ileri sürebilir ve davacı da tahkim anlaşmasının geçersiz olduğunu iddia edebilir. Söz konusu iddialar üzerine, öncelikle mahkemenin yapacağı incelemenin kapsamının belirlenmesi gerekmektedir.

Yabancı bir devletin tahkim yeri olarak belirlenmesinin en önemli sonucu, uyuşmazlığın MTK'nın uygulama alanı dışında kalmasıdır. Ancak yabancı bir devletin tahkim yeri olarak belirlendiği hallerde dahi tahkim itirazını düzenleyen MTK m. 5 uyuşmazlığa uygulanacaktır. Bu maddede tahkim itirazının kabulü halinde mahkemenin davayı usulden reddedeceği düzenlenmiş olmakla birlikte tahkim itirazının ve tahkim anlaşmasının geçerliliğinin ne şekilde inceleneceğine ilişkin detaylı hükümlere yer verilmemiştir.

Doktrinde tahkim itirazının ileri sürülmesi üzerine, mahkemenin tahkim anlaşmasının geçerliliğini detaylı biçimde inceleyerek hükme bağlaması gerektiği ileri sürüldüğü gibi, mahkemenin *prima facie* bir inceleme yaparak bir tahkim anlaşmasının mevcut olduğu hallerde uyuşmazlığı tahkime sevk etmesi gerektiği de savunulmaktadır. Yani tahkim itirazını değerlendiren mahkeme, tahkim anlaşmasının geçerliliği bakımından tam inceleme veya *prima facie* inceleme yapma yolunu seçecektir. *Prima facie* inceleme görüşünün dayanağı ise MTK m.7/H ile *Competence-Competence* kuralının kabul edilmiş olmasıdır.

78 Bkz. Bölüm II-D.

MTK m. 5, HMK m. 422, NYK m. II/f. 3 hükümleri ile birlikte UNCITRAL Model Kanun m. 8'in lafzı dikkate alındığında hepsinde, tahkim anlaşmasının “*hükümden düşmüş, tesirsiz veya tatbiki imkânsız bir halde olduğu tespit edilmedikçe*” tahkim itirazının kabul edileceğine ilişkin benzer hükümlere yer verilmiştir. Kanaatimizce tüm bu kanun ve milletlerarası sözleşmelerde yer alan benzer hükümler ışığında, MTK m. 7'de yer alan *Competence-Competence* prensibinin de uygulanamayacağı dikkate alınır, yabancı bir devletin tahkim yeri olarak kararlaştırılması halinde, mahkemede tahkim itirazının ileri sürülmesi üzerine mahkemeler tahkim anlaşmasının geçerliliğini inceleyerek hükme bağlamalıdır. Doktrinde ve İsviçre mahkemelerinin uygulamasında da tahkim yerinin farklı bir devlette bulunduğu hallerde mahkemenin tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığını karara bağlaması gerektiği kabul edilmiş; aksi halde doğal hâkim ilkesinin ihlal edileceği vurgulanmıştır.

Tahkim yerinin yabancı bir devlette olduğu hallerde, mahkemenin tahkim anlaşmasının geçerliliğini inceleyip karara bağlaması gerektiği sonucuna vardıktan sonra, çalışmanın ikinci bölümünde bu incelemenin hangi hukuka göre gerçekleştirilmesi gerektiği değerlendirilmiştir.

Tahkim yerinin yabancı bir devlet olarak belirlendiği hallerde, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuka ilişkin bir kural öngören MTK m.4 hükmü uygulanmayacaktır. Türk hukukunda tahkim yerinin yabancı devlet olduğu hallerde tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuka ilişkin herhangi bir başka düzenleme de mevcut değildir. Çalışmamızın ikinci bölümünde MTK'nın kapsamında yer almayan tahkim anlaşmalarının geçerliliğine uygulanacak hukukun ne şekilde tespit edileceğine ilişkin doktrinde ileri sürülen görüşler, milletlerarası konvansiyonlar da dikkate alınarak incelenmiştir.

MTK'nın özel kanun kabul edilmesi ve MTK'da hüküm bulunmayan hallerde genel kanun kabul dilen MÖHUK hükümlerinin uygulanması ile kanundaki boşluk doldurulabilecektir. Kanaatimizce MÖHUK m.62/f.(e)'de tanıma ve tenfize ilişkin düzenlenmiş olan kural, tahkim itirazı aşamasında kıyas yoluyla uygulanmalıdır. İlgili maddeyle tahkim anlaşmasının geçerliliği tarafların seçtiği hukuka, hukuk seçimi yapılmamışsa tahkim yeri hukukuna tabi kılınmıştır.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almamıştır.

Kaynakça/References

- Akıncı Z, *Milletlerarası Tahkim* (4th edn, Vedat 2016)
- Bachand F, 'Does the Article 8 of the Model Law Call For Full or Prima Facie Review of the Arbitral Tribunal's Jurisdiction' (2006) 22 *Arbitration International* 463
- Balkar Bozkurt S, 'Milletlerarası Tahkimde Yargılama Masraflarının Hak Arama Özgürlüğüne Etkisi ve Sonuçları' (2015) 10 *BAÜHFD* 120

- Brekoulakis S, 'The Negative Effect of Compétence Compétence: The Verdict Has to Be Negative' (2009) 2 Austrian Arbitration Review 237 <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1414325>
- Çelikel A and Erdem B, *Milletlerarası Özel Hukuk* (15th edn, Beta 2017)
- Ekşi N, *Milletlerarası Deniz Ticareti Alanında "Incorporation" Yoluyla Yapılan Tahkim Anlaşmaları* (Beta 2004)
- , *4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'na İlişkin Yargıtay Kararları* (On İki Levha 2009)
- , *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim* (2nd edn, Beta 2019)
- Erkan M, *Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları* (Yetkin 2013)
- Esen E, *Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili* (Beta 2008)
- , 'Uluslararası Tahkime Tabi Bir Uyuşmazlığın Devlet Mahkemelerine Götürülmesi Halinde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine İlişkin İtirazların İncelenmesi ve Kompetenz-Kompetenz Prensibi' [2011] GSÜHFD - Prof. Dr. Atâ Sakmar'a Armağan 355
- , 'Yetkili Kılınan Tahkim Kurumunun Mevcut Veya Belirli Olmadığı Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliği' (2017) 6 UTTDER 75
- Fouchard P, Gaillard E and Goldman B, *On International Commercial Arbitration* (Emmanuel Gaillard and John Savage eds, Kluwer Law International 1999)
- Gaillard E, 'L'effet Négatif de La Compétence-Compétence', *Etudes de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret* (Stämpfli Verlag AG 1999)
- Gaillard E and Banifatemi Y, 'Negative Effect of Competence-Competence: The Rule of Priority in Favour of the Arbitrators' in Emmanuel Gaillard and Domenico Di Pietro (eds), *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards-The New York Convention in Practice* (Cameron May 2007)
- Gölcüklü İ, *Milletlerarası Tahkimde Dava Açma Yasakları* (On İki Levha 2018)
- Lew JDM, Mistelis L and Kröll SM, *Comparative International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International 2003)
- Nomer E, *Devletler Hususi Hukuku* (22nd edn, Beta 2017)
- Özçelik NŞ, 'Resmi Yargı ve Tahkimin Ayır Ayır ve Birlikte Yetkilendirildiği Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliği' (2016) 36 MHB 53
- Özdemir Kocasakal H, 'Milletlerarası Tahkim Kanununun Uygulama Alanının Belirlenmesi', *Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan* (Seçkin 2006)
- , 'Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin Bir Kararı Çerçevesinde Mahkemelere de Yetki Veren Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliğinin Tespitinin Mahkemeler Tarafından Yapılıp Yapılamayacağı', *Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan* (On İki Levha 2017)
- Özel S, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri* (Legal 2008)
- Pekcanitez H, Atalay O and Özkes M, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı* (4th edn, Yetkin 2016)
- Şanlı C, *Hukuki Mütalaalarım* (Adalet 2016)
- , *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (6th edn, Beta 2016)
- Şanlı C, Esen E and Ataman-Figanmeşe İ, *Milletlerarası Özel Hukuk* (6th edn, Vedat 2018)
- Sarıöz Büyükalp Aİ, 'Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim İtirazı İle Karşılaşan Türk Hâkimin Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine Dair Yapacağı İncelemenin Kapsamı ve Sonuçları' (2014) 9 BAÜHFD 195

- , ‘Uluslararası Tahkimde “Tahkim Anlaşmasının Hükümsüz, Tesirsiz Veya İcrasının İmkânsız Olması” Kavramları’ (2015) 16 Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan – DEÜHFD 2015
- Tekin SE, *Milletlerarası Tahkim Hukukunda Tahkim Anlaşmasının Esas Bakımından Geçerliliğine Uygulanacak Hukuk* (On İki Levha 2019)
- Tekinalp G and Uyanık A, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları* (12th edn, Vedat 2016)
- Töre N, *Milletlerarası Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Varlığı Geçerliliği ve Etkileri* (Turhan 2019)
- van den Berg A, *The New York Arbitration Convention of 1958* (Kluwer Law and Taxation 1981)
- Weigand F-B, *Practitioner’s Handbook on International Arbitration* (Verlag CH Beck 2002)
- Yavuz C, ‘Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi ve Tabi Olduğu Hükümler’, *Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu “Tahkim”* (2009)
- Yeşilirmak A, ‘Geçerli Bir Tahkim Anlaşmasının Varlığına Rağmen Genel Haciz Yoluyla Takip Yapılabilir Mi?’ [2011] TBB Dergisi 205
- Yeşilova B, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi* (İzmir Güncel Hukuk Yayınları 2008)
- , ‘Tahkim (İlk İtirazı Üzerine – Hakemlerin Yetkisiyle İlgili Olarak – Mahkemelerce Yapılacak Denetim ve Sonuçları (Milletlerarası Tahkim Kanunu m.5/1)’ (2010) 11 DEÜHFD 739
- , ‘1961 Cenevre (Avrupa) Sözleşmesi’nin Türk Milletlerarası Tahkim Hukukundaki Yeri ve Uygulama Alanı (MTK m.I/VI)’ (2014) 3 UTDER 137



Aile Hukukunda Zor Bir Dönemeç: Karşılaştırmalı Hukuk Bakış Açısıyla Taşıyıcı Anneliğe İlişkin Güncel Gelişmeler

Şafak Parlak Börü¹

Öz

Taşıyıcı annelik gerek devletlerin iç hukuklarında gerekse uluslararası hukuk çerçevesinde aile hukukunun en ilginç ve karmaşık konularından biri haline gelmiştir. Roma hukukundan günümüze gelen *'mater semper certa est'* ('Anne her zaman bellidir') prensibinin genelgeçer kesinliği modern üreme tekniklerinin ilerlemesiyle birlikte sarsılmaya başlamıştır. Devletler arasındaki yasal düzenleme ve uygulama farklılıkları taşıyıcı annelik turizminin doğmasına sebep olmuştur. Avrupa ülkelerinde taşıyıcı anneliğe ilişkin katı tutumun özellikle AİHM'in *Menesson* ve *Labassee* davalarında verdiği kararların ardından yumuşamaya başladığı görülmektedir. Türk hukukunda ise konunun kısmen ele alındığı ve uygulamanın yasak kabul edildiği görülmektedir. Çalışmamızda konuyu farklı yönleriyle, karşılaştırmalı hukuk düzenlemeleri ve AİHM kararları çerçevesinde ayrıntılı şekilde ele almaya çalıştık. Böylece dünyada konuya ilişkin güncel gelişmeler ışığında, Türk hukukunda konuya ilişkin bakış açısına ve yapılacak değerlendirmelere katkı sağlamayı diliyoruz.

Anahtar Kelimeler

Taşıyıcı annelik • Taşıyıcı annelik sözleşmesi • Üremeye yardımcı tedavi uygulamaları ve üremeye yardımcı tedavi merkezleri hakkında yönetmelik (ÜYTE) • Soybağı • AİHM'in *'Menesson'* ve *'Labassee'* kararları

A Difficult Turning Point in Family Law: The Current Developments on Surrogate Motherhood with a Comparative Law Perspective

Abstract

Surrogate motherhood has become one of the most interesting and complicated issues of family law in both domestic law and private international law. The verity of the *'mater semper certa est'* principle of Roman law has started to feel the effects of the development of new reproduction techniques. The different national legal provisions and applications have become the reason for the rise of (international) surrogacy tourism. It can now be seen that the once rigid approach of European countries in this area has softened since the decisions of the ECHR in *Menesson* and *Labassee*. The subject is partly regulated in Turkish law while the practice of surrogate motherhood is prohibited. In our study, we attempted to deal with the subject matter according to different aspects - in terms of comparative law and recent decisions of the ECHR. Thus, we wish to make a contribution to the discussion and potential legal framing and harmonization in Turkish law.

Keywords

Surrogate motherhood • Surrogacy contracts • The by-law regarding assisted reproductive technologies and assisted reproduction clinics • Filiation • the *Menesson*' and *'Labassee'* decisions of ECHR

1 Sorumlu Yazar: Şafak Parlak Börü (Dr. Öğr. Üyesi), Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı.
Eposta: sparlak@law.ankara.edu.tr ORCID: 0000-0002-9843-6034

Atf: Parlak Boru S, "Aile Hukukunda Zor Bir Dönemeç: Karşılaştırmalı Hukuk Bakış Açısıyla Taşıyıcı Anneliğe İlişkin Güncel Gelişmeler" (2019) 39(1) PPIL 63. <https://doi.org/10.26650/ppil.2019.39.1.0065>

Extended Summary

Surrogate motherhood has become one of the most interesting and complicated issues of family law in domestic laws as well as in private international law. The well-accepted certainty of the '*mater semper certa est*' principle of Roman law has started to lose potency with the development of new reproduction techniques. The different national legal provisions and applications have become the reason for the rise of international surrogacy tourism. It has been observed that the once rigid approach of European countries in this matter has become softer following the decisions of the European Court of Human Rights (ECHR) in *Mennesson* and *Labassee*. The subject in Turkish law is partly regulated and the practice of surrogate motherhood is prohibited. In our study, we attempted to approach the subject from different perspectives in terms of comparative law and recent ECHR decisions. In this way, we wish to make a contribution to the discussion and potential legal framing and harmonization in Turkish law.

Surrogate motherhood has recently turned into a global operation because couples who face legal prohibition of surrogacy in their own countries head towards those countries which allow the process. Nonetheless, this process does not function smoothly especially because of the associated legal and ethical problems. Moreover, the legal problems of transnational surrogate motherhood, issues such as the legal validity of the conditions of the surrogacy agreement, the parties to the agreement, the rights and obligations of the parties in case of breach of contract, the legal and ethical nature of the contract, and the parentage issues are the main topics for discussion.

Cases regarding surrogate motherhood initially started to engage public attention in the 1980s. The legal cases '*Baby Cotton*' (Britain) and '*Baby M*' (USA) have had serious repercussions across the world and have brought forth the legal and ethical issues regarding the process. The current and famous international cases such as '*Baby Donna*' (Belgium), '*Baby Manji*' and '*Balaz Twins*' (India), '*Baby Gammy*' (Australia-Thailand) have followed these cases. National legislators are now faced with this new and interesting element in family law, confirming that the practice of surrogate motherhood is steadily increasing.

In comparative law, countries may be divided into three categories according to their legal policies on surrogate motherhood: 1. Those countries known as 'import countries' in the doctrine because that they do not currently allow surrogate motherhood in their domestic law. Germany, Switzerland, France, Austria, Italy, Spain and Turkey are in this first category. 2. Those countries where no legal regulations regarding surrogate motherhood exist or where the process is allowed in domestic law under strict conditions and supervision provided that the willing couples are entitled to nationality or permanent residence e.g. Belgium, Holland, New Zealand,

Brazil. 3. The third group is referred to as export countries, including certain states in the United States (e.g. California), Russia, Ukraine, Israel, India and Greece. These countries accept both transnational and domestic surrogacy.

Those countries belonging to categories I. and II. have long refused parental authority for willing couples of babies who were already born in countries which allow surrogate motherhood based on the grounds of ‘contradiction to public policy’, ‘fraud against law’ or incompleteness of other requirements. Nonetheless, it is possible to say that the rigid approach of European countries in this area has softened since the EHCR decisions in *Mennesson* and *Labassee* case.

In Turkey, there was no specific legal regulation (in terms of ‘code’) for a long time regarding having a child by assisted reproductive technologies and surrogate motherhood – although the legal aspect of the subject was partly regulated by a by-law. Evaluating the legislation of the foreign countries that have prohibited the surrogacy, it was truthfully criticized in the doctrine that such a legal prohibition of surrogate motherhood should have been set forward rather by the will of legislator, but not the administration. Finally, there have been amendments to Law 2238 on the Harvesting, Storage, Grafting, and Transplantation of Organs and Tissues, by Law 7151 on the Amendment of Certain Laws and Decree Laws enacted in Official Gazette 30616 dated 05.12.2018. Accordingly, surrogate motherhood is legally prohibited by power of these amendments.

(Non-commercial) Surrogate motherhood should also be accepted as a legal possibility *de lege ferenda* and should be the subject of an extensive and detailed legal arrangement and supervision as it is the case in Israel, in case there is no other medical choice left. It is possible that surrogacy can come to be a useful alternative solution, provided that the arrangements aiming at the protection of the child and the parties to the application are carried out under strict supervision. As evidenced by the increasing number of cases of surrogate motherhood, disregarding what the science of medicine provides and, moreover, legal prohibition of its practice is not a long-term solution.

Since the surrogate motherhood agreement is a private law contract, it will be more appropriate to allow the implementation of this application in the event that no one can be forced to become a party to the contract. Furthermore, the application is considered as a last resort when the usefulness of the application is taken into consideration and the other means are officially depleted. Hence, we believe that the legal arrangements should be made to facilitate the establishment of paternity with the willing father and mother. In the face of medical developments in reproductive methods, the silence or prohibition of the law will violate the rights of individual/families to have children and their rights to reproduction. We would like to express that surrogacy has been prohibited not just because of the ethical aspects of the subject matter, but also the legislator may probably have thought of avoiding the problems to be occurred in the practice.

Aile Hukukunda Zor Bir Dönemeç: Karşılaştırmalı Hukuk Bakış Açısıyla Taşyıcı Anneliğe İlişkin Güncel Gelişmeler

I. Giriş

Taşyıcı annelik gerek devletlerin iç hukuklarında gerekse uluslararası hukuk çerçevesinde aile hukukunun en ilginç ve karmaşık konularından biri haline gelmiştir. Roma hukukundan günümüze gelen ‘*mater semper certa est*’ (‘Anne her zaman bellidir’) prensibinin genelgeçer kesinliği modern üreme tekniklerinin ilerlemesiyle birlikte sarsılmaya başlamıştır. Başta uluslararası boyutlu olmak üzere, akdedilen taşyıcı annelik sözleşmelerinin sayısı gitgide artmaktadır ve biyotıp alanında yaşanan hızlı gelişmelere paralel olarak, önümüzdeki yıllarda bu yöndeki taleplerde daha da artış olacağı gözlenmektedir¹. Yapay dölleme yöntemlerindeki bu büyük tıbbi ilerlemeler, bir taraftan doğal yollarla çocuk sahibi olamayan pek çok istem sahibi ebeveyne genetik açıdan kendi çocuklarına sahip olabilme imkanı sunarken, diğer taraftan -toplumdan topluma farklılık göstermekle birlikte- ayrıca alternatif aile ve yaşam ortaklığı formlarının (bkz. aynı cinsten ebeveynlerin, bekar anne-babaların bu yöndeki talepleri) oluşmasına ve kabul görmesine de göz kırpmaktadır.

Taşyıcı annelik günümüzde global bir konuya ve aynı zamanda soruna dönüşmüştür. Konuya ilişkin yasal düzenlemeler her bir devlet hukukunda farklılık arz etmektedir. Bazı devletler taşyıcı annelik yöntemiyle çocuk sahibi olmayı hukuken yasaklamakta, bazıları belirli koşulların zorunlu olduğu çerçevede bu yönteme izin vermekte, bazıları ise yazılı hukuk kurallarında konuya ilişkin herhangi bir hüküm barındırmayıp sessiz kalmaktadır². Devletlerin yasal düzenlemeleri ve uygulama arasındaki bu farklılıklar, ‘taşyıcı annelik turizmi’nin³ ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Zira üreme teknolojileri bu denli gelişmekte iken, tıp bilimi böyle bir imkan sunarken, çocuk sahibi olmak isteyen ancak ülkelerinde yapay dölleme yöntemlerine ilişkin bu tür hukuki yasaklarla karşılaşan kişiler -günümüzde de görüldüğü üzere- anılan yöntemlere izin veren ülkelerde bu işlemi gerçekleştirmeye yönelmektedirler.

Bununla birlikte taşyıcı anneliğin bünyesinde barındırdığı hukuki ve etik soru(n)lar sebebiyle sorunsuz işlemediği görülmektedir: Uluslararası taşyıcı annelik uygulamalarının gitgide artması nedeniyle, günümüzde çoğu devlette, taşıdığı çocuğu teslimden kaçınan hatta onu kaçırmaya yeltenen taşyıcı annelere, taşyıcı

1 Claudia Mayer, ‘Ordre public und Anerkennung der rechtlichen Elternschaft in internationalen Leihmutterchaftsfällen’, (2014) 78 *Rechtszeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 551, 552. Konuya ilişkin detaylı veriler için ayrıca bkz. ‘Preliminary Report on the Issues Arising from International Surrogacy Arrangements (Lahey Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı Daimi Bürosu tarafından hazırlanan ön rapor-Doc.No:10’, Mart 2012), <<https://assets.hoch.net/docs/d4ff8ecd-f747-46da-86c3-61074e9b17fe.pdf>> accessed 4 August 2018.

2 Ebru Şensöz Malkoç, ‘Uluslararası Taşyıcı Annelik Sözleşmesinden Doğan İhtilaflarda Uygulanacak Hukuk’, [2015] 35 *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 13, 13.

3 Taşyıcı annelik turizminin oluşum ve şekillenme süreci ve yine taşyıcı annelik turizminde popüler ülkelerden biri olan Ukrayna’daki sistemin işleyişine dair ayrıntılı olarak bkz. Roman Lammers, *Leihmutterchaft in Deutschland, Rechtfertigen die Menschenwürde und das Kindeswohl ein striktes Verbot?*, (Peter Lang 2017) 82.

annelik sözleşmesinin imzalanması ve gebeliğin tamamlanmasının ardından bu yolla çocuk sahibi olmaktan vazgeçen veya doğum gerçekleştikten sonra hasta doğduğu için yahut başkaca bir sebeple çocuğu almaktan imtina eden gönüllü ebeveynlere rastlanabilmektedir⁴.

Bunun yanısıra, doğumun ardından çocuğu almak isteyen çiftlerin vatandaşı oldukları devlet konsolosluklarından çocuğa pasaport alamayıp onu kendi ülkelerine götürememeleri; bir şekilde çocuğu kendi ülkelerine getirdiklerinde ise taşıyıcı anneliğin kabul gördüğü ve çocuğun doğduğu ülkede onun hukuken ana-babası olarak görülmelerine karşın, bizzat vatandaşı oldukları devlet hukuku uyarınca çocuğun hukuken ana-babası olarak kabul edilmemeleri, çocuğun vatansız ve dahi ebeveynsiz kalması gibi ‘ciddi boyutta’ pek çok problemle karşılaşmaktadır. Bu problemler pek çok ülkenin mahkeme kararlarına konu olmuştur⁵.

Sınıraşan taşıyıcı anneliğe ilişkin bu tür hukuki sorunların yanısıra, devletlerin iç hukuklarında -farklı toplumsal yapı ve dinamikler de göz önüne alınarak- başta taşıyıcı annelik sözleşmesinin hukuki geçerlilik koşulları olmak üzere, sözleşmenin tarafları, sözleşmede öngörülen taahhütlerin yerine getirilmemesi durumunda tarafların hak iddialarının durumu, sözleşmenin hukuki niteliği ve bu yolla dünyaya gelen çocukların soybağına ilişkin olarak taşıyıcı annelik sözleşmesinin türüne göre özellik arz edebilen hususlar ciddi tartışmalara konu olmaktadır.

Bu sayılan hukuki soruların dışında, ‘etik açıdan da’ taşıyıcı anneliğin kadın vücudunu metalaştırdığı, kadınları sömürme riski gerekçesiyle insan onuruna aykırı olduğunu ileri sürenler olmuştur. Bu görüşe ise, sperm bağışının mümkün olduğu gerçeğinden hareketle, kadınların üreme kapasitelerini rızaları dahilinde kullanmalarına ilişkin mutlak bir engel koymanın, kadın ve erkek eşitliği ilkesini reddetmek anlamına geleceği belirtilerek karşı çıkmıştır⁶.

Tüm bu soruları ele aldığımızda görüldüğü üzere, taşıyıcı annelik konusunda, hukuk biyoloji ve tıp alanında yaşanan gelişmeleri aynı hızla takip edememektedir.

II. Kavram ve Tarihi Gelişim Süreci

A. Kavram

İncelemeye çalıştığımız kurum açısından taşıyıcı annelik en çok kabul gören ve bir üst kavram olarak kullanılmakla birlikte, taşıyıcı anneliğin farklı görünüm

4 Şensöz Malkoç (n 2) 20.

5 ibid.

6 Her iki yöndeki görüşler için bkz. Cemile Turgut, *Yapay Döllenme, Taşyıcı Annelik ve Soybağına İlişkin Hukuki Sorunlar* (On İki Levha 2016) 114-115. Yine bkz. Özlem Söğütü Erişgin ve Cengiz Koçhisarlıoğlu, ‘Taşyıcı Annelik, Ortaya Çıkaracağı Hukuksal Sorunlar ve Çözüm Önerileri’, *4.Uluslararası Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları Konferansı: Toplumsal Cinsiyet Eşitliği ve Hukuk, Konferans Bildiri Kitabı C.2* (Doğu Akdeniz Üniversitesi Yayınları 2013) 288.

biçimlerine göre farklı alt kavramların da oluşturulduğu görülmektedir: Ödünç annelik, yedek annelik, kiralık annelik, üçüncü kişi için üstlenilen annelik, ikame annelik, karın anneliği gibi pek çok kavrama yer verilmesinden ötürü, hukuk doktrininde bu hususta kavram netliği henüz tam anlamıyla sağlanabilmiş değildir⁷. Ancak tüm bu kavramların hukuken yerleşmiş olan ‘çocuğu doğuran ana’ kavramı ile aradaki farklılığı oluşturma algısına hizmet ettiği açıktır.

Taşıyıcı annelik esasen uzun bir geçmişe sahiptir. Taşıyıcı anneliğin önceleri teknolojik bir müdahale olmaksızın bir nevi doğal yollarla ortaya çıktığı; bu kurumun ilk örneğinin kısır olan kadınların, kocalarına hediye ettikleri kadınlardan olan çocuklara annelik etmeleri olduğu bilinmektedir⁸. Zamanla taşıyıcı annelik teknolojik müdahaleler vasıtasıyla gerçekleştirilmeye başlanmıştır. Esas olarak iki tip taşıyıcı annelik mevcuttur⁹: İlki taşıyıcı annenin aynı zamanda yumurta donörü de olduğu, spermin ise baba veya üçüncü bir erkek tarafından sağlandığı genetik, geleneksel taşıyıcı annelik veya yedek, ikame annelik (bir başka deyişle ‘gerçek olmayan taşıyıcı annelik’)¹⁰; ikincisi ise, taşıyıcı annenin genetik yapısı tamamıyla başkasına ait bir bebeği dünyaya getirmesi halinde söz konusu olan genetik olmayan, gestasyonel taşıyıcı annelik¹¹ veya ivazlı olup olmamasına göre ödünç, kiralık annelik (bir başka deyişle ‘gerçek taşıyıcı annelik’)tir. Bebek sahibi olma amacıyla taşıyıcı annelik kurumuna başvuran anne-babaya ise literatürde gönüllü, sosyal anne-baba¹² denir.

7 Taşıyıcı anneliğin bir üst kavram olması, taşıyıcı anneliğin farklı görünüm biçimlerine göre farklı alt kavramlar kullanılması hakkında ayrıntılı olarak bkz. Şensöz Malkoç (n 2) 22. Yine bkz. Nagehan Kırkbeşoğlu, *Soybağı Alanında Biyoetik ve Hukuk Sorunları* (Vedat Kitapçılık 2006) 76 vd; Yasemin Erol, *Yapay Dölllenme Yöntemleri ve Taşıyıcı Annelik* (Yetkin 2012), 64 vd; Alexandra Goedel, *Leihmutterchaft-eine rechtsvergleichende Studie* (Peter Lang 1994) 4; Nadine Lederer, *Grenzenloser Kindervunsch, Leihmutterchaft im nationalen, europäischen und globalen rechtlichen Spannungsfeld*, (Peter Lang 2016) 23; terminolojik tartışmalara ilişkin yine ayrıntılı olarak bkz. Sophie Catherine Sitter, *Spannuberschreitende Leihmutterchaft, Eine Untersuchung des materiellen und internationalen Abstammungsrechts Deutschlands und der USA* (Duncker&Humblot 2017) 31. Taşıyıcı annelik yerine ‘başkası için hamilelik’ ifadesinin daha uygun olabileceği yönünde Erişgin Söğütü ve Koçhisarlıoğlu (n 6) 286.

8 Nuray Ekşi, ‘Mahkeme Kararlarında Sınıraşan Taşıyıcı Anneliğe İlişkin Hukuki Sorunlar’, [2016] 36 Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 1, 4, 5. Yine bkz. Turgut (n 6) 108.

9 Mayer (n 1) 551, 554, 555; Selin Sert, ‘Yapay Dölllenme ve Taşıyıcı Anneliğe İlişkin Hukuksal Düzenlemeler’ [2014] Legal Hukuk Dergisi Özel Sayı- Akademik Yaşamının 55. Yılı Onuruna Rona Aybay’a Armağan (2.Cilt) 2013, 2020; Hazal Urgan Çalışkan, ‘Bırakınız Taşısınılar: Taşıyıcı Anneliğe Güncel Bakış’, [2016] 22 Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 489, 490, 491.

10 Geleneksel taşıyıcı annelik, biyolojik olarak çocuk sahibi olma imkanına sahip olmayan kadının kocasının spermi ile taşıyıcı annenin yumurtasının döllendirilmesi ve izleyen süreçte taşıyıcı annenin çocuğu doğurması halidir. Taşıyıcı annelik kurumunun nispeten daha eski olan uygulaması bu yönde olduğu için, geleneksel taşıyıcı annelik olarak da anılmaktadır. Bu noktada taşıyıcı anne yumurtası kullanıldığı için genetik anne ve yine çocuğu doğuran kadın olduğu için biyolojik anne de olduğundan, ancak izleyen süreçte sadece sosyal anne (soziale Mutter) olmayacağından, taşıyıcı anneliğin bu türünde ‘gerçek olmayan taşıyıcı annelik’ (unechte Leihmutterchaft)’ten söz edilebileceği belirtilmiştir, Lammers (n 3) 28). Konuya ilişkin yine bkz. Lederer (n 7) 27.

11 Taşıyıcı anneliğin bu türünde farklı olasıklar gündeme gelebilir: İlk olarak, çocuk sahibi olmak isteyen kadının yumurtaları sağlıklı olmasına rağmen, çocuğu rahminde taşıyabilecek biyolojik yeterliliğe sahip olamayabilir. Bu noktada, yumurtası sağlıklı olan kadının yumurtası laboratuvar ortamında in vitro fertilizasyon tekniği ile eşinin spermi ile döllendirilmekte, ardından taşıyıcı annenin rahmine yerleştirilmektedir. Yine, çocuk sahibi olmak isteyen anne ve babanın her ikisi açısından da biyolojik imkansızlık söz konusu ise, üçüncü kişilere (bağışçılara) ait olan yumurta ve spermeler döllendirilerek yine taşıyıcı annenin rahmine yerleştirilebilir. Böyle bir durumda, çocuğu doğuran taşıyıcı annenin yanısıra, ayrıca çocuk sahibi olmak isteyen gönüllü (istem sahibi) anne-baba ile üreme hücreleri kullanılan genetik anne-baba olacaktır. Bu olasıklarda, taşıyıcı anne genetik açıdan kendisine *yabancı* bir bebek dünyaya getireceğinden, bazı yazarlarca ‘gerçek taşıyıcı anne’ olarak nitelendirildiği de görülmektedir. Bkz. Lammers (n 3) 28; aynı yönde Lederer (n 7) 28. Alman Anayasa Mahkemesi de bu durumu ‘gerçek taşıyıcı annelik’ kurumu olarak betimlemiştir, BVerfG v.22.08.2012, Az.1 BvR 573/12, Rn.3, bkz. Lederer (n 7) 28.

12 Erol (n 7) 65; Şensöz Malkoç (n 2) 22.

Taşyıcı anneye bu sürece ilişkin para verilip verilmemesi durumuna göre de, ticari ve ticari olmayan (özgeçil) taşyıcı annelikten söz edilebilir. Eğer taşyıcı anne bunu ücret karşılığında yapıyorsa ticari taşyıcı annelik gündeme gelir. Gönüllü anne-baba sadece taşyıcı annenin gebelik öncesi, süresince ve sonrasında süreçte tıbbi tedavi masraflarını üstleniyor, taşyıcı anne ayrıca bir ücret almıyor ise; burada ticari olmayan (özgeçil) taşyıcı annelikten söz edilir¹³.

B. Tarihi Gelişim Süreci

Taşyıcı annelik kurumunun temelleri sanıldığından daha eski zamanlara dayanır. Eski Babilde Hammurabi Kanunlarında taşyıcı anneliğe ilişkin ilk hukuki düzenlemelere yer verilmiştir. Burada gönüllü annenin ve taşyıcı annenin haklarına ilişkin kapsamlı hükümlere yer verildiği, eril altsoyun yetişmesinin teşvik edildiği görülmektedir. Taşyıcı annelik ayrıca eski Mısır'da, Yunanistan ve Roma'da oldukça yayılmıştır¹⁴.

Modern yüzyılda yapay döllenme yöntemiyle ilk tüp bebek 1978'de İngiltere'de dünyaya gelmiştir¹⁵. Taşyıcı annelikle ilgili vakıalar ise 1980'li yıllar itibarıyla kamuoyunun dikkatini çekmeye başlamıştır. Özellikle taşyıcı anne aracılığıyla doğan bebeklere ilişkin İngiltere'den '*Baby Cotton*' ve ABD'den '*Baby M*' davaları ciddi yankı bulmuş ve dünya çapında tartışmaları beraberinde getirmiştir¹⁶.

'*Baby Cotton*' davası 1985'de Londra'daki İngiltere Yüksek Adalet Mahkemesi aile hukuku birimi tarafından karara bağlanmıştır¹⁷. Taşyıcı annelik yöntemine başvuru, İngiltere'de yaşanan olayda, taşyıcı annenin (*Kim Cotton*) yumurtası ve Amerikan vatandaşı baba adayının spermi ile geliştirilen embriyo taşyıcı annenin uterusuna yerleştirilmiş; taşyıcı anneye bunun karşılığında 6500 pound ödenmiştir. Taraflar arasında çocuğun teslimine ilişkin yaşanan hukuk mücadelesinin ardından, mahkeme nihayetinde gönüllü anne-babayı çocuğun yararını gözeterek vasi atamış, bu da ciddi eleştirilere sebep olmuştur: O zamana göre taşyıcı anneye ödenen meblağın oldukça yüksek olması, kamuoyunda 'peşin fiyatına bebek' söylemlerine yol açmıştır¹⁸. Yargı makamları ilk defa bu olayla birlikte taşyıcı annelik sözleşmesinin uygulanmasını ele almıştır.

13 Sitter (n 7) 33.

14 Konstantin Svitnev, 'Legal Control of Surrogacy-International Perspectives' in Joseph G.Schenker (eds), *Ethical Dilemmas in Assisted Reproductive Technologies* (De Gruyter 2011) 149, 150.

15 Jens Scherpe, *Elternschaft im Vereinigten Königreich nach dem Human Fertilisation and Embryology Act 2008*, (2010) Zeitschrift für das gesamte Familienrecht, 1513, 1515.

16 Katarina Trimmings and Paul Beaumont, 'International Surrogacy Arrangements: An Urgent Need for Legal Regulation at the International Level' (2011) 7 *Journal of Private International Law* 627; Sitter (n 7) 30. 'Baby M' davasına ilişkin dikkat çekici örnek bir haber için bkz. *Der Spiegel* (15/1987) <<http://www.spiegel.de/spiegel/print/d-13521579.html>> accessed 4 August 2018.

17 '*Baby Cotton* Fall', karar için bkz. JZ 1985, 1055. 'Baby Cotton' davasına dair ilave açıklamalar için ayrıca bkz. Ebru Şensöz Malkoç, 'Milletlerarası Özel Hukukta Boşluk: Taşyıcı Annelik', (2012-2013) 25 *SD Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Dergisi* 90-93.

18 '1985: Inquiry over "baby-for-cash deal' *BBC News*, <http://news.bbc.co.uk/onthisday/hi/dates/stories/january/4/newsid_2495000/2495857.stm> accessed 4 August 2018.

Amerika Birleşik Devletleri'nde, New Jersey Yüksek Mahkemesi tarafından 1988 yılında karara bağlanan '*Baby M*' davasına konu olan olayda ise, gönüllü anne-baba Stern çifti ile taşıyıcı anne Mary Beth Whitehead arasında bebeğin teslimine ilişkin hukuki anlaşmazlık çıkmıştır. Taşıyıcı anne aralarındaki anlaşmaya rağmen bebeği doğumdan sonra teslim etmekten kaçınmış, anlaşma hükümlerine aykırı davranmıştır. Nihayetinde New Jersey Yüksek Mahkemesi -New Jersey Yerel Mahkemesi'nin kararından farklı olarak- taşıyıcı anneye 10.000 dolar ücret ödenmesini öngören sözleşmenin ahlaka aykırı olduğu gerekçesiyle geçersizliğine karar vermiştir. Buna rağmen aynı Yüksek Mahkeme çocuğun yüksek yararını gözeterek velayetinin gönüllü anne-baba olan Stern çiftinde kalmasının doğru olacağına hükmetmiştir¹⁹.

Hukuki uyumsuzluğa konu olan bu iki olay, öncelikle konuya ilişkin tıptaki ilerlemenin boyutunu, bunun yanında taşıyıcı annelik kurumuna ilişkin etik ve ahlaki bakış açılarını ve beraberinde gelen eleştirileri su yüzüne çıkarmıştır²⁰. Anılan davalar aynı zamanda taşıyıcı annelikle bağlantılı uyumsuzluklarda ne tür hukuki sorunların ortaya çıkabileceğini de göstermiştir: Taşıyıcı annelik sözleşmesi ne tür bir sözleşmedir; hangi hallerde geçerli/geçersiz olacaktır? Eğer taşıyıcı anneye oldukça yüksek bir ücret ödenmişse, bu sözleşmeyi nasıl etkileyecektir? Taşıyıcı anne doğumdan sonra çocuğu gönüllü anne-babaya teslim etmekten kaçınırsa, bu durum hukuken nasıl çözüme kavuşturulacaktır? Aile hukukunun bu yeni ve çok bilinmeyenli denklemi çözümlenmek üzere yasakoyucuların karşısında durmaktadır.

Taşıyıcı annelik kurum olarak ortaya çıkmasından bu yana farklı süreçlerden geçerek gelişmektedir. Tıbbın geldiği nokta itibarıyla teknolojik müdahalelerle bu süreç yaygınlaşmış, zaman içerisinde iyice dünya kamuoyunun gündemine oturmuş olmakla birlikte, konuya ilişkin görüş ayrılıkları hala devam etmektedir. Milli hukukların taşıyıcı anneliğe yaklaşımının birbirinden oldukça farklı olmasının yanı sıra, bu yolla çocuk sahibi olmak isteyen çiftlerin yerel düzeyde uygulamada yaşanan engelleri aşma çabaları konuyu milletlerarası aile hukukunun da en ilginç konularından biri haline getirmiştir. *Baby Cotton* ve *Baby M*. davalarını Belçika'dan *Baby Donna*²¹, Hindistan'dan *Baby Manji*²² ve *Balaz-ikizleri*²³, yine Avustralya-

19 *Matter of Baby M.*, 109 N.J.396 (N.J. Sup. Ct. 1988), 459; bkz. Sitter (n 7) 31; Şensöz Malkoç (n 17) 90-93.

20 Martin Gerecke und Julia Maria Valentin, 'Kinder auf Bestellung- 'Geliehene Mütter' und ihre rechtliche Behandlung im europaischen Vergleich' in Andreas Hoyer und Hans Hattenhauer (Hrsg), *Gedaechtnisschrift für Jörn Eckert* (De Gruyter 2008), 233, 234; Erişgin Söğütü ve Koçhisarlıoğlu (n 6) 285.

21 Alexandra Colen, 'The Sad Tale of Baby Donna and Her Three Mothers' *The Brussels Journal* (Zürich, 3 July 2005), <<https://www.brusselsjournal.com/node/31>> accessed 4 June 2018.

22 Sarah Mortazavi, 'It Takes a Village To Make a Child: Creating Guidelines for International Surrogacy' (2012) 100 *The Georgetown Law Journal*, 2249, 2274.

23 Jwala D Thapa, 'The 'Babies M': The Relevance of Baby Manji Yamada v. Union of India (UOI) and in the Matter of Baby 'M', (2011) 2 *Journal of Indian Law and Society*, 83, 99, 110.

Tayland arasında yaşanan engelli bebek *Baby Gammy*²⁴ gibi güncel ve uluslararası düzeyde yankı bulan davalar izlemiştir. Bu davalar ve benzeri olaylar sadece medyanın yoğun ilgisini çekmekle kalmamış; yerel ülke sınırlarının ve hatta etik temelli bazı bakış açılarının çocuk isteğine ve gerektiğinde taşıyıcı annelik yoluna başvurmayla artık daha fazla engel olamayacağını göstermiştir²⁵. Aksine, globalleşmenin etkisiyle kolaylaşan ve artan hareketlilik (mobilité) ve yine sunduğu sınırsız imkanlarla internet taşıyıcı anneliğe başvuru konusunda eğilimleri ciddi oranda arttırmıştır. Öyle ki taşıyıcı annelik günümüzde sınırları aşan, milletlerarası bir konuya dönüşmüş; yapay dölleme yöntemlerine ilişkin uygulamalar ‘üreme turizmi’²⁶, ‘doğurganlık (üretkenlik) turizmi’²⁷, ‘çoğalma turizmi’²⁸, ‘biopolitik turizm’²⁹, ‘çocuk (sahibi olma) isteği-turizmi’³⁰, veya spesifik taşıyıcı annelik yöntemine ilişkin olarak ‘taşıyıcı annelik turizmi’³¹ gibi kavramlarla anılır olmuştur. Tüm bu kavramlarla ifade edilmek istenen ortak nokta, normal yollarla çocuk sahibi olamayan kişilerin bu isteklerini gerçekleştirebilmek adına yapay dölleme yöntemlerinin uygulamasının olduğu, kabul gördüğü Dünyanın her yerine seyahat etmeyi göze aldıkları/alacakları hususudur³². Anılan turizmin bu denli yaygınlaşmasının farklı sebepleri mevcuttur: Bir yandan, aşağıda daha ayrıntılı değineceğimiz bazı ülkelerin yasaları genel olarak yapay dölleme yöntemlerine ve bu çerçevede taşıyıcı anneliğe izin vermekte, diğer yandan bu sürecin çiftlere getirdiği maliyet bazı ülkelerde çok daha makul olmaktadır. Bu turizmin en rağbet gören rotaları Hindistan, Rusya, Kaliforniya (ABD)

- 24 Report-‘Das Schicksal des kleinen Gammy schockiert’, *Focus Online Magazin* (München, 2 September 2014), <https://www.focus.de/familie/kuenstliche_befruchtung/report-mein-bauch-gehört-dir_id_4095071.html> accessed 4 June 2018.
- 25 Kathrin Nitschmann und Boris Petersdorf, ‘Ersatzmutterchaft-Eine Herausforderung für das Strafrecht?’ in Heinz Müller-Dietz, Egon Müller, Karl Ludwig Kunz, Henning Radtke, Guido Britz, Carsten Momsen und Heinz Koriath (Hrsg), *Festschrift für Heike Jung zum 65.Geburtstag* (Nomos 2007) 669, 670.
- 26 Dieter Henrich, ‘Das Kind mit zwei Müttern (und zwei Vätern) im internationalen Privatrecht’, in Sybille Hofer, Diethelm Klippel und Ute Walter (Hrsg), *Perspektiven des Familienrechts, Festschrift für Dieter Schwab zum 70.Geburtstag* (Geseking 2005) 1141, 1151; Mayer (n 1) 551, 553; aynı yönde Şensöz Malkoç (n 2) 18.
- 27 Nitschmann und Petersdorf (n 25) 669.
- 28 Konrad Duden, ‘Leihmutterchaften’, (2013) Abschlussveranstaltung der Jahresfachtagung des Bundesverbandes der Deutschen Standesbeamtinnen und Standesbeamten, IPRax 196.
- 29 Ulrich Gassner, Jens Kersten, Matthias Krüger, Josef Franz Lindner, Henning Rosenau und Ulrich Schroth, *Fortpflanzungsmedizingesetz Augsburg-Münchener-Entwurf (AME-FMedG)* (Mohr Siebeck 2013), 21.
- 30 Elisabeth Beck-Gernsheim, ‘Kinderwunsch Ohne Grenzen?- Globalisierte Fortpflanzungsmedizin und neue Formen der Elternschaft’ in Giovanni Maio, Tobias Eichinger und Claudia Bozzaro (Hrsg), *Kindervunsch und Reproduktionsmedizin-Ethische Herausforderungen der technisierten Fortpflanzung* (Karl Alber 2013), 337, 349.
- 31 Tobias Helms, ‘Reproduktionsmedizin und Abstammungsrecht: Hat Deutschland die international Entwicklung verpasst?’ (2015) Forum Familien- und Erbrecht, 234, 235.
- 32 Petra Thorn, ‘Reproduktives Reisen’, (Expertise im Auftrag von Pro Familia, Deutsche Gesellschaft für Familienplanung, Sexualpädagogik und Sexualberatung e.V. Bundesverband (Hrsg)), (Frankfurt am Main 2008) <https://www.profamilia.de/fileadmin/publikationen/Fachpublikationen/expertise_reproduktives_reisen.pdf> accessed 8 June 2018, 4; Lisa C Ikemoto, ‘Reproductive Tourism: Equality Concerns in the Global Market for Fertility Services’, (2009) 27 Law and Inequality: A Journal of Theory and Practice, 277; Erişgin Söğütü ve Koçhisarlioğlu (n 6) 291.

ve Ukrayna'dır³³. Bazı istatistiksel değerlendirmelere göre, son otuz yılda taşıyıcı annelik yöntemi aracılığıyla dünyaya gelen bebeklerin sayısı beş haneli rakamlara ulaşmıştır³⁴.

Günümüzde internet gerek aracı acentalar, üremeye yardımcı tedavi ve doğum klinikleri gerekse potansiyel anne-baba adayları (gönüllü anne-babalar) için vazgeçilmez bir araç haline gelmiştir. Google arama motoruna 'taşıyıcı annelik' kavramı yazıldığı an, ekrana çok sayıda yurtdışı bağlantılı tedavi&doğum kliniği ve yine aracı kurumların reklamları gelmekte; çiftler açısından beklenen mutluluk birkaç adım uzaklıkta görünmektedir. Dünyadaki duruma baktığımızda, heteroseksüel çiftler dışında aynı cinsten çiftler veya bekar kişilerin dahi web ağı (*world wide web*) üzerinden taşıyıcı anne aradığı; olasılık, maliyet ve taşıyıcı annenin bulunduğu ülkedeki hukuki durum hakkında bilgi aldığı belirtilmektedir. Sınırların açıklığı ve aşılmasıyla, ülkesel düzeydeki hukuki yasakları dolanmak mümkün hale gelmekte; gönüllü anne-babalar kendi ülkelerindeki yasal düzenlemeleri nazarı itibara almaksızın bu isteklerini gerçekleştirmek için her yolu denemektedir³⁵.

Evlat edinme (özellikle milletlerarası evlat edinme) ile karşılaştırıldığında da, taşıyıcı anneliğin son dönemde çekici hale geldiği dile getirilmektedir³⁶. Batı Avrupa ülkelerinin çoğunda evlat edinmenin 2004 yılından bu yana yarı yarıya azaldığı belirtilmektedir³⁷. Bu duruma farklı sebepler yol açmaktadır: Bir yandan evlat edinme süreçleri öyle uzun sürmekte ve başvuru açısından pek çok engel içermektedir ki, bu durum artık kronik bir soruna dönüşmüştür. Diğer yandan geçmişi tam bilinmeyen bir çocuğu (örneğin, önceden ağır duygusal travma geçirmiş bir çocuğu evlat edinme) evlat edinme düşüncesi bazı çiftleri huzursuz etmektedir.

Taşıyıcı annelik gönüllü anne-babaya, ideal olan şekliyle her ikisiyle de genetik uyumlu bir bebek ya da gönüllü anne-babanın birinin üreme fonksiyonlarında sıkıntı olması halinde, bu anne-babadan en az biriyle genetik uyumlu bir bebek sahibi olma imkanı tanımaktadır. Ayrıca gönüllü ebeveynler bu yolla başlangıcından itibaren bir

33 Anatol Dutta, 'Künstliche Fortpflanzung in 'Anbieterrechtsordnungen'-Ein Blick über Europa hinaus' in Anatol Dutta, Dieter Schwab, Dieter Henrich, Peter Gottwald und Martin Löhnig (Hrsg), *Künstliche Fortpflanzung und europäisches Familienrecht* (Gieseking 2015), 355, 359; Martin Engel, 'Internationale Leihmutterchaft und Kindeswohl' (2014) *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, 538, 542; Ikemoto (n 32) 295; Fritz Sturm, 'Dürfen Kinder ausländischer Leihmutter zu ihren genetischen Eltern nach Deutschland verbracht werden?' in Jürgen F.Baur, Otto Sandrock, Boris Scholtka und Amos Shapira (Hrsg), *Festschrift für Gunther Kühne zum 70.Geburtstag* (Recht und Wirtschaft 2009), 919, 927; Stefanie Sucker, 'To Recognize or not to Recognize? That Is The Question! Motherhood in Cross-Border Surrogacy Cases' (2015) *European Journal of Law Reform*, 257, 259.

34 Nadine Oberhuber, 'Das Geschäft mit der guten Hoffnung', *Die Zeit* (Berlin, 17.08.2014), <<https://www.zeit.de/wirtschaft/2014-08/leihmutter-kinder-schangerschaft>> accessed 8 June 2018.

35 Susanne Benöhr-Laqueur, 'Leihmutterchaft und Kindesverkauf via Internet: Der Fall 'Baby Donna' (2009) *Die Hebamme*, 84, 86.

36 Özellikle Almanya'da gerek ülke içinde gerekse milletlerarası evlat edinme oranlarının yıldan yıla düşüş gösterdiği ifade edilmiştir. Konuya ilişkin bkz. Jörg Reinhardt, 'Aktuelle Herausforderungen in der Praxis der Adoptionsvermittlung' (2013) 499.

37 Rene A.C Hoksbergen und Gesine Lange, 'Perspektiven für Adoptivkinder in Europa und in den Vereinigten Staaten von Amerika' (2013) *Das Jugendamt*, 494.

bebeğin yaşam serüvenine eşlik edebilmekte ve yetiştirilmesine ilişkin hususları belirleyebilmektedirler. Buna karşın evlat edinmede -genel eğilim bu yönde olmakla birlikte- istem sahibi ebeveynlerin küçük bir bebek evlat edinebilmesi her zaman garanti edilebilir bir husus değildir. Taşyıcı annelik bu yönleriyle evlat edinmeye nazaran azımsanamayacak bazı avantajlar sunmaktadır. Şu halde, taşyıcı anneliğin (özellikle milletlerarası) evlat edinme oranlarının gitgide azalmasının sebepleri arasında sayılabileceğini söylemek sanırız ki yanlış olmayacaktır³⁸.

III. Karşılaştırmalı Hukuk Çerçevesinde Taşyıcı Annelik

A. Genel Olarak

Taşyıcı annelik gittikçe ilgi çeken, global bir konuya dönüşmüştür. Taşyıcı anneliğe hukuken izin verilmeyen ülkelerdeki gönüllü anne-babalar (anne-baba adayları), bu kurumun uygulanmasının hukuken kabul gördüğü ülkelere giderek taşyıcı anne aracılığıyla çocuk sahibi olmaktadır.

Karşılaştırmalı hukuk çerçevesinde, taşyıcı anneliğe ilişkin izledikleri hukuk politikasına göre Devletleri üç gruba ayırmak mümkündür³⁹:

1. grup, doktrinde ‘ithalat ülkeleri’ olarak da adlandırılan, halihazırda iç hukuklarında taşyıcı anneliğe izin vermeyen ülkelerdir. Bunlar arasında Almanya, İsviçre, Fransa, Avusturya, İtalya, İspanya, Türkiye, Japonya sayılabilir. Bu ülkelerde yaşayıp da taşyıcı annelik yöntemine başvurmak isteyen istem sahibi (gönüllü) ebeveynler yurtdışında bu yöntemi uygulayan başka ülkelere giderek, bu yöntemle doğan çocukları ile ülkelere geri dönmektedir. Anılan ülkelere hukuki açıdan anne çocuğu doğuran ‘taşyıcı anne’ iken, gönüllü baba genellikle ‘tanıma’ yoluyla hukuken baba olarak kabul edilmektedir. Ayrıca evlat edinme de belirli koşullar altında gündeme gelebilmektedir.

2. grup ülkeler, aralarında Belçika, Hollanda, Yeni Zelanda, Arjantin, Brezilya ve Meksika’nın yer aldığı, konuya ilişkin henüz yasal düzenleme öngörmemiş olan ya da gönüllü ebeveynlerin ülke vatandaşlığı veya sürekli ikamet iznine sahip olması koşuluyla, taşyıcı annelik uygulamasına ‘sadece iç hukuklarında’ sıkı koşullar ve denetim altında izin veren ülkelerdir. Gönüllü ebeveynler doğrudan doğum yoluyla ya da velayet hakkının taşyıcı anneden istem sahibi anne-babaya ‘velayet hükmü’ olarak adlandırabileceğimiz ‘parental order’ veya evlat edinme ile geçmesi suretiyle

38 Hoksbergen/Lange (n 37) 494, 499; Reinhardt (n 36) 499, 502.

39 Konuya ilişkin ayrıntılı olarak bkz. Yuko Nishitani, ‘Aktuelle Entwicklungen im internationalen Familienrecht Japans’ (2017) 22 Zeitschrift für Japanisches Recht, 21, 40, 41; Katarina Trimmings and Paul Beaumont (eds.): *International Surrogacy Agreements, Legal Regulation at the International Level* (Hart Publishing 2013), 443; Hague Conference on Private International Law, ‘A Preliminary Report on the Issues Arising from International Surrogacy Arrangements (Prel.Doc. No:10 for the 2012 Council)’ para.10 vd; Hague Conference on Private International Law, ‘A Study of Legal Parentage and The Issues Arising From International Surrogacy Arrangements’ (Prel.Doc. No 3C for the 2014 Council) para.84 vd.

velayet hakkını kazanmaktadırlar. Bu ülkeler durumun gereğine göre ‘ithalat ülkeleri’ne dönüşebilirler; başka bir deyişle, gönüllü anne-babanın yurtdışına giderek, orada taşıyıcı annelik sözleşmesi akdederek çocuk sahibi olması durumunda, tabiri caizse ‘bebek ithalatı’na, hukuki ifadeyle sınıraşan taşıyıcı anneliğe bu ülkelerde izin verilmemektedir.

3. grup ‘ihracat ülkeleri’ olarak anılmakta olup, bu ülkeler arasında başta Kaliforniya olmak üzere Amerika Birleşik Devletleri’nin bazı eyaletleri, Rusya, Ukrayna ve kısa bir süre önce bu gruba katılan Yunanistan sayılabilir⁴⁰. Bu ülkeler gerek iç hukukları çerçevesinde gerekse sınıraşan taşıyıcı anneliği kabul etmekte ve uygulamasına izin vermektedirler. Gönüllü anne-babanın velayet hakkı mahkeme kararı yoluyla ya da resmi doğum kaydının nüfus siciline işlenmesiyle doğmaktadır.

Bu sınıflandırmanın ardından ilginç bir veriyi paylaşmak isteriz: Şeriatın etkin olduğu İran’da taşıyıcı anneliğe ilişkin herhangi bir hukuki düzenleme olmamakla birlikte, şaşırtıcı bir şekilde kurumun uygulamasına rastlanmaktadır. Yine muhafazakar sayılabilecek İsrail’de de taşıyıcı annelik serbest olup, bu serbesti Yahudi toplumunda üremeye, anneye ve aileye atfedilen önemle açıklanmaktadır⁴¹.

I. ve II. kategoride yer alan ülkeler, yakın zamana kadar gönüllü anne-babanın (Wunscheltern) taşıyıcı anneliğin kabul gördüğü ülkelerde doğan bu çocuklar üzerindeki velayet hakkını ‘kamu düzenine aykırılık’, ‘kanuna karşı hile’ ya da başkaca koşulların eksikliğiyle ileri sürerek tanımıyor ve reddediyordu. Almanya, Japonya gibi bazı ülkeler duruma nispeten ılımlı yaklaşmış, en azından istem sahibi (gönüllü) babanın ‘tanıma’sı yoluyla veya evlat edinme yoluyla çocukla hukuken ilişki kurulmasını mümkün kılarken; Fransa’nın (özellikle) sınıraşan taşıyıcı anneliğe ilişkin oldukça katı bir tutum izlediği görülmüştür⁴². Fransa taşıyıcı annelik yasağını dolanmayı cezalandıran bir tutum ile, gönüllü ebeveynler ile taşıyıcı annelik uygulaması sonucu dünyaya gelmiş çocuk arasındaki hukuki ilişki kurulma talebini -hukuki ilişkinin kurulma yöntemine bakmaksızın- devamlı reddetmiştir⁴³.

40 Doktrinde, daha önce Hindistan, Tayland, Nepal gibi bazı Asya ülkelerinin de bu grupta yer almakta iken, yakın zamanda ortaya çıkan farklı problemler nedeniyle sınıraşan taşıyıcı annelik uygulamasından vazgeçme yönünde bir eğilim gösterdikleri ifade edilmiştir. O bölgedeki gönüllü anne-babaların talebi günümüzde bu ülkeler yerine Vietnam ve Kamboçya’ya yönelmiştir. Bkz. Nishitani (n 39) 21, 41.

41 Ungan Çalışkan (n 9) 489, 498.

42 Fransız mahkemeleri yabancı mahkemelerce verilen, taşıyıcı annenin dünyaya getirdiği çocuğun ebeveynlerinin taşıyıcı anneye sözleşme yapan kişiler olduğuna ilişkin kararları tanımamaktadırlar. Ancak Fransız mahkemelerinin verdiği bu kararlar sadece yabancı mahkeme kararları doğrultusunda anne-baba olduğu kabul edilen kişileri değil, çocuğu da mağdur etmektedir. Zira çocuk nüfusa kaydedilemediğinden belirsiz bir durum içine sokulmaktadır. Taşıyıcı annelik yoluyla ebeveyn olup Fransız mahkeme kararlarından ötürü mağduriyet yaşayan Fransızlar sonunda AİHM’e başvurmuşlardır. Bkz. Ekşi (n 8) 1, 30; Samuel Fulli-Lemaire, ‘International Surrogate Motherhood before the French *Cour de Cassation*-The Door is now Ajar’ (2017) 2 Zeitschrift für europäisches Privatrecht, 471.

43 App no 09-17130 (Cour de cassation, 6 April 2011); App no 12-18315 and 12-30138 (Cour de cassation, 13 September 2013); App no 13-50005 (Cour de cassation, 19 March 2014).

Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Haziran 2014'de (26.06.2014), *Menesson ve Labassee* davalarında vermiş olduğu karar ile Fransa'nın bu tavrını onaylamadığını ortaya koymuştur⁴⁴: Anılan davalar, gönüllü babadan alınan sperm ve bağışçıdan alınan yumurta ile oluşturulan embriyo ile Amerika'da (Kaliforniya ve Minnesota) taşyıcı annelik yöntemiyle doğan çocuklara ilişkindir. AİHM, çocukların aynı zamanda genetik babası da olan gönüllü babaların çocuklarla aralarındaki hukuki ilişkisinin, velayet haklarının tesbitine ilişkin hak taleplerinin Fransa tarafından her defasında reddini kabul etmemiştir. Yüksek Mahkeme ülkenin bu tutumunun AİHS'nin 8. maddesi çerçevesinde 'çocuğun' özel yaşamına saygı gösterilmesine ilişkin hakkı'nı ihlal ettiğini belirtmiş⁴⁵; bu bakış açısını sürdüreceğini yine 21.07.2016 tarihli (*Foulon ve Bouvet*) kararıyla da vurgulamıştır⁴⁶. Hukuki açıdan anneliğe ilişkin olarak ise Yüksek Mahkeme bugüne kadar bir açıklamaya yer vermemiştir; bu sebeple, özellikle aynı zamanda genetik anne de olan gönüllü annenin hukuken anneliğinin kabul edilmesi konusunda bir görüş birliğinin oluşmadığı gözlenmektedir⁴⁷.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bu kararlarının ardından, pek çok ülkenin konuya yaklaşımında bir yumuşama olduğunu söyleyebiliriz:

Fransa Yargıtayı, 2015'de (03.07.2015) iki olaya ilişkin vermiş olduğu kararlarda⁴⁸; -en azından istem sahibi (gönüllü) babanın aynı zamanda genetik baba da olduğu hallerde- AİHM'in bakış açısını benimseyerek, Rusya'da gerçekleşen taşyıcı annelik süreci sonunda doğan çocuğun gönüllü babasını genetik baba olarak hukuken kabul ederek nüfus siciline kaydını gerçekleştirmiştir. Ne var ki, kayıtlarda taşyıcı anne hukuken anne olarak kabul edilmiş; sonuçta, hukuken tanıma gönüllü aynı zamanda genetik baba yönünden gerçekleşebilmiştir.

İsviçre Federal Temyiz Mahkemesi de, benzer şekilde 2015 yılında ABD'de gerçekleşen bir taşyıcı annelik sürecinin ardından, aynı zamanda genetik baba olan gönüllü babanın talebini kabul ederek ülke hukukuna göre çocukla arasındaki yasal bağı tesis etmiştir⁴⁹. Ancak başka bir kararında⁵⁰, Kaliforniya'da taşyıcı annelik yöntemiyle doğmuş ikizler ile gönüllü ebeveynler arasında hukuken bağ kurmayı

44 *Menesson v Frankreich* App no 65192/11 (ECHR, 26 June 2014); *Labassee v Frankreich* App no 65941/11 (ECHR, 26 June 2014).

45 Bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin *Menesson* kararı-*Menesson v Frankreich* App no 65192/11 (ECHR, 26 June 2014) para.96 vd.

46 *Foulon and Bouvet v Frankreich* App no 9063/14 and 10410/14 (ECHR, 21 July 2016). Karara konu olan olaylarda, Hindistan'da oluşturulan doğum/nüfus kayıtlarında genetik baba ve taşyıcı annenin hukuki açıdan ebeveyn olduğu belirtilmiştir. *Bouvet* davasında (Nr.10410/14) davacı eşcinsel genetik baba hayat arkadaşı ile PACS (pacte civil de solidarité) bünyesinde yaşamını sürdürmektedir, Nishitani (n 39) 21, 44).

47 Nishitani (n 39) 21, 45.

48 App no 14-21.323 and 15-50.002 (Cour de cassation, 3 July 2015). Konu hakkında bkz. Fulli-Lemaire (n 42) 471, 473 vd.

49 BGer 5A_748/2014 (İsviçre Federal Temyiz Mahkemesi, 21.05.2015). Bununla birlikte, anılan olayda Yüksek Mahkeme'nin gönüllü ve aynı zamanda genetik babayı hukuken baba olarak kabul ederken; onun eşcinsel hayat arkadaşını hukuken baba olarak kaydetmeyi kabul etmediği gibi, bu kişi açısından evlat edinmeyi de hukuken olanaklı kılmadığı görülmektedir.

50 BGer 5A_443/2014 (İsviçre Federal Temyiz Mahkemesi, 14.09.2015).

-ikisinin de çocukla genetik bir bağı olmadığı gerekçesiyle- reddetmiş, nüfus siciline kayıtlarına izin vermemiştir.

Alman Federal Temyiz Mahkemesi bu ılımlı yaklaşımı bir adım öteye taşıyarak⁵¹; Almanya’da yasal kabul edilen yaşam ortaklığı çerçevesinde bir hayat süren eşcinsel istem sahibi (gönüllü) çiftin Kaliforniya’da taşıyıcı annelik yöntemine başvurması sonucu doğan bebek ile taraflardan genetik baba arasındaki hukuki ilişkiyi tesis etmiş, onu baba olarak tanımıştır. Anılan olayda, çocukla genetik bağı olan yaşam ortağı gönüllü baba hukuken baba olarak kabul edilirken, partneri de ‘birlikte baba’ (Mit-Vater) olarak nitelendirilmiştir.

Avusturya Anayasa Mahkemesi ise 2011 (14.12.2011) ve 2012’deki (11.10.2012) iki kararıyla⁵², Amerika ve Ukrayna’da taşıyıcı annelik süreci sonunda doğan çocuklar ile gönüllü ve aynı zamanda genetik ana-baba da olan ebeveynler arasındaki hukuki ilişkiyi sadece baba yönünden değil, bu sefer gönüllü (sosyal) anne yönünden de tesis etmiştir.

Böylelikle, taşıyıcı annelik iç hukuklarında halihazırda meşru görülmemekle, yeterli düzenleme olmamakla birlikte; AİHM kararlarının etkisiyle pek çok Avrupa ülkesinin sınıraşan taşıyıcı annelik hususu önlerine geldiğinde artık tutumlarını değiştirerek, ‘çocuğun menfaati’ni gözeten kararlar vermeye başladığı görülmektedir. Yine belirtmek gerekir ki, Lahey Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı bu konuda kolları sıvamıştır ve bir milletlerarası anlaşmanın hazırlanması için gerekli ön çalışmaları sürdürmektedir.

B. Taşıyıcı Anneliği Yasaklayan Ülkeler

Konuya ilişkin izledikleri hukuk politikası ve bakış açısına göre, yukarıda değindiğimiz üzere ülkeleri üç ana gruba ayırmak mümkündür: Taşıyıcı annelik uygulamasını katı bir yaklaşım çerçevesinde yasaklayan ülkeler; taşıyıcı anneliğe izin veren ve aktif şekilde hayata geçiren ülkeler ve son olarak konuya ilişkin sadece iç hukuklarında kısmen düzenleme yapmış yahut halihazırda düzenleme yapmamış olan ülkeler.

Almanya, Fransa, Avusturya, İsviçre başta olmak üzere Avrupa ülkelerinin çoğunda konuya ilişkin yasaklayıcı düzenlemeler mevcut olmakla birlikte, uygulamanın son yıllarda giderek yaygınlaşması ve sınıraşan boyutları sebebiyle bu bakış açısında (belki de mecburi ve kaçınılmaz) bir yumuşama gözlenmektedir.

51 Bkz. BGH v. 10.12.2014, BGHZ 203, 350. Alman Federal Temyiz Mahkemesi, anılan davada *Mennesson v. France ve Labassee v. France* davalarında AİHM tarafından verilen kararların yanısıra, büyüklerin yaptığı davranışların faturasının çocuklara çıkarılmaması ve çocuğun yüksek yararını dikkate alarak ilk derece mahkemesi kararından farklı bir sonuca varmıştır. Yüksek Mahkeme, taraflar arasındaki taşıyıcı annelik sözleşmesi uyarınca taşıyıcı annenin biyolojik anne olmamasını, çocuğu kendi rızasıyla vermesini, eşlerden birinin biyolojik baba olmasını da dikkate almıştır. Nihayetinde, Kaliforniya mahkemesi tarafından verilen kararın tanınması isteminin kamu düzeni sebebiyle reddedilemeyeceğine karar vermiş ve nüfus idaresinin çocuğu eşler adına tescil etmesine karar vermiştir. Konuya ilişkin bkz. Ekşi (n 8) 1, 30 vd.

52 IPRax 2013, 271 (Avusturya Anayasa Mahkemesi, 14.12.2011 ve 11.10.2012).

1. Almanya

Taşyıcı annelik konusu Alman Mahkemelerinin önüne ilk olarak 1980’li yıllarda gelmiş, 1987 yılı itibarıyla yaklaşık bin taşyıcı anne vasıtasıyla doğum vakası saptanmıştır⁵³. Bu istatistiksel veriden ziyade, o sene sonunda Frankfurt’da ticari nitelikte bir taşyıcı annelik acentasının açılması üzerine, Alman devleti ve yasakoyucu konuya ilişkin harekete geçmiştir. Acenta kapatılmış; Evlat Edinmeye Aracılık Kanunu (AdVermiG) ve Embriyo Koruma Kanunu (ESchG) ile taşyıcı anneliğe ilişkin günümüzde de hala geçerli olan ilk yasal düzenlemeler yürürlüğe girmiştir. Yasa koyucunun taşyıcı anneliğe karşı duruşu ve genel olarak yapay dölleme yöntemlerine ilişkin katı bakış açısından ötürü, Almanya’dan dünya üzerinde üreme tıbbi ve yöntemlerine ilişkin en sert kuralları getiren ülke olarak söz edilmektedir⁵⁴.

Alman hukukunda ticari nitelikli olup olmadığına bakılmaksızın taşyıcı annelik Alman Embriyo Koruma Kanunu §1(1) ve Evlat Edinmeye Aracılık Kanunu §14 (b) uyarınca yasaklanmıştır. 1991 yılında yürürlüğe giren Embriyo Koruma Kanunu’nda modern yapay dölleme tekniklerine ilişkin katı bir bakış açısı görülmektedir; yumurta ve embriyo bağıışı, yine embriyonun başka bir kadına taşınması amacıyla aktarılması gibi uygulamalar yasaklanmıştır (§1 Abs.1 Nr.6 ESchG). Kanunun taşyıcı annelik uygulamasına ilişkin yasak hükmü taşyıcı anne ve gönüllü anneliler yönünden değil, bu uygulamayı faaliyete geçiren üçüncü kişiler -özellikle hekimler, aracı tedavi merkezleri vb- yönünden öngörülmüştür. Hekim ve taşyıcı anne, hekim ve gönüllü anne-baba arasında anılan hükümlere aykırı şekilde akdedilen sözleşmeler § 134 BGB ve § 1 Abs.1 Nr.7 ESchG uyarınca hükümsüz olacaktır. Evlat Edinmeye Aracılık Kanunu’nun ikinci kısmında da taşyıcı anneliğe ilişkin spesifik hükümler getirilmiş; taşyıcı annelik (taşyıcı anneliğe aracılık) faaliyetlerinin yasak olduğu belirtilmiş (§ 13c), bu yasağa aykırı davranışın hapis ya da para cezasıyla yaptırma bağlanacağı düzenlenmiştir⁵⁵. Taşyıcı anneliğe aracılık faaliyeti yürüten acentalarla yapılan sözleşmeler §134 BGB (Alman Medeni Kanunu) ve §13a ff. AdVermiG (Evlat Edinmeye Aracılık Kanunu) uyarınca hükümsüzdür⁵⁶. Yine Alman Medeni Kanunu (§1591 BGB) gereğince çocuğu doğuran kadın onun anasıdır ve bu hüküm çocuğun genetik annesi olsa bile, onu doğurmayan kadının çocuğun annesi olarak kabul görmesini engellemektedir. Alman mahkemeleri anılan düzenlemelere

53 Taşyıcı anneliğin ortaya çıktığı dönemde ilk verilen Alman mahkemesi kararları için bkz. KG, FamRZ 1985, 735 vd; OLG Hamm, JZ 1986, 441; LG Freiburg NJW 1987, 1486 vd. Almanya’da taşyıcı anneliğin gelişim sürecine ilişkin ayrıntılı olarak bkz. Andreas Bernard, *Kinder machen-Neue Reproduktionstechnologien und die Ordnung der Familie-Samenspender, Leihmütter; künstliche Befruchtung* (S.Fischer 2014), 282 vd.

54 Martin Spiewak, ‘Verbotene Kinder’ *Die Zeit* (Berlin, 22 April 2010) <<https://www.zeit.de/2010/17/Leihmutter>> accessed 8 June 2018; Konstantios A, Rokas, Greece, in Katarina Trimmings and Paul Beaumont (eds), *International Surrogacy Agreements, Legal Regulation at the International Level* (Hart Publishing 2013), 143,163.

55 Nitschmann und Petersdorf (n 25) 669, 671.

56 Goedel (n 7) 149.

istinaden, Alman Federal Temyiz Mahkemesi'nin 10.12.2014 tarihli kararı⁵⁷ öncesinde⁵⁸, taşıyıcı annenin dünyaya getirdiği çocuğun anne ve babasının taşıyıcı annelik sözleşmesinin diğer tarafı olduğuna ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tanınmasını genellikle kamu düzenine istinaden reddediyorlardı. Bu bakımdan anılan kararın bir dönüm noktası olduğunu söylemek yanlış olmaz. Bununla birlikte, Temyiz Mahkemesi'nin kararından hareketle, eşlerin herhangi birinin biyolojik baba olmaması ya da bizzat taşıyıcı annenin yumurtasının döllenmesi sebebiyle biyolojik anne olması halinde de uygulamada aynı sonuca varılıp varılmayacağı konusunda henüz bir netlik yoktur⁵⁹.

2. İsviçre

İsviçre de taşıyıcı anneliğe yasal olarak izin verilmeyen ülkeler arasındadır. İsviçre Federal Anayasası md.119/II ve 18.12.1998 tarihli Tıbben Desteklenen Üreme Tekniklerine İlişkin Federal Kanun md.4 uyarınca taşıyıcı anneliğin hiç bir türüne izin verilmeyeceği hükme bağlanmıştır. Anılan Kanununun 31.maddesi uyarınca taşıyıcı annenin yapay dölllenme yöntemleri kullanarak gebe kalması ya da bu işleme aracılık edilmesi cezai yaptırıma bağlanmıştır⁶⁰. İsviçre hukukuna göre, taşıyıcı anne doğumdan sonra çocuğu gönüllü anne-babaya teslim etmeye zorlanamaz, bu sebeple başlangıçta akdedilen taşıyıcı annelik sözleşmeleri hükümsüzdür⁶¹.

Soybağına ilişkin olarak İsviçre Medeni Kanunu md.252/I uyarınca çocukla anne arasında soybağı doğumla kurulmaktadır. Böylelikle İsviçre hukukunda da taşıyıcı annenin aynı zamanda hukuken anne olduğu kabul edilmektedir.

57 BGH v. 10.12.2014, BGHZ 203, 350.

58 Balaz çiftinin başına gelen bir örnek olayda; çift 2007 yılında Hintli bir taşıyıcı anne ile Bay Balaz'ın spermi ve donör bir yumurtanın biraraya gelmesiyle oluşturulan embriyonun taşıyıcı annenin rahmine yerleştirilmesi konusunda anlaşmıştır. 2008 yılında taşıyıcı annenin doğurduğu bebeklerin doğum sertifikalarında Balaz çiftinin isimleri yazılı olmasına rağmen, Alman hükümeti taşıyıcı anneliğin ülkede yasal olmadığı gerekçesiyle bebeklerin Alman pasaportuna sahip olmasına izin vermemiştir. Bunun üzerine çift bebeklere Hint pasaportu almak için Hindistan hükümetine başvurmuş ancak burada da bebeklerin ailesinin Hintli olmadığı gerekçesiyle başvuruları reddedilmiştir. Sonrasında bebeklerin doğum sertifikalarına bu sefer taşıyıcı annenin ismi yazılmış; bebeklerin biyolojik annesinin Hintli olması ve Hindistan topraklarında dünyaya gelmeleri göz önüne alınarak bebeklerin vatandaşlığı kabul edilmiş olmasına rağmen, Hint hükümeti yine de pasaport çıkartılmasına onay vermemiştir. Bebeklerin Balaz çifti tarafından evlat edinilmesine de 1993 tarihli Lahey'de imzalanan 'Çocukların Korunması ve Ülkelerarası Evlat Edinme Konusunda İşbirliğine Dair Sözleşme' hükümlerine atıfta bulunularak; bebeklerin terk edilmiş veya kimsesiz vaziyette olmadıkları, yine durumun Hindistan'ın iç hukuku çerçevesinde de bebeklerin evlat verilmesinde üstün yararın olması gerekliliği ile örtüşmediği gerekçesiyle izin verilmemiştir. Balaz çiftinin Almanya'daki uğraşları sonrasında Alman hükümeti 2010 yılında bebeklere ülkeye giriş için vize çıkartılmasına onay vermiş ve böylece çift Alman hukuku çerçevesinde bebekleri evlat edinebilmiştir (Michael Nicholls QC, 'Legal Problems with International Surrogacy Arrangements' (21.10.2013), <<https://www.rtc.org.au/wp-content/uploads/2016/12/Legal-Problems-With-International-Surrogacy-Arrangements.pdf>> accessed 8 June 2018; Turgut (n 6) 134, 135.

59 Jan Von Hein, 'German Federal Court of Justice on Surrogacy and German Public Policy', (4.03.2015, by Jan Von Hein, by Dina Reis) <<http://conflictoflaws.net/2015/german-federal-court-of-justice-on-surrogacy-and-german-public-policy>> accessed 8 June 2018; Ekşi (n 8) 32.

60 Cezai yaptırımlara ilişkin olarak bkz. Nora Bertschi, *Leihmutterschaft- Theorien, Praxis und rechtliche Perspektiven in der Schweiz, den USA und Indien* (Stämpfli 2014), 25 vd; Regina Aebi-Müller und Bianka Dörr, 'Künstliche Fortpflanzung im schweizerischen Recht', in Anatol Dutta, Dieter Schwab, Dieter Henrich, Peter Gottwald und Martin Löhnig (Hrsg.), *Künstliche Fortpflanzung und europäisches Familienrecht* (Gieseking 2015), 151, 164.

61 Aebi-Müller und Dörr (n 60) 151, 165; ayrıntılı olarak bkz. Bertschi (n 60) 28 vd.

Çocuk yurtdışında taşyıcı anne vasıtasıyla dünyaya gelmişse, genetik babası olması koşuluyla gönüllü baba çocuğu tanıyabilir; sonrasında da gönüllü anne çocuğu evlat edinebilir⁶².

İsviçre hukukunun anılan yasak düzenlemeleri nedeniyle, yüzlerce İsviçreli çiftin özellikle ABD, Hindistan ve Doğu Avrupa'ya giderek taşyıcı anne vasıtasıyla çocuk sahibi oldukları gözlenmektedir⁶³. İsviçre Temsilciler Meclisi 2013 yılında, İsviçre kurum ve mahkemelerinin, konuya ilişkin olarak, yabancı mahkeme kararlarını Federal Anayasanın 119/II hükmü çerçevesinde hareket ederek daima kabul etmeme gibi bir yükümlülük altında olmadıklarını; tersine somut olaya göre çocuğun yüksek yararını gözeterek tanımının mümkün olabileceğini (bu anlamda mutlak bir kamu düzenine aykırılık durumundan söz edilemeyeceğini) belirtmiştir⁶⁴.

İsviçre Federal Temyiz Mahkemesi 21.05.2015'de sınıraşan taşyıcı anneliğe ilişkin ilk kez bir olayı hükme bağlamıştır. Dava konusu olayda, İsviçre'de tescil edilmiş hayat ortaklığı çerçevesinde yaşamlarını sürdüren eşcinsel çift -bir gönüllü babadan alınan sperm ve anonim bağışçıdan alınan yumurta ile oluşturulan embriyo ile- Kaliforniya'da taşyıcı annelik yoluyla çocuk sahibi olmuşlardır. Kaliforniya mahkeme hükmü ve doğum kayıtlarıyla İsviçre'de çocuk için nüfus sicili kayıt ve vatandaşlık işlemlerini yaptırmak isteyen çift kurumların taşyıcı anneliğin yasak olduğu ve durumun İsviçre hukukunda kamu düzenine aykırılık teşkil ettiği itirazıyla karşılaşmıştır. Nihayetinde İsviçre Federal Temyiz Mahkemesi yabancı mahkeme kararını tanımış, ancak bu kararın ve yabancı doğum kayıtlarının tanınması diğer yaşam ortağı açısından değil, yalnızca genetik baba olan gönüllü baba tarafından mümkün kılınmıştır. Mahkeme bu kararını şu şekilde gerekçelendirmiştir: Eşcinsel yaşam ortağı çift İsviçre hukukundaki taşyıcı annelik yasağını bilinçli olarak dolanmış olup, bu durum kamu düzenine ve emredici hukuk kurallarına aykırılık taşımaktadır. Gönüllü anne-babanın tutumunda çocuğun hiç suçu olmaması bu gerçeği değiştirmemektedir. Yüksek Mahkeme bu tutumu meşrulaştırmayı, çocuğu bir araç olarak görerek esasa hizmet etmeyen bir korumanın söz konusu olacağına ve taşyıcı annenin vücut bütünlüğünün ticari amaçlar karşısında korunmasının anlamsız kalacağına vurgu yapmak suretiyle eleştirmiştir⁶⁵. Bununla birlikte, Federal Mahkeme Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin *Mennesson ve Labassée* davalarına ilişkin içtihadını takip ederek; genetik bağlantılı ebeveyn ile çocuk arasındaki soybağı

62 Aebi-Müller und Dörr (n 60) 151, 171; Bertschi (n 60) 53. İsviçre hukukunda erkek-aynı cins çiftler için ise çocuğun evlat edinilmesine izin verilmemektedir. Eşcinsel Çiftlerin Tescil Edilmiş Hayat Ortaklıklarına İlişkin Federal Kanun (PartG) md.28 uyarınca, tescil edilmiş eşcinsel hayat ortaklığı içinde yaşayanların evlat edinmeleri ya da yapay döllmeleri yasaktır.

63 Franziska Müller, 'Das Geschäft mit den Babys', *Weltwoche* (Nr.4.11), <<https://www.weltwoche.ch/ausgaben/2011-4/artikel/das-geschaef-mit-den-babys-die-weltwoche-ausgabe-42011.html>> accessed 8 August 2018.

64 Bkz. Schweizerische Eidgenossenschaft, Bericht des Bundesrates zur Leihmutterchaft vom 29.November 2013 in Beantwortung des Postulates 12.3917 vom 28.September 2012, '*Bericht zur Leihmutterchaft*', 29 vd., <<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2013/2013-11-29/ber-br-d.pdf>> accessed 8 August 2018.

65 Zeitschrift für das gesamte Familienrecht 2015, 1912, 1914.

ilişkinin kamu düzeni vb. gerekçelerle tanımamanın AİHS. md.8'nin öngördüğü bakış açısıyla örtüşmeyeceğini kabul etmiştir. Diğer yaşam ortağı gönüllü baba ile çocuk arasında hukukten soybağı ilişkisini tesis etmemenin gerekçesi olarak ise, genetik baba ile çocuk arasındaki soybağı ilişkisinin kurulmasının yeterli olduğu belirtilmiş; mahkeme bu doğrultuda genetik baba, taşıyıcı anneye ilişkin bilgilerin ve yine yumurta bağışının söz konusu olduğunun nüfus siciline işlenmesine karar vermiştir. Gönüllü ebeveyn-eşcinsel çift bunun üzerine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurmuştur⁶⁶.

3. Fransa

Fransa'da taşıyıcı annelik⁶⁷ 1980'li yılların başında farklı dernek ve kuruluşların çocuk sahibi olmak isteyen çiftler ile taşıyıcı anneyi biraraya getirmeye aracılık etmesiyle ortaya çıkmıştır. Akdedilen sözleşme çerçevesinde taşıyıcı anne bebeği dünyaya getirmek ve gönüllü anne-babaya teslim etme yükümlülüğü altına girerken; aynı zamanda biyolojik baba da olan gönüllü babanın çocuğu tanıdığı, gönüllü annenin ise evlat edindiği bir uygulama yerleşmiş idi⁶⁸. Ancak Fransız Yargıtayı 31.12.1989 tarihli bir kararıyla ticari nitelikli olup olmasından bağımsız olarak taşıyıcı anneliğe ilişkin faaliyetleri hukuka ve ahlaka aykırılık gerekçesiyle yasaklamıştır⁶⁹. Anılan karara rağmen uygulamada taşıyıcı annelik sözleşmeleri akdedilmeye devam edilmiş, bunun üzerine Yargıtay 31.05.1991 tarihli kararıyla yeniden konuya müdahale ederek, taşıyıcı anneliğin her tür uygulamasının hukuka aykırı olduğunu hükme bağlamıştır. Kararın gerekçesinde, taşıyıcı anneliğin emredici hukuk kuralları çerçevesinde korunan kişi dokunulmazlığını, bedensel ve ruhsal bütünlüğü ihlal ettiğine ve yine evlat edinmeye ilişkin hükümlerin dolandırıldığına dikkat çekilmiştir.

Bu içtihatların etkisiyle Fransız yasa koyucusu harekete geçmiş; organ, doku alınması ve nakline ilişkin, yine yapay dölleme ve ön tedaviye ilişkin olarak kanunlarında bazı değişikliklere gitmiştir⁷⁰. Ayrıca Fransız Medeni Kanunu'nda (Art.16-7 Code Civil) taşıyıcı annelik uygulaması açık bir şekilde yasaklanmış ve bu yasak emredici kurallar arasında (Art.16-9) sayılmıştır. Kanunda açıkça yer verilirse de, Fransız hukukunda da doğuran kadının çocuğun hukukten annesi olduğu ilkesi geçerlidir⁷¹. Yine Ceza Kanununda da (Art.227-12 Abs.3 Code Pénal) taşıyıcı anneliğe aracılık faaliyetleri hapis veya para cezasıyla yaptırıma bağlanmış; ayrıca

66 'Homosexuellen-Paar klagt vor Menschenrechtsgerichtshof', *Neue Zürcher Zeitung* (Switzerland, 4 December 2015) <<https://www.nzz.ch/schweiz/st-galler-homosexuellen-paar-will-doppelte-vaterschaft-vor-menschenrechtsgerichtshof-einklagen-1.18657925>> accessed 8 August 2018.

67 Fransa'da taşıyıcı anne(lik) 'maternité de substitution', 'mère porteuse' veya 'gestation pour autrui' kavramlarıyla ifade edilmektedir.

68 Gerecke und Valentin (n 20) 244.

69 Cour de Cassation, Source Bulletin 1989 I n387, 260, Lederer (n 7) 47; karşı. Nitschmann und Petersdorf (n 25) 677; Gerecke und Valentin (n 20) 244.

70 Konuya ilişkin ayrıntılı olarak bkz. Lederer (n 7) 48.

71 ibid.

hamileymiş gibi davranarak kişi ve kurumları yanıltmak yahut hamileliği gizlemek (Art.227-13) cezai yaptırıma bağlanmıştır⁷².

2011 yılında Biyoetik Kanunu'na ilişkin reform çalışmaları sırasında taşyıcı anneliğe ilişkin sorunlar tekrar gündeme gelmiş; taşyıcı annelik uygulamasının yurtdışında gitgide artan şekilde kabul görmeye başladığı, buna paralel olarak, çocuk isteklerini yurtdışındaki taşyıcı annelik uygulamalarıyla hayata geçirmek isteyen Fransız vatandaşlarının sayısının da giderek artacağı sonucuna varılmıştır. Bununla birlikte, taşyıcı anneliğe sıkı koşullar altında izin verilmesine yönelik öneriler nihayetinde geri çevrilmiştir⁷³.

Fransız hukukundaki bu katı düzenlemeler, pek çok Fransız çiftin yurtdışına giderek (resmi olmayan istatistiklere göre 150-200 bebek) taşyıcı anne vasıtasıyla çocuk sahibi olmasına yol açmıştır⁷⁴. Bu nedenle son yıllarda Fransız hukuk ve idare mahkemelerinin giderek artan sayıda sınıraşan taşyıcı annelik vakalarıyla uğraşmak zorunda kaldığı görülmektedir. Bunlar arasında *Menesson* davası uzun yıllar süren bir hukuk mücadelesine sahne olmuş ve kamuoyunun yoğun ilgisini çekmiştir. Anılan olayda Fransız çift Slyvie ve Dominique Menesson Kaliforniya'da bir taşyıcı anne ile taşyıcı annelik sözleşmesi akdetmiştir. Bay Menesson'un spermi ve çiftin arkadaşının yumurtası ile oluşturulan embriyolar Amerikalı taşyıcı anneye yerleştirilmiş, bu süreç sonunda 2010 yılında taşyıcı anne ikiz bebekleri dünyaya getirmiştir. Hemen doğumdan önce Kaliforniya Temyiz Mahkemesi Bay Menesson'un biyolojik baba ve eşinin de hukuken anne olduğunu hükme bağlamış; çiftin hukuken ana-baba (veli) oldukları Kaliforniya nüfus kayıtlarına işlenmiş, bebekler Amerikan pasaportu almışlardır. Ancak çift bebekleri Fransa nüfus siciline kaydettirmek üzere Los Angeles'daki Fransa Konsolosluğu'na başvurduğunda sorun ortaya çıkmış; sicile kayıt sorunu aşılmasına rağmen, Fransa savcılığı taşyıcı anneliğin Fransız hukukunun emredici hükümlerine ve kamu düzenine aykırılığı iddiasıyla anılan kayıtların iptalini istemiştir⁷⁵. Bunun temelinde, Fransız makamlarının, çoğu ülkeye göre nispeten katı olan Fransız hukukunun ilgili düzenlemelerinin dolanılarak üreme turizmine kapının açılacağı yönündeki endişesi yatmaktadır⁷⁶. Sonrasında oldukça uzun soluklu bir hukuki sürecin ardından, çocukların gönüllü anne-babalarıyla Fransa'da yaşayabileceğine karar verilmişse de, kendilerine Fransız vatandaşlığı&pasaportu verilemeyeceği

72 Taşyıcı anneliğe ilişkin olaylarda, gönüllü annenin gebeymiş gibi davranırken taşyıcı annenin gebeliğini gizleme yöntemine başvurması durumundan yola çıkılmıştır. Bkz. Louis Perreau-Saussine and Nicolas Sauvage, 'France' in Katarina Trimmings and Paul Beaumont (eds), *International Surrogacy Agreements, Legal Regulation at the International Level* (Hart Publishing 2013), 119, 121.

73 Frédérique Ferrand und Laurence Francoz-Terminal, 'Neueste Entwicklungen im französischen Familienrecht 2011-2012', (2012) *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 1437.

74 Perreau-Saussine and Sauvage (72) 119.

75 Paul Lagarde, 'Anmerkung zu der Entscheidung der Cour de Cassation vom 17.12.2008' (2009) *Revue critique de droit international privé* 320.

76 Lagarde (n 75) 320, 325. *Menesson* davası diğer taşyıcı annelik vakalarından bir yönüyle ayrılmaktadır: Fransız Mahkemeleri Kaliforniya Mahkemesi kararını ve Amerika nüfus sicili kayıtlarını da esas alarak konuyu karara bağlamak durumunda kalmıştır. Yani bu davada çocuk-veli (anne-baba) arasındaki ilişkinin hukuken ilk kez tespitine ilişkin bir karar değil, yabancı bir mahkeme kararının tanınmasına ilişkin bir hüküm tesis edilmiştir.

hükme bağlanmıştır. Bu arada gündeme gelen benzer davalarda da Fransız Yüksek Mahkemeleri bu bakış açısını sürdürmüştür: Fransız Yargıtayı çocukların Fransa nüfus siciline kayıtlarının yapılmasını yine olanaklı kılmamış, hukuken babalığın tanınmasının Fransız hukukunun ilgili hükümlerinin dolanılmasına yol açacağını, buna hukuken sonuç bağlanamayacağını ifade etmiştir⁷⁷. Nihayetinde *Mennesson ve Labassée* çiftleri 06.10.2011’de konuyu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne taşımışlardır. Yüksek Mahkeme 26.06.2014’de her iki davayı da hükme bağlamış; Fransa’nın biyolojik baba ile taşıyıcı annelik yöntemiyle doğan çocuğu arasındaki hukuki ilişkinin tesis edilmesine ilişkin koyduğu yasağın, AİHS. md.8/I uyarınca ‘çocuğun özel yaşamına saygı gösterilmesine ilişkin hakkı’ nı ihlal ettiğine karar vermiştir. Fransa AİHS. md.46/I uyarınca Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin kararlarına uyma yükümlülüğü altında olduğundan, Yüksek Mahkeme’nin anılan içtihadı Fransız mahkemelerinin son yıllarda verdiği kararları etkilemiş ve şekillendirmiştir. Taşıyıcı annelik yoluyla dünyaya gelen çocukların doğum kayıtları nüfus siciline kabul edilerek işlenmeye başlamıştır. AİHM. nin etkisiyle oluşan içtihadlardaki bu bakış açısı değişikliğinin konuya ilişkin yasal değişikliklere de yol açıp açmayacağı zaman içerisinde belli olacaktır.

Son olarak doğum kayıtlarının -Fransız hukuku uyarınca gönüllü anne değil, taşıyıcı anne hukuken anne kabul edildiğinden- Fransa’da annelik açısından hukuken tanınır olmadığını belirtmek gerekir. Ancak baba açısından, gönüllü baba DNA-testi ile aynı zamanda biyolojik baba da olduğunu ispat edebildiği sürece doğum kayıtları artık hukuken tanınmaktadır. Bu noktada AİHM içtihadı ve çocukların vatansız kalacağı endişesiyle çocuğun yüksek yararını gözetme ilkesi rol oynamıştır⁷⁸.

4. Avusturya

Avusturya’da 1980’li yılların sonunda taşıyıcı anneliği kabul etmeye yönelik bir eğilim gözlenirse de, günümüzde taşıyıcı annelik Avusturya Üreme Tıbbi Kanunu (FMedG) § 3 uyarınca yasaklanmıştır⁷⁹. Anılan hükmün ilk fıkrasına göre, tıbben desteklenen üreme tekniklerinin uygulanması ancak evli çiftlerin ya da resmen tescil edilmiş yaşam ortaklarının yumurta ve spermelerinin kullanılması suretiyle mümkün olabilecektir⁸⁰.

77 Cour de Cassation, App no 12-18315 ve 12-30138. Bkz. Françoise Monéger, ‘France: Biological and social parentage’, in Katharina Boele-Woelki, Nina Dethloff and Werner Gephart (eds), *Family Law and Culture in Europe-Developments, Challenges and Opportunities* (Intersentia 2014), 175, 183; Walter Pintens, ‘Künstliche Fortpflanzung im belgischen und französischen Recht’ in Anatol Dutta, Dieter Schwab, Dieter Henrich, Peter Gottwald und Martin Löhnig (Hrsg), *Künstliche Fortpflanzung und europäisches Familienrecht* (Giesecking 2015), 105, 124; yine Fransız mahkemelerinin konuya bakış açısı hakkında bkz. Fulli-Lemaire (n 42) 471, 474 vd.

78 Perreau-Saussine and Sauvage (n 72) 119, 123.

79 Susanne Ferrari, ‘Künstliche Fortpflanzung im österreichischen Recht’, in Anatol Dutta, Dieter Schwab, Dieter Henrich, Peter Gottwald und Martin Löhnig (Hrsg), *Künstliche Fortpflanzung und europäisches Familienrecht* (Giesecking 2015), 181, 198.

80 Bununla birlikte, 2015’de Üreme Tıbbi Kanunu’na ilişkin değişikliklerin yürürlüğe girmesiyle, belirli koşullar çerçevesinde yumurta başının mümkün olacağı kabul edilmiştir, bkz. Ferrari (n 79) 195. Anılan kanun değişikliklerine ilişkin bilgi için bkz. Erwin Bernat, ‘Das österreichische Abstammungsrecht im Kontext der medizinisch unterstützten Fortpflanzung- Eine Bestandsaufnahme nach Inkrafttreten des Fortpflanzungsmedizinrechts- Änderungsgesetzes 2015, in Dagmar Coester-Waltjen, Volker Lipp, Eva Schumann und Barbara Veit (Hrsg), ‘*Kindervunschmedizin - Reformbedarf im Abstammungsrecht?* - 13.Göttinger Workshop zum Familienrecht 2014 (Universitätsverlag Göttingen 2015), 65 vd.

Avusturya Medeni Kanunu (ABGB)§ 143 uyarınca, çocuğu doğuran kadın çocuğun annesidir. Taşyıcı anne evli değil ise, gönüllü baba -aynı zamanda biyolojik baba olması koşuluyla- çocuğu tanıyabilir ya da mahkeme yoluyla babalığının tespitini isteyebilir (§§ 145, 148 ABGB). Ancak taşyıcı anne evli ise, onun kocası hukuken baba olarak kabul edilmektedir. Bu durumda gönüllü baba hukuken velayet hakkının tespitini babalığın tanınmasına itiraz (§ 147 ABGB) veya soybağının değiştirilmesi (§ 150 ABGB) yoluyla talep edebilir. Sonrasında gönüllü anne ya da aynı cinsten partner/yaşam ortağı evlat edinme sürecini işletebilir⁸¹.

Mevcut yasal düzenlemelerin sertliği, pek çok Avusturyalı çifti de daha liberal bakış açısının olduğu ülkelere giderek konuya çözüm aramaya itmiştir. Viyana’da bulunan ve Avusturya’daki en yüksek mahkeme statüsündeki Avusturya Anayasa Mahkemesi (VerfGH)’nin vermiş olduğu iki karar taşyıcı annelik vakalarının hukuki sürecine ve uygulamanın gelişimine ilişkin oldukça yol gösterici niteliktedir: Anayasa Mahkemesi’nin 14.12.2011’de karara bağladığı ilk olayda⁸², Avusturyalı çift ABD’de Amerikalı bir taşyıcı anne vasıtasıyla -gönüllü anne-babanın yumurta ve spermi kullanılmak suretiyle- 2006 ve 2009’da birer çocuk sahibi olmuşlardır. Amerikan mahkemeleri çiftin gerek genetik gerekse hukuken ebeveyn olduğuna hükmetmiş; bu karar doğrultusunda nüfus siciline kayıt yapılmıştır. Avusturya’ya döndüğünde ilk başta bu kayıtlara dayanarak çocuklara vatandaşlık verilmiş ve doğum kayıtları nüfus siciline işlenmiş ancak çocukların taşyıcı anne vasıtasıyla doğduğunun ortaya çıkmasını müteakiben Federal İçişleri Bakanlığı çocukların vatandaşlığına ilişkin yasalara uygun karar verilmesi talebinde bulunmuştur. Buna gerekçe olarak, doğum kayıtlarının § 143 ABGB (e §137b ABGB) uyarınca gerçek olmadığı ve bu sebeple Avusturya’da tekrar belgeleme ve tescil yapılmasının gerekli olduğu ileri sürülmüş; sonuçta çocukların ne Avusturyalı gönüllü anne ile soybağı tesbiti ne de başka bir yolla Avusturya vatandaşlığını kazanabileceklerine karar verilmiştir. Bu sonuç, Amerika mahkemelerinin kararının tanınmasının ulusal hukukun emredici kurallarına ve kamu düzenine aykırılık nedeniyle mümkün olamayacağı gerekçesine dayandırılmıştır. Bunun üzerine, gönüllü anne ve çocukları konuyu Anayasa Mahkemesi’ne taşımış; Yüksek Mahkeme, Üreme Tıbbi Kanunu’nun taşyıcı anneliği yasaklayan hükmü ve ilgili hükümlerinin devletler özel hukuku bağlamında kamu düzeni ve emredici hukuk kurallarının bir parçası olarak değerlendirilemeyeceği ve yine çocuğun yararının gözetilmesi gerektiği düşüncesiyle önceki kararı iptal etmiştir. Ayrıca Yüksek Mahkeme Avusturyalı gönüllü annenin hukuken anne olarak tanınması gerektiğine hükmetmiş; sonuçta çocuklar Avusturya vatandaşlığını gönüllü ve genetik anneleri üzerinden kazanmıştır⁸³. Yüksek Mahkeme 11.10.2012’de karara bağladığı

81 Ferrari (n 79) 181,199.

82 EuGRZ 2012, 65 vd; IPRax 2013, 275 vd.

83 EuGRZ 2012, 65, 68; IPRax 2013, 275, 277. Yüksek Mahkeme’nin kararı Avusturya doktrininde kabul görmüştür, bkz. Erwin Bernat, ‘Anmerkung zu der Entscheidung des Österreichischen Verfassungsgerichtshofs vom 14.12.2011’ (2012) Recht der Medizin 107, 110.

benzer ikinci olayda yine aynı bakış açısıyla hareket etmiş; bu kararda ayrıca açık şekilde, çocuklar Ukrayna vatandaşlığını da kazanamadığı için, yabancı mahkemeler tarafından kabul edilmiş olan -Avusturyalı annenin hukuken anne olduğuna dair kararın tanınmaması halinde çocukların vatansız kalacağını ifade etmiştir. Böylelikle Yüksek Mahkemenin -ikinci kararda daha açık olmak üzere- AİHS md.8 ışığında çocuğun yararını gözetererek sonuca vardığı görülmektedir.

5. İtalya ve İspanya

Taşıyıcı annelik İtalya'da da 1980'li yıllardan bu yana yoğun şekilde tartışılmaktadır. 'Tıbben Desteklenen Üreme Tekniklerine İlişkin Kanun' (Kanun No.40/2004) 19.02.2004'de yürürlüğe girmiş olup, konuya ilişkin kapsamlı düzenlemeler getirmiştir⁸⁴. Kanuna göre, taşıyıcı annenin annelik sıfatı ve statüsünden vazgeçmesi hukuken geçersiz kabul edilmiş (md.9/II); yapay dölleme çerçevesinde üreme hücreleri kendilerinden alınmış olsa dahi, gönüllü anne-babanın hukuken velayet hakkı (anne-baba statüsü) kabul edilmemiştir (md.9/III). Yine yasakoyucu taşıyıcı annelik sürecini işleten, organize eden veya bu çerçevede ticari olarak faaliyet gösterenler (ör:hekimler, aracı acentalar) için katı cezai yaptırımlar öngörmüştür. Taşıyıcı annenin, gönüllü anne-babanın yaptırıma tabi tutulmayacağına ilişkin herhangi bir açık düzenleme öngörülmediğinden, bu kişiler açısından da cezai yaptırımlar gündeme gelebilecektir⁸⁵. İtalya yargı uygulamasına bakıldığında, konuya ilişkin henüz net bir bakış açısı oluşmadığını söylemek mümkündür⁸⁶.

İspanya'da ise 26.05.2006 (Nr.14/2006) tarihli 'Tıbben Desteklenen Üreme Tekniklerine İlişkin Kanun' md.10/I gereğince taşıyıcı annelik sözleşmeleri geçersizdir. Anılan Kanun uyarınca (md.10/II) çocuğu doğuran kadın olarak taşıyıcı

84 Amalia Diurni, 'Künstliche Fortpflanzung im italienischen Recht' in Anatol Dutta, Dieter Schwab, Dieter Henrich, Peter Gottwald und Martin Löhnig (Hrsg), *Künstliche Fortpflanzung und europäisches Familienrecht* (Gieseking 2015), 81, 84.

85 Gerecke und Valentin (n 20) 233, 247; European Parliament Directorate- General for Internal Policies-(Laurence Brunet, Derek King, Janeen Carruthers, Claire Marzo, Konstantina Davaki and Julie McCandles) '*A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States*' 107, <[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOL-JURI_ET\(2013\)474403_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOL-JURI_ET(2013)474403_EN.pdf)> accessed 8 June 2018.

86 Örneğin, bölgesel temyiz mahkemelerinden '*Corte di Appello di Bari*' İtalya'daki taşıyıcı annelik yaşamının mutlak şekilde konuya ilişkin yabancı mahkeme kararlarının kamu düzenine aykırılık sebebiyle tanınmayacağı sonucuna yol açmayacağı, çocuğun yararı ilkesinin gözetilmesi gereğini dile getirmiştir. Bkz. Diurni (n 84) 81, 88; European Parliament Directorate- General for Internal Policies- '*A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States*', 123. Buna karşın, İtalyan Yargıtayı 2014 yılında taşıyıcı annelik ilgili her durumun 'Tıbben Desteklenen Üreme Tekniklerine İlişkin Kanun' md.12/VI uyarınca kamu düzenine ve emredici hukuk kurallarına aykırılık yaptırımına karşılaşacağını belirtmiştir, bkz. Diurni (n 84) 81, 89.

'*Paradiso und Campanelli*' davasında ise, çocukla gönüllü anne-baba arasında genetik bağın olmaması ve İtalyan kanunlarının dolanılması gerekçesiyle, İtalyan kurumları Rusya'da taşıyıcı anne vasıtasıyla doğmuş olan çocuğun onlardan ayrılmasının çocuğun yararına olacağına karar vermiştir. Çocuk gönüllü anne-babadan alınmış, aralarındaki iletişim imkanı kaldırılmış; hatta daha sonra çocuğa koruyucu aile atanmış ve yeni bir kimlik verilmiştir. Gönüllü anne-babanın İtalya nezdindeki itiraz çabaları sonuçsuz kalınca konu 27.04.2013'de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne taşınmıştır. Nihayetinde AİHM. Büyük Daire 24.01.2017'de -27.01.2015 tarihli başvuruların özel yaşamının ve aile yaşamının ihlal edilmiş olduğuna hükmeden Küçük Daire kararından tamamen farklı bir sonuca ulaşarak- karar vermiştir: Yüksek Mahkeme menfaat dengesinin gözetilmesine ilişkin olarak, somut olayda kamu düzeninin korunması ve yasalara aykırılığın önlenmesine ilişkin devletin kamusal çıkarlarının başvuruların özel yaşamının korunmasından üstün olduğuna ve bu bağlamda AİHS. md.8 çerçevesinde bir ihlal görülmediğine karar vermiştir, <<https://strasbourgobservers.com/2017/04/04/paradiso-and-campanelli-v-italy-lost-in-recognition-filiation-of-an-adopted-embryo-born-by-surrogate-woman-in-a-foreign-country>> accessed 8 August 2018.

anne, çocuğun hukuken annesidir; yani ‘*mater semper certa est*’ ilkesi geçerlidir⁸⁷. Gönüllü ve biyolojik baba ise ile çocuk arasındaki soybağı ise -taşyıcı annenin evli olmadığı hallerde- tanıma ya da babalığın mahkeme tarafından tesbiti yoluyla kurulur⁸⁸. İspanya’da da durum farklı değildir: İspanyol parlamentosunun yıllardır süren taşyıcı anneliğe yönelik katı tutumu nedeniyle, pek çok İspanyol çift konuya ilişkin yurtdışında çözüm aramaktadır⁸⁹. İspanya uygulamasında, en yüksek sicil kayıt ve noterlik makamı olan DGRN (*Dirección General de los Registros y del Notariado*)’nin konuya daha ılımlı yaklaştığı, çocuğun yararını gözeterek doğum kayıtlarının nüfus siciline işlenmesi görüşünde olduğu görülmektedir⁹⁰. Buna karşın, İspanyol mahkemelerinin genel tutumunun ise olumsuz olduğu; taşyıcı annelik uygulamasının kamu düzenine aykırılık teşkil etmesinden ötürü, sicile işlenen doğum kayıtlarının geçersiz olması gerektiği düşüncesinde oldukları görülmektedir⁹¹. AİHM.’in *Menesson* ve *Labassée* davalarına ilişkin içtihadının ardından, İspanya’da konuya ilişkin yasal değişiklikler beklenmektedir. Bu geçiş sürecinde İspanyol Adalet Bakanlığı yurtdışı temsilciliklerine önlerine gelen taşyıcı annelik olaylarına ilişkin kayıtlarda katı bir tutum takınmamaları hususunu iletmiştir⁹².

C. Taşyıcı Annelik Konusunda Gri Alanda Yer Alan Ülkeler

Bazı ülkelerde ise taşyıcı annelik kurumunun hiç düzenlenmediği, eksik düzenlendiği (yasal boşluklar olduğu), bazı yasal düzenleme çabalarına karşı uygulamada sorunlarla karşılaştığı görülmektedir. Bu ülkelerin konuya ilişkin hukuken gri alanda bulunduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Hollanda ve Belçika bu gruptaki ülkeler arasında sayılabilir.

1. Hollanda

Hollanda’da 1970’den bu yana in vitro fertilizasyon (IVF) gibi yapay dölllenme yöntemleri uygulanmaktadır. İlk başlarda taşyıcı anneliğe karşı oluşmuş olumsuz bakış açısı ise, zamanla en azından ticari nitelikte olmayan taşyıcı annelik yönünden yumuşamıştır. 1997 tarihli Sağlık, Sosyal Yardım ve Spor Bakanlığı’nın IVF tüzüğü uyarınca taşyıcı annelik uygulamasına sıkı koşullar ve denetim altında izin

87 Patricia Orejudo Prieto De Los Mozos, ‘Recognition in Spain of Parentage Created by Surrogate Motherhood’, *Yearbook of Private International Law* (2012) 12 619, 623.

88 Patricia Orejudo Prieto De Los Mozos, ‘Spain’ in Katarina Trimmings and Paul Beaumont (eds), *International Surrogacy Agreements, Legal Regulation at the International Level* (Hart Publishing 2013), 347, 348.

89 Orejudo Prieto De Los Mozos, ‘Spain’ (n 88) 347; Josep Ferrer I Riba, ‘Künstliche Fortpflanzung im spanischen Recht’, in Anatol Dutta, Dieter Schwab, Dieter Henrich, Peter Gottwald und Martin Löhnig (Hrsg), *Künstliche Fortpflanzung und europäisches Familienrecht* (Gieseking 2015), 229, 254.

90 Orejudo Prieto De Los Mozos, ‘Recognition in Spain of Parentage Created by Surrogate Motherhood’ (n 87) 619, 624; Ferrer I Riba (n 89) 229, 255.

91 Orejudo Prieto De Los Mozos, ‘Recognition in Spain of Parentage Created by Surrogate Motherhood’ (n 87) 619, 624; Orejudo Prieto De Los Mozos, ‘Spain’ (n 88) 347, 350.

92 Ferrer I Riba (n 89) 229, 256.

verilmiştir⁹³. Yine Hollanda Doğum Yardımı ve Jinekoloji Derneği'nin 'İleri Teknoloji Kullanılarak Gerçekleştirilen Taşıyıcı Annelik' olarak bilinen 1999 tarihli (Nr.18) yönergesi de konuya ilişkin dikkate alınmalıdır. Buna göre, yapay dölleme teknikleri çerçevesinde taşıyıcı annenin⁹⁴ gebeliği üreme tıbbı alanında uzman hekimlerce takip edilecektir. Gönüllü anne-babanın çocukla genetik bağı bulunmalıdır. Taşıyıcı annelik sürecine ilişkin koşullar bir protokol ile hüküm altına alınmalıdır: Öncelikle taşıyıcı annelik sürecini gerektiren/haklı gösteren tıbbi koşullar oluşmuş olmalıdır. Taşıyıcı anne daha önce herhangi bir komplikasyonla karşılaşmaksızın en az bir bebeği dünyaya getirmiş olmalıdır. Eğer eşi veya yaşam ortağı varsa, kendisinin yazılı şekilde konuya ilişkin rızası alınmış olmalıdır. Gerek taşıyıcı anne gerekse gönüllü anne-baba sürece ilişkin yeterli şekilde aydınlatılmış ve bilgilendirilmiş olmalıdır. Nihayetinde uzman hekim sürecin bu koşullara uygun olarak yürütüleceğini yazılı olarak kabul ve beyan etmiş olmalıdır⁹⁵.

2011 yılında Adalet Bakanlığı'nın isteği ve yetkilendirmesi ile Utrecht Üniversitesi Aile Hukuku Araştırma Merkezi tarafından yürütülen karşılaştırmalı hukuk projesinde ise, taşıyıcı anneliğin Hollanda hukukunda yeterli kapsamda düzenlenmemiş olduğu sonucuna varılmıştır; özellikle velayet ve soybağı hukukuna ilişkin ciddi eksiklikler mevcuttur⁹⁶. Hollanda Medeni Kanunu md.1:1198 uyarınca çocuğu doğuran kadın -yani taşıyıcı anne- çocuğun annesidir; burada da '*mater semper certa est*' ilkesi geçerlidir. Baba ise, anılan Kanunun 1:999 a hükmü uyarınca taşıyıcı annenin eşi yahut çocukla tanıma yoluyla soybağı ilişkisini kurmuş kişidir⁹⁷. Yine taşıyıcı annelik sözleşmeleri hukuken uygulanabilir olmaktan uzaktır. Şöyle ki, Hollanda hukukuna göre (MK md.3:40 f.2) emredici hukuk kurallarına ve ahlaka aykırı unsurlar içeren anlaşmalar hükümsüzdür. Taşıyıcı annenin doğumdan sonra bebeği gönüllü anne-babaya teslim etmesi yükümlülüğünü içeren anlaşmaların da ahlaka aykırılıktan ötürü geçersiz oldukları belirtilmiştir⁹⁸. Son olarak, ticari nitelikte olan taşıyıcı anneliğe ilişkin son derece katı bir bakış açısı mevcut olup, bu

93 Machteld Vonk and Katharina Boele-Woelki, 'Surrogacy and Same-Sex Couples in the Netherlands in Katharina Boele-Woelki and Angelika Fuchs (eds), *Legal Recognition of Same Sex Relationships in Europe-National, Cross Border and European Perspectives* (Intersentia 2012), 123, 124.

94 Anılan yönerge (*Richtlijn hoog-technologisch draagmoederschap, Nr.18 der Vereniging voor Obstetrie en Gynaecologie*), taşıyıcı annenin tercihen kız kardeş, elti, anne, üvey anne veya gönüllü annenin yakın arkadaşı olması gerektiğini öngörmektedir (Nina Dethloff, 'Leihmutterschaft in rechtsvergleichender Perspektive' in Beate Ditzten und Marc-Philippe Weller (Hrsg), *Regulierung der Leihmutterschaft* (Mohr Siebeck 2018) 55, 58).

95 European Parliament Directorate- General for Internal Policies- '*A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States*', 302; Machteld Vonk, 'Maternity for Another: A Double Dutch Approach' EJCL (2010) 14 2, <<https://www.ejcl.org/143/art143-22.pdf>> accessed 8 August 2018.

96 Katharina Boele-Woelki, Ian Curry-Sumner, Wendy Schrama and Machteld Vonk, 'Draagmoederschap en illegaal opneming van kinderen', (Çalışmanın İngilizce özet metni) <https://www.wodc.nl/binaries/1945-summary_tcm28-71388.pdf> accessed 8 August 2018, 8.

97 Katharina Boele-Woelki, 'Ersatzmutterschaft und 'kalter Ausschluss' im Vermögensrecht von Ehegatten und nichtehelichen Partnern in den Niederlanden', (2011) Zeitschrift für das gesamte Familienrecht, 1455, 1456; Philipp M Reuß, 'Künstliche Fortpflanzung im niederländischen Recht' in Anatol Dutta, Dieter Schwab, Dieter Henrich, Peter Gottwald und Martin Löhnig (Hrsg), *Künstliche Fortpflanzung und europäisches Familienrecht* (Gieseking 2015), 127, 137.

98 Boele-Woelki (n 97) 1455, 1456; Reuß (n 97) 127, 138.

faaliyetin ticari anlayışla yürütülmesi Hollanda Ceza Kanunu'nda cezai yaptırıma bağlanmıştır (md.151b).

Uygulamaya bakıldığında, Hollanda'da 1997-2004 yılları arasında taşyıcı annelik uygulamasına izin verilip verilmemesine karar vermek üzere bir pilot proje yürütülmüştür: Projeye 200 çift katılmış, taşyıcı anne aracılığıyla 16 çocuk dünyaya gelmiş ve çocukların gönüllü anne-babaya teslimine ilişkin herhangi bir hukuki sorun ortaya çıkmamıştır⁹⁹. 2007 yılında ise Amsterdam Vrije Üniversitesi Sağlık Merkezi evli farklı cinsten eşler için gerçek taşyıcı annelik (taşyıcı annenin aynı zamanda genetik anne olmadığı) uygulamasını yürüteceğini ilan etmiştir. Bu süreç Çocuk Esirgeme Kurumu ile işbirliği ve sıkı bir denetim, takip içerisinde yürütülmüş; her yıl 10 kadar çifte bu imkan sağlanmıştır. Gönüllü anne-babalar Çocuk Esirgeme Kurumu tarafından evlat edinmeye elverişli çiftler gibi görülmüş; bu bakış açısı onlarla zaten genetik bağı olan çocukların taşyıcı annenin rızasıyla gönüllü anne-babaya teslim sürecini kolaylaştırmıştır¹⁰⁰.

Bununla birlikte, doktrinde konuya ilişkin yasal düzenlemelerin yetersiz olmasından ötürü, gerek doğan çocukların gerekse taşyıcı anne ve gönüllü anne-babanın hukuki durumunun son derece belirsiz olduğu ifade edilmiştir¹⁰¹. Ayrıca taşyıcı annelik uygulaması sadece heteroseksüel çiftler açısından olanaklı kılındığından, yine aynı cinsten olan çiftler yurtdışına giderek bu yolla çocuk sahibi olmaya çalışmaktadır. Bu noktada, sınıraşan taşyıcı annelik uygulamalarında aynı kurumu yasaklayan ülkelerde olduğu gibi kamu düzenine, emredici hukuk kurallarına aykırılık itirazı ortaya çıkmakta; gönüllü anne-babanın Hollanda'da hukuken anne-baba olarak kabul edilip edilmeyeceği belirsizlik arz etmektedir. Görüldüğü üzere, ülkede bir yandan taşyıcı annelik uygulamada kısmen mümkün kılınmakta, pilot projeler yürütülmekte iken, diğer yandan ortaya çıkabilecek sorunlara ilişkin hukuki altyapı yeterli şekilde düzenlenmiş değildir.

2. Belçika

Belçika'da taşyıcı anneliğe ilişkin olarak ne 6.07.2007 tarihli Tıbben Desteklenen Üreme Yöntemlerine ilişkin Kanun'da ne de başkaca bir kanunda açık düzenlemeye yer verilmiştir¹⁰². Taşyıcı anneliğin en azından açık şekilde yasaklanmamış olması, bazı Belçika kliniklerinin bu yasal boşluklardan faydalanmasına; ticari nitelik taşımayan gerçek anlamda taşyıcı annelik faaliyetlerinin katı koşullar ve denetim

99 Vonk and Boele-Woelki (n 93) 123, 125.

100 Boele-Woelki (n 97) 1455, 1456.

101 ibid 1456.

102 Gerd Verschelden and Jinske Verhellen: 'Belgium' in Katarina Trimmings and Paul Beaumont (eds), *International Surrogacy Agreements, Legal Regulation at the International Level* (Hart Publishing 2013) 49, 53.

altında yürütülmesine zemin hazırlamıştır¹⁰³. Bununla birlikte, Belçika hukukuna göre de, çocuğu doğuran kadın yani taşıyıcı anne hukuken çocuğun annesidir (Belçika MK m.312). Eğer taşıyıcı anne evli ise, onun eşi çocuğun hukuken babası olarak kabul edilir (MK md.315). Bu durumda gönüllü anne-baba açısından koşulları oluşursa evlat edinme imkanı gündeme gelebilir. Eğer taşıyıcı anne evli değilse yahut eşinin velayet hakkı kabul edilmemişse, bu halde gönüllü baba çocuğu tanıma yoluyla soybağını kurabilir¹⁰⁴. Bu takdirde gönüllü anne çocuğu evlat edinme yoluyla aralarında soybağı ilişkisi kurabilecektir ki, Belçika’da bu sürecin genelde başarılı şekilde yürütülmüş olduğu söylenebilir¹⁰⁵.

Taşıyıcı annelik sözleşmeleri, Belçika Medeni Kanunu’na göre (md.1128) çocuk bir eşya olmadığından ve sözleşme konusu edilemeyeceğinden geçersiz kabul edilmektedir. Bu sebeple gönüllü anne-babanın yeni doğan çocuk üzerinde taşıyıcı annenin rızası hilafına hak iddiasında bulunması anlam ifade etmeyecektir¹⁰⁶.

Belçika’da yakın geçmişte taşıyıcı anneliğe dair bazı yasa teklifleri parlamentoda tartışılmıştır. Er ya da geç -sıkı koşullar ve denetim altında- taşıyıcı anneliğe izin verileceği ve konunun yasal olarak düzenleneceği öngörüldüğünden, taşıyıcı anneliğe ilişkin yasak getirilmesi düşüncesi yasama organında pek rağbet görmemiştir¹⁰⁷.

Sınıraşan taşıyıcı annelik vakaları yönünden bakıldığında ise, ülkede nispeten sert bir bakış açısının hakim olduğunu söylemek yanlış olmaz. Belçika vatandaşı gönüllü anne-babanın aynı zamanda hukuken anne-baba olduğuna hükmeden yabancı mahkeme kararlarının, eğer ki Belçika kanunlar ihtilafı kuralları çerçevesinde de uygulanacak hukuk gönüllü anne-babayı hukuken ebeveyn kabul ediyorsa, tanınması mümkün olacaktır. Ancak uygulanacak hukuk Belçika hukuku ise, taşıyıcı anne hukuken de anne olarak kabul edildiğinden, bu süreç yine kamu düzeni ve emredici hukuk kuralları duvarına toslamakla sonuçlanacaktır¹⁰⁸. Ancak baba ile kurulacak soybağı yönünden Belçika mahkemelerinin farklı yönde karar verdiği görülmüştür: Mahkemeler çocuğun yararı düşüncesiyle hareket ederek, gönüllü babanın aynı zamanda hukuken de baba olarak kabul edildiği yabancı doğum belgelerini veya mahkeme kararlarını esas alarak, baba ile çocuk arasındaki soybağını tesis etmiştir¹⁰⁹. Yine özellikle gönüllü babanın genetik baba da olduğu hallerde, mahkemelerin

103 European Parliament Directorate- General for Internal Policies- ‘A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States’, 206.

104 Verschelden and Verhellen (n 102) 64; European Parliament Directorate- General for Internal Policies- ‘A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States’, 211.

105 European Parliament Directorate- General for Internal Policies- ‘A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States’, 215 vd.

106 Verschelden and Verhellen (n 102) 49, 59.

107 European Parliament Directorate- General for Internal Policies- ‘A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States’, 206 vd; Verschelden and Verhellen (n 102) 49, 50, 54 vd.

108 Verschelden and Verhellen (n 102) 49, 69 vd.

109 Pintens (n 77) 105, 125.

genel eğilimi çocuğun yararını merkezde tutarak hareket etmek suretiyle, çocuğun anne-babasız, vatansız ve/veya doğduğu ülkede tek başına kalması gibi tehlikeleri¹¹⁰ bertaraf etme yönünde gelişmektedir.

D. Taşyıcı Anneliği Yasal Kabul Eden Ülkeler

Son yıllarda taşyıcı annelik uygulamasına izin veren ve taşyıcı annelik anlaşmalarını (konuya ilişkin farklı koşullar öngörebilmekle beraber) geçerli kabul eden ülkelerin sayısının gitgide arttığı görülmektedir. Avrupa dışında, ABD'nin pek çok eyaletinde, Avustralya'nın pek çok eyaletinde, Quebec hariç olmak üzere Kanada'da, Yeni Zelanda'da, İsrail'de, Hindistan'da, Tayland'da, Rusya'da, Ukrayna'da, Güney Afrika ve Brezilya'da kabul görmüştür. Avrupa'da ise sırasıyla 1985 ve 2005 yılı itibarıyla yasal belirli koşullar altında taşyıcı anneliğe izin veren İngiltere ve Yunanistan sayılabilir¹¹¹. Yine Portekiz'de 2016 yılında uzun tartışmalardan ve hatta ilk yasa tasarısının cumhurbaşkanı tarafından veto edilmesinin ardından, taşyıcı annelik yasal olarak kabul edilmiştir¹¹².

1. Amerika Birleşik Devletleri

Amerika Birleşik Devletleri'nde taşyıcı annelik uygulaması eyaletten eyalete farklılık göstermektedir. Bununla birlikte, ülkenin bazı eyaletlerinde bu uygulama oldukça yaygındır; öyle ki, resmi olmayan rakamlara göre her yıl yaklaşık 6000 çocuk taşyıcı anneler aracılığı ile dünyaya gelmektedir¹¹³. Taşyıcı anneliğe ilişkin düzenleme getiren bir federal kanun yoktur; taşyıcı annelik anlaşmalarıyla bağlantılı olarak aile ve sözleşmeler hukukuna ilişkin yasa yapma etkisi federe devletlere bırakılmıştır^{114,115}. Eyaletlerdeki hukuki durum ve uygulama ise renkli patchwork

110 Bu konuda Belçika'ya ilişkin bazı mahkeme kararlarıyla ilgili olarak; 'hukuk ve insanlık açısından bir kabus' olarak nitelendirilen 'Baby Donna' davası için bkz. Alexandra Colen, 'The Sad Tale of Baby Donna and Her Three Mothers' *The Brussels Journal* (Zürich, 3 July 2005), <<https://www.brusselsjournal.com/node/31>> accessed 4 June 2018; 'Baby Samuel' davası için European Parliament Directorate- General for Internal Policies- 'A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States', 219 vd.

111 Konuya ilişkin ayrıntılı olarak bkz. Dethloff (n 94) 55, 57.

112 Dethloff (n 94) 55, 57, 58. Bununla birlikte, Portekiz hukukunda açık şekilde taşyıcı annenin herhangi bir şekilde ekonomik bağımlı olduğu bir hizmet ilişkisinin, bir başka deyişle ticari nitelikte taşyıcı anneliğin mümkün olmadığı öngörülmüştür (ibid 59).

113 Franziska Müller, 'Das Geschäft mit den Babys', *Weltwoche* (Nr.4.11), <<https://www.weltwoche.ch/ausgaben/2011-4/artikel/das-geschaef-mit-den-babys-die-weltwoche-ausgabe-42011.html>> accessed 8 August 2018. Yine ABD'deki bir araştırma sonucuna göre taşyıcı annelerin %99'u hiçbir ruhsal sorun yaşamadan istekte bulunan aileye çocuğu vermektedirler, Erişkin Söğütü ve Koçhisarlıoğlu (n 6) 292.

114 Victoria Bokelmann und Michael Bokelmann, *Zur Lage der für andere übernommenen Mutterschaft in Deutschland, Rechtsvergleich mit Reformvorschlägen* (Peter Lang 2003), 217, 221; Steven H Snyder, 'United States of America' in Katarina Trimmings and Paul Beaumont (eds), *International Surrogacy Agreements, Legal Regulation at the International Level* (Hart Publishing 2013), 387, 388; yine bkz. Lisa Engelhardt, 'Die Leihmutterschaft im US-amerikanischen Recht am Beispiel von Kalifornien und New Hampshire' in Beate Ditzgen und Marc-Philippe Weller (Hrsg), *Regulierung der Leihmutterschaft* (Mohr Siebeck 2018), 133.

115 Esasen ABD.Yeknesak Ebeveyn Kanunu (Uniform Parentage Act) ve Yapay Döllenme Yöntemleri Kullanılarak Doğan Çocukların Hukuki Statüsüne İlişkin Yeknesak Kanun (Uniform Status of Children of Assisted Conception Act)'da taşyıcı annelik bazı yönleriyle parça parça düzenlenmiştir. Bu kanunlar hukukun yeknesaklaştırılmasına hizmet etmeye yönelik model kanunlar olup, uygulanmaları federe eyaletlerin takdirine bırakılmıştır. Ne var ki, özellikle aile hukuku alanında bu model kanunların uygulanması yönünde çok başarı sağlandığı söylenemez (Bokelmann und Bokelmann (n 114) 218, 226, 227).

bir halı gibi birbirinden oldukça farklıdır¹¹⁶. Bazı eyaletler taşıyıcı anneliğe açıkça izin verirken, bazı eyaletler uygulamayı yasaklamakta ve hatta cezai yaptırıma bağlamakta; eyaletlerin çoğunda ise konuya ilişkin halihazırda yasal düzenleme bulunmamakta, içtihat hukuku (caselaw) çerçevesinde hareket edilmektedir. Hal böyle olunca, taşıyıcı annelik bizzat ABD'nin kendi eyaletleri arasında dahi bir turizme dönüşmüştür¹¹⁷. Taşıyıcı annelik yoluyla çocuk sahibi olmak isteyen çiftler için özellikle Kaliforniya popüler bir eyalete dönüşmüştür¹¹⁸. Bu eyalette ticari nitelikte taşıyıcı annelik de – taraflar arasında taşıyıcı annelik sözleşmesi akdedilmesi koşuluyla¹¹⁹- kabul edilmektedir. Bununla birlikte, özellikle Hindistan ve Ukrayna ile karşılaştırıldığında Kaliforniya'da taşıyıcı anneliğin oldukça maliyetli bir süreç olduğu gözlenmektedir¹²⁰.

Kaliforniya Aile Kanunu (California Family Code) uyarınca, gönüllü anne-baba ve çocuk arasında genetik bağ olması gerekli değildir (Sec.7960 (f) i.V.m. Sec. 7962 (a) (2)). Kaliforniya'da taşıyıcı annelik sözleşmeleri geçerli kabul edilmektedir. Gönüllü anne-baba çocuk üzerindeki velayet hakkını, daha önce geçerli bir taşıyıcı annelik sözleşmesi akdetmiş olmak koşuluyla, açıklayıcı bir tespit davası yoluyla hukuken aleniyete kavuşturabilir (Sec. 7962 (f) (2))¹²¹.

2. Rusya

Rusya'da taşıyıcı annelik süreci ilk olarak 1995'de St.Petersburg'da yürütülen bir taşıyıcı annelik proje programı ile başlamıştır. Zaman içerisinde Rusya kuruma

116 Örnek vermek gerekirse; Kaliforniya, Illinois gibi eyaletlerde ticari nitelikte taşıyıcı annelik dahi kabul görürken, Michigan'da uygulamanın sert şekilde cezai yaptırıma bağlandığı (10.000 dolar para cezası ve/veya 1 yıl özgürlüğü bağlayıcı ceza) görülmektedir. Eyaletlerdeki bu farklı bakış açıları haliyle içtihat hukukunda da farklılıkları beraberinde getirmektedir. ABD'de taşıyıcı anneliğe ilişkin yankı uyandıran 'Baby M.', 'In re Marriage of Buzzanca', ve başka davalar hakkında ayrıntılı olarak bkz. Turgut (n 6) 116 vd.

117 ABD eyaletleri arasındaki bu turizmi önleyebilmek adına bazı eyaletler yasalarında gönüllü anne-babanın ve/veya taşıyıcı annenin uygulamayı mümkün kılan eyalette belirli bir süre ikamet etmiş olması gereği gibi koşullar getirmeye çalışmıştır. Ancak bir eyalet hukukuna göre hükmedilmiş mahkeme kararlarının diğer eyaletlerde tanınması gerektiğinden, bu işlevsel bir çözüm gibi görünmemektedir; bkz. Sturm (n 33) 919, 928.

118 Orejudo Prieto De Los Mozos, 'Recognition in Spain of Parentage Created by Surrogate Motherhood' (n 87) 622. Ayrıca Nevada, Arkansas, Minnesota, Florida, Wisconsin, Illinois, New Hampshire, Virginia eyaletlerinin de taşıyıcı anneliği bazı çekincelerle birlikte yasal kıldığı görülmektedir, bkz. Ugan Çalışkan (n 9) 497.

119 Taşıyıcı anneliğin geçerli olduğu eyaletlerde tarafların haklarının ve borçlarının neler olduğunu gösteren standart sözleşme metinlerine yer verildiği görülmektedir. Metin içeriklerinde genel itibarıyla, ileride uygulamadan doğan sıkıntıları ve belirsizlikleri azaltmak adına, taşıyıcı anne sözleşmenin başında çocuğu taşımaya razı olduğuna dair ayrıca beyanda bulunur. Taşıyıcı anne buna ek olarak çocuğu doğuma kadar dikkatli bir şekilde rahminde taşıma; sigara, alkol vb.bebeğe zarar verici maddelerden uzak durma gibi belirli sorumlulukları üstlenir. Yine taşıyıcı anne doğum sonrasında bebeği annesine teslim edeceğine dair birtakım taahhütlerde bulunurken, bunun karşılığında çocuğu sahiplenecek aile de taşıyıcı anneye bir miktar para ödemeyi taahhüt eder, bkz. Turgut (n 6) 116.

120 Taşıyıcı annelik sürecine ilişkin toplam maliyet 60.000 ile 150.000 dolar arasında değişmektedir. Taşıyıcı anne bu süreçte ortalama 26-28.000 dolar civarında ücret almaktadır. Bkz. Burkhard Strassmann, 'Leihmutterchaft-Bauch zu vermieten', *Die Zeit* (Berlin, 22 November 2012) <<https://www.zeit.de/2012/48/Leihmutterchaft-Gesetzgebung-Standesbeamt>> accessed 8 August 2018. Bu yüksek maliyetler karşısında, son dönemde sadece diğer ülkelerdeki değil, ABD'de ikamet eden çiftlerin de Hindistan, Rusya, Ukrayna gibi sürece ilişkin maliyetin çok daha düşük olduğu ülkelere yöneldiği görülmektedir.

121 Dutta (n 33) 355, 363. Doktrinde Kaliforniya'da taşıyıcı annelik uygulamasında, konuya ilişkin doğrudan yasal düzenlemelerin mevcut olmadığı; daha ziyade uygulamada gelişen farklı sözleşme yapısı ve içtihat hukukunun hakim olduğu ifade edilmiştir, Engelhardt (n 114) 133, 146.

ilişkin getirdiği liberal bakış açısı ve uygun süreç maliyeti ile taşyıcı annelik yoluyla çocuk sahibi olmak isteyen gönüllü anne-babalar için popüler bir ülke haline gelmiştir¹²². Esasen üreme tıbbi ve yapay üreme tekniklerine ilişkin ve bu kapsamda taşyıcı anneliğe ilişkin spesifik düzenlemeler içeren ilk Kanun 2011'in kasım ayında yürürlüğe girmiştir. Buna göre, taşyıcı anne ve çocuk arasında genetik bağ olmaması gerektiği; yine yapay dölleme gönüllü anne-babanın gametleri veya üçüncü kişiden yumurta bağışı kullanılmak suretiyle sürecin gerçekleştirilebileceği düzenlenmiştir¹²³.

Taşyıcı anneliğe ilişkin Rusya Aile Kanunu (md.51/4, md.52/3) ve Kişisel (Medeni) Durum Kanunu'nda (md.16/5) da düzenlemelere yer verilmiştir¹²⁴. Esasen Rusya'da da ana kural çocuğu dünyaya getiren kadının hukuken anne olarak kabul edilmesidir. Ancak taşyıcı annelik uygulamasıyla bağlantılı hallerde, Aile Kanunu'nda sadece evli olan gönüllü anne-babanın hukuken anne-baba sıfatıyla nüfus siciline kaydedileceği belirtilmiştir. Sürece ilişkin gerek gönüllü anne-babanın gerekse taşyıcı annenin yazılı rızasının alınacağı öngörülmüştür. Bunun dışında, taşyıcı annelik sürecinin öncesinde veya sonrasında evlat edinme sürecinin işletilmesine veya konuya ilişkin mahkeme yahut kurum kararının alınmasına hukuken gerek olmadığı belirtilmiştir¹²⁵. Başka ülkelerin vatandaşı olan gönüllü anne-babaların da -Rus vatandaşı olan diğer çiftler gibi- bu süreçle doğan çocukları için kendilerini hukuken anne-baba olarak gösteren Rusya doğum kayıtlarını edineceği belirtilmiştir¹²⁶. Bu noktada önemli olan taraflar arasında geçerli ve uygulanabilir bir sözleşmenin akdedilmiş olmasıdır: Gönüllü anne-baba taşyıcı anneye karşı üstlendiği edimleri yerine getirmekle yükümlü iken; taşyıcı annenin çocuğu doğumdan sonra gönüllü anne-babaya teslim etme yönündeki taahhüdü bağlayıcı değildir. Taşyıcı anne daha sonra fikrini değiştirirse, çocuğu aldirabilir veya doğumdan sonra teslim etmeyebilir¹²⁷.

Ticari nitelikte taşyıcı annelik uygulaması da Rusya'da kabul görmektedir¹²⁸. Buna göre, taşyıcı annenin gebelikte kontrol ve tedavi sürecine, yine çalışmadığı sürece ilişkin masraflar vb. karşılanır; taşyıcı anne bunun yanında yapılan anlaşma çerçevesinde doğumdan sonra ek bir ücrete hak kazanabilir¹²⁹.

122 Svitnev, 'Legal Control of Surrogacy-International Perspectives' (n 14) 155 vd.

123 Olga Khazova, 'Russia' in Katarina Trimmings and Paul Beaumont (eds), *International Surrogacy Agreements, Legal Regulation at the International Level* (Hart Publishing 2013) 311, 313; Konstantin Svitnev, 'New Russian Legislation on Assisted Reproduction', (Open Access Scientific Reports) 2012, 2, <<https://www.omicsonline.org/scientific-reports/2155-9627-SR207.pdf>> accessed 8 August 2018.

124 Svitnev, 'Legal Control of Surrogacy-International Perspectives' (n 14) 155.

125 Dutta (n 33) 362.

126 Svitnev, 'Legal Control of Surrogacy-International Perspectives' (n 14) 158.

127 Khazova (n 123) 317; Svitnev, 'Legal Control of Surrogacy-International Perspectives' (n 14) 157; Svitnev, 'New Russian Legislation on Assisted Reproduction' (n 123) 2.

128 Dethloff (n 94) 59.

129 Genelde bu ödemelerin 15-30.000 dolar aralığında gerçekleştiği görülmekle birlikte, uygulamada bazı hallerde 100.000 dolara kadar çıktığı da görülmüştür. Bkz. Svitnev, 'New Russian Legislation on Assisted Reproduction' 3; Khazova (n 123) 318.

3. Ukrayna

Ukrayna da gerek taşıyıcı annelik kurumuna liberal bakışı gerekse süreç maliyeti yönünden taşıyıcı anne arayışında olan gönüllü anne-babaların uğrak noktalarından bir diğeri; yine gönüllü anne-babanın yasal düzenlemeler aracılığıyla aynı zamanda hukuken anne-baba da olduğu az sayıda ülkeden biridir¹³⁰ (Ukrayna Aile Kanunu md.123/2). Ancak anılan düzenlemeye göre, ancak ayrı cinsten evli çiftler bu üreme yöntemleri kullanılarak çocuk sahibi olmaları halinde, hukuken anne-baba olarak kabul edilmekte; aynı cinsten çiftler veya tek başına kişiler taşıyıcı anne yoluyla çocuk sahibi olup, hukuken anne-baba/veli olarak kabul edilmemektedir¹³¹.

Geçtiğimiz yıllarda özellikle sınıraşan taşıyıcı annelik uygulamaları açısından bir yasak getirilmesi düşünülmüş; parlamentoda sadece Ukrayna vatandaşlarının taşıyıcı anne yoluyla çocuk sahibi olmasına ilişkin yasal düzenlemeler getirme çabasına girilmiş ise de, bu yasa tasarısı cumhurbaşkanı tarafından geri gönderilmiştir¹³². Dolayısıyla ülke taşıyıcı annelik turizmi açısından halihazırda popüler olup, yakın gelecekte de konuya ilişkin talep görmeye devam edecek gibi görünmektedir. Ticari nitelikte taşıyıcı anneliğe ilişkin ülke hukukunda yasaklayıcı bir düzenleme olmadığından, bu uygulamaya da cevaz verildiği görülmektedir¹³³.

4. İsrail

İsrail, 1996 yılında yürürlüğe giren Taşıyıcı Annelik Sözleşmelerine İlişkin Kanun (TASK) ile (Nr.5756/1996) taşıyıcı anneliği yasal olarak kabul eden ve ayrıntılı olarak düzenleyen ilk ülkelerden biridir¹³⁴. Yapay dölllenme ve kapsamındaki özel konuları etik, sosyal, hukuki ve dini boyutlarıyla ele almak için ‘Aloni Komisyonu’ adlı spesifik bir komisyon oluşturulmuştur¹³⁵.

Taşıyıcı anneliğe ilişkin her başvuru/durum iki kadın doğum doktoru, bir iç hastalıkları uzmanı, bir psikolog, bir sosyal hizmetler uzmanı, bir hukukçu ve bir din adamından oluşan bir komisyon tarafından -başta gönüllü anne ve taşıyıcı annenin bu sürece hazır olup olmadığı yönünden- değerlendirilecektir¹³⁶. 7 kişiden oluşan bu komisyon, taşıyıcı annelik sözleşmesinin koşullarını ve tarafların durumunu¹³⁷

130 Dutta (n 33) 362.

131 Gennadiy Druzenko, ‘Ukraine’ in Katarina Trimmings and Paul Beaumont (eds), *International Surrogacy Agreements, Legal Regulation at the International Level* (Hart Publishing 2013) 359. Uygulamada da Adalet Bakanlığı’nın ilgili kararnameyle, gönüllü anne-babaların taşıyıcı annenin rızası ile hukuken anne-baba olarak nüfus siciline kaydı gerçekleştirilmektedir, ibid 358.

132 ibid 364.

133 ibid 359.

134 Rhona Schuz, ‘Surrogacy in Israel: An Analyses of The Law in Practice’ in Rachel Cook, Shelley Day Sclater and Felicity Kaganas (eds), *Surrogate Motherhood: International Perspectives*, Oxford 2003, 35.

135 Bokelmann und Bokelmann (n 114) 164 vd.

136 ibid 166.

137 Sevtap Metin, ‘Yörüngesinden Çıkan Tabiat: Etik, Sosyal, Psikolojik ve Hukuki Görünümleriyle Taşıyıcı Annelik’ [2012] İstanbul Barosu Dergisi: Sağlık Hukuku Makaleleri-II, İstanbul Barosu Yayınları 39.

öngörülen pek çok yasal koşul çerçevesinde değerlendirerek bir karara varacaktır: Bu noktada İsrail'in taşyıcı annelik sözleşmelerinin -geçerlilik koşulları mevcutsa- uygulanmasını yasal açıdan mümkün kılan ve bu denli detaylı düzenleme getiren dünya üzerindeki ilk ülke olduğunu söylemek mümkündür¹³⁸.

İsrail'de taşyıcı annelik süreci açısından sağlanması ve korunması gerekli olan şartlar arasında şunlar sayılmaktadır: Taşyıcı anneliğe fiziksel ve psikolojik açıdan uygunluk; taşyıcı annelik uygulamasında gönüllü anneden veya başka bir bağışçı kadından yumurta alınabilirken, sadece gönüllü babanın spermının kullanılabilmesi; taşyıcı anneyi sözleşmeye ilişkin yeterince bilgilendirerek rızasını almak; taşyıcı annenin vücut bütünlüğünün dokunulmazlığı ve özel hayatın gizliliği hakkının korunması; taşyıcı annenin finansal olarak korunması¹³⁹. Gönüllü anne-baba ise eğer ki çocuk hasta yahut engelli olarak doğarsa, onu yine de kabul etme yükümlülüğü altına girmekte; ayrıca bu süreçte evlilikleri devam etmezse gerekli önlemleri almakla yükümlüdür¹⁴⁰. Taşyıcı anneye kabul ettiği sürece ilişkin makul bir ücret, gebelik sürecinde ihtiyaç duyduğu kontrol ve tedavi giderleri ve yaşadığı sıkıntılara ilişkin masraflar, sigorta bedelleri, yine çalışmadığı süre için yoksun kaldığı kazanç (aylık ödemeler ile) ödenecektir. Ancak bu ödemeler Komisyonun kabulü ve denetimi çerçevesinde gerçekleştirilecek; aksi halde cezai yaptırımlar gündeme gelecektir¹⁴¹.

Gönüllü anne-baba doğumu izleyen 7 gün içerisinde mahkemeye başvurarak (TASK md.11a), mahkeme kararı ile hukuken de anne-baba statüsüne kavuşur¹⁴².

İsrail taşyıcı annelik uygulamasına izin vermiş olmakla birlikte, ilginçtir ki, yine pek çok İsraili çift yurtdışına giderek taşyıcı annelik sürecini işletmeyi tercih etmektedir. Bunun sebebi, İsrail'de taşyıcı anneliğe ilişkin uygulama sürecinin, koşulların değerlendirilmesi ve denetimin oldukça zaman almasıdır. Tel Aviv Aile mahkemesi yakın geçmişte sınıraşan bir taşyıcı annelik vakasına dair karar vermiştir: İsrail Taşyıcı Annelik Sözleşmelerine İlişkin Kanun, sınıraşan taşyıcı annelik olaylarına ilişkin bir düzenleme getirmemiş olduğundan, mahkeme konuyu ele almış; evlat edinmenin gerekli olmadığını, gönüllü anne-babanın DNA testi ile çocukla aralarındaki genetik bağı ispat etmelerinin yeterli olduğunu belirtmiştir¹⁴³.

İsrail hukukuna göre sadece ayrı cinsten evli çiftler taşyıcı annelik yoluyla çocuk sahibi olabilirler. 2012 yılından bu yana bekar kadınların, erkeklerin ve/veya aynı cinsten (homoseksüel) çiftlerin taşyıcı annelik süreci yoluyla çocuk sahibi olması tartışılmaktadır.

138 Bokelmann und Bokelmann (n 114) 174.

139 Koşullara ilişkin ayrıntılı olarak bkz. Turgut (n 6) 124 vd.

140 Schuz (n 134) 46.

141 Sharon Shakargy, 'Israel' in Katarina Trimmings and Paul Beaumont (eds), *International Surrogacy Agreements, Legal Regulation at the International Level* (Hart Publishing 2013) 235.

142 Bokelmann und Bokelmann (n 114) 171; Shakargy (n 141) 240.

143 Ruth Retassie, 'Israel: biological mother recognised as parent in landmark surrogacy decision', *Bionews* (London, 12.03.2012) <https://www.bionews.org.uk/page_93480> accessed 8 August 2018.

5. İngiltere

İngiltere, taşıyıcı anneliğe ilişkin yasal düzenleme getiren ilk Avrupa ülkesidir; üreme tıbbi alanında yapılan çalışmalarda da Avrupa’da öncülükte bulunduğu söylenebilir. Ülkede taşıyıcı annelik ilk olarak 1985 yılında ‘*Baby Cotton davası*’ ile dava konusu olmuş; hukuk, ahlak, etik ve sosyal boyutlarıyla ciddi tartışmalara sebep olmuştur. Bu dava aynı yıl yürürlüğe giren ‘Taşıyıcı Annelik Sözleşmelerine İlişkin Kanun’ (*Surrogacy Arrangements Act*)’ın temelini oluşturmuştur. İngiliz hukuku taşıyıcı anneliği yasal zemine oturtmuş, ancak ticari nitelikte taşıyıcı anneliği ve bu kuruma ilişkin aracılık faaliyetlerini yasaklamıştır¹⁴⁴. Daha sonra 1990 yılında, taşıyıcı anneliği kapsamlı şekilde ele alan ve dünyada yapay dölleme tekniklerine ilişkin iç hukuktaki ilk kapsamlı kanun olarak sayılabilecek İnsan Üremesi ve Embriyoloji Kanunu (*Human Fertilisation and Embryology Act-HFEA*) kabul edilmiştir. 2012’den bu yana yürürlükte olan 2008 tarihli İnsan Üremesi ve Embriyoloji Kanunu-HFEA ile¹⁴⁵ ise zaman içerisindeki toplumsal değişikliklere uygun olarak ciddi değişiklikler getirilmiştir: Örneğin, yaşam ortaklığı çerçevesinde birlikte yaşayan çiftlerin, yine aynı cinsten çiftlerin de taşıyıcı anne yoluyla anne-baba olmaları hukuken mümkün kılınmıştır (Sec.54 (2) (b) HFEA)¹⁴⁶.

İngiliz hukukuna göre gönüllü anne-babanın hukuken de ebeveyn kabul edilebilmesi için farklı mekanizmalar kullanılabilir: evlat edinme ya da İngiliz hukukuna özgü, farklı bir yapısı olan ‘velayet hükmü’ (*parental order*). Velayet hükmü, evlat edinmeye nazaran çok daha hızlı ve maliyeti makul bir opsiyon olarak uygulamada öne çıkmakta, aynı zamanda evlat edinmeyle aynı hukuki sonuçları doğurmaktadır: Mahkeme kararının bu yönde tesisiyle birlikte, çocuğun taşıyıcı anne ile artık hukuki bir bağı kalmamakta, sadece gönüllü anne-baba hukuken veli olarak kabul edilmektedir¹⁴⁷.

İngiltere’de konuya ilişkin uygulamaya bakıldığında ise; sistemin kabul edildiği şekliyle işletilemediği, ilgili yasal düzenlemelerin ne sınıraşan taşıyıcı anneliği ne de ticari nitelikte taşıyıcı anneliği engellemekte tam anlamıyla işlevsel olduğu

144 Turgut (n 6) 127. Bu kapsamda, çocuk için makul masraflar dışında herhangi bir bedelin ödenmemiş olduğu mahkeme tarafından tespit edilmektedir, bkz. Sert (n 9) 2024.

145 2008 tarihli İnsan Üremesi ve Embriyoloji Kanunu’nun 33.maddesinde yapay dölleme sonucu çocuğu doğuran kadının anne sayılacağı hükmü yer almaktadır. Yumurta sahibi olan kadının ancak evlat edinerek çocuğun annesi olabileceği belirtilmektedir. Bu kuralın istisnası olarak Kanun taşıyıcı anne ile gönüllü aile (anne-baba) arasındaki ilişkinin belirli koşulları taşınması halinde, doğan bebeğin gönüllü ailenin nüfusuna yazılmasına izin vermektedir (md.54): 1. Doğacak çocuk için gönüllü anne-babanın en az birisine ait üreme hücrelerinin kullanılmış olması gerekmektedir. 2. Gönüllü anne-baba karar için doğumdan itibaren altı ay içerisinde mahkemeye başvurmalıdır. Mahkeme kararı anında çocuğun gönüllü anne-baba yanında yaşıyor olması gerekmektedir. 3. Gönüllü anne-babadan en az birinin yerleşim yerinin Birleşik Krallık’ta olması zorunludur. 4. Gönüllü anne-baba 18 yaşını doldurmuş olmalıdır. 5. Çocuğu doğuran kadın ile çocuğun genetik babasının (veya Kanuna göre babası sayılan kişinin) söz konusu karara rızası olmalıdır. 6. Çocuğa ait masraflar dışında herhangi bir ücretin ödenmemiş olması gerekmektedir. Bkz. Turgut (n 6) 130-131.

146 Bkz. Metin (n 132) 38; Sert (n 9) 2024.

147 Lederer (n 7) 83.

görülmektedir¹⁴⁸. Yine de pek çok gönüllü anne-baba yasal düzenlemelerin getirdiği riski göze almayarak; ticari nitelikte taşyıcı anneliğe izin verilen, bu nitelikteki sözleşmelerin uygulanabilir olduğu ve daha çok taşyıcı anne bulunabilen ABD ve doğu Avrupa'daki diğer ülkelerde şanslarını denemektedir¹⁴⁹.

6. Hindistan

Hindistan taşyıcı annelik uygulamaları açısından en popüler ülkelerden biri¹⁵⁰ ise de, son yıllarda bu konunun hareketli bir seyir izlemekte olduğu söylenebilir. Ülkede konuya ilişkin bir yasal düzenleme bulunmamasına karşın, Hindistan Yüksek Mahkemesi'nin *Baby Manji* davasında (29.09.2008) ticari taşyıcı anneliğin kabulüne ilişkin kararı¹⁵¹ sonrasında taşyıcı annelik uygulamaları yaygınlaşmış; yapay dölleme tekniklerini uygulayan klinikler mantar gibi yerden bitmeye başlamıştır. Ancak geçen zaman içerisinde bu aşırı serbestinin (yasal koruma, güvence, denetim vb. olmayışı) getirdiği sorunlar başta *Bebek Manji* ve *Balaz İkizleri* davaları olmak üzere¹⁵², pek çok dramatik olayla su yüzüne çıkmıştır. Bunun üzerine, Hindistan vize mevzuatında bir düzenleme yaparak taşyıcı anneden çocuk sahibi olmak amacıyla Hindistan'a gelecek yabancılara tıbbi vize (medical visa) alma zorunluluğu getirmiştir. Ancak bu vizenin verilmesi için Hindistan'da bulunan konsolosluktan, taşyıcı anneden doğan çocuğun konsolosluğun ait olduğu Devlete götürülmesine engel bir durumun olmadığına dair bir taahhütname istenilmektedir. Eğer böyle bir taahhütname ibraz edilmezse, vize başvurusunun reddi gündeme gelmektedir. Son dönemde hazırlanan kanun tasarıları, konuya ilişkin rapor ve haberlerden anlaşıldığı üzere¹⁵³; ortaya çıkan hukuki sorunlardan ötürü, ülkede gelecekte uygulamanın evli Hint vatandaşı çiftlere yönelik iç hukukta devam ettirilmesi, özellikle sınıraşan taşyıcı anneliğe ilişkin ciddi sınırlandırmalar getirilmesi yönünde¹⁵⁴ bir eğilim mevcuttur.

148 *Scherpe*, ticari nitelikte taşyıcı annelik uygulamasının sessizce ilerlemekte olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Jens Scherpe, 'Künstliche Fortpflanzung im Recht von England und Wales', in Anatol Dutta, Dieter Schwab, Dieter Henrich, Peter Gottwald und Martin Löhnig (Hrsg), *Künstliche Fortpflanzung und europäisches Familienrecht* (Gieseking 2015) 319.

149 ibid 323.

150 ABD ile kıyaslandığında, Hindistan'da uygulamaya ilişkin maliyetlerin ciddi oranda düşük olduğu görülmektedir. Her yıl ülkede ortalama 1500 bebek taşyıcı anneler vasıtasıyla dünyaya gözlerini açmaktadır. Bkz. Burkhard Strassmann, 'Leihmutterchaft-Bauch zu vermieten', *Die Zeit* (Berlin, 22 November 2012) <<https://www.zeit.de/2012/48/Leihmutterchaft-Gesetzgebung-Standesbeamte>> accessed 8 August 2018. Hindistan'da taşyıcı annelik, bu uygulamaya izin veren diğer ülkelere nazaran, çok daha ucuz ve esnek kurallara sahip olduğu için pek çok gönüllü aile buradaki bir taşyıcı anne vasıtasıyla çocuk sahibi olmayı tercih etmektedir. Fakat ülkedeki taşyıcı annelerin rehabilitasyon hizmeti alamaması, yine onlara güvence sağlayacak sigortalarının olmaması son zamanlarda oldukça eleştirilen bir konu olmaktadır, Turgut (n 6) 133.

151 *Baby Manji Yamada vs. Union of India & ANR*. (2008) INSC 1656, 9.

152 Anılan davalar hakkında bkz. Lederer (n 7) 106 vd; *Baby Manji* davası hakkında bkz. Ekşi (n 8) 7; Mortazavi (n 22) 2274.

153 Konuya ilişkin bkz. Law Commission of India-Report Nr.228 '*Need for Legislation to Regulate Assisted Reproductive Technology Clinics as well as Rights and Obligations of Parties to a Surrogacy*'; *Draft/s Assisted Reproductive Technologies (Regulation) Bill&Rules 2008/2010*. Nida Najar, 'India Wants to Ban Birth Surrogacy for Foreigners', *The New York Times* (New York, 28 October 2015, <<https://www.nytimes.com/2015/10/29/world/asia/india-wants-to-ban-birth-surrogacy-for-foreigners.html>> accessed 8 August 2018.

154 Bununla birlikte, sınıraşan taşyıcı anneliğe ilişkin çok katı sınırlamalar getirilmesi veya tamamen yasaklanması durumunda, bu sektörün yeraltına kayarak uygulamanın gizlice işletilmesi riskine ilişkin endişelere de basında sıkça yer verilmektedir.

Son olarak belirtmek gerekir ki, 2008 ve 2010 yıllarında Sağlık ve Aile Bakanlığı tarafından Üremeye Yardımcı Teknolojileri ve İlkeleri Düzenleme kanun tasarıları çıkarılmıştır. Tasarılarda taşıyıcı anneye ve taşıyıcı anneye sözleşme yapacak kişilere yönelik bazı özellik ve sınırlandırmalara yer verilmiş olup; 2014 yılında çıkarılan son tasarıyla bu sınırlamalar daha da belirgin hale getirilmiştir. Örneğin; önceki tasarılar evli, evli olmayan çiftlerin yanında kişiler tek başına da taşıyıcı anne vasıtasıyla çocuk sahibi olabileceken, 1.11.2013’de getirilen değişiklikler ile bu kişilerin kapsamı daraltılmış, sadece (en az iki yıldan beri) evli çiftlerin bu şekilde çocuk sahibi olabileceği hükmüne yer verilmiştir. Getirilen ve üzerinde çalışılan bu sınırlandırmaların asıl amacı kuşkusuz taşıyıcı anneliğin gitgide ticari bir sektöre dönüşerek yaygınlaştığı Hindistan’da, taşıyıcı anne adayları ve özellikle de dünyaya getirecekleri çocukları korumak, tıbbi müdahaleleri ve hukuki aşamaları denetim altında tutmaktır.

IV. Türk Hukukunda Taşıyıcı Annelik

A. Mevcut Düzenleme

Son yıllarda yaşanan gelişmeler ışığında, *Mater semper certa est* prensibinin tek başına taşıyıcı anneliğe başvurulmasını engelleyici vasfı olmadığını; bir başkasının rahminde taşınan bebek ile evlat edinen anne arasındaki soybağının kurulmasının evlat edinme çerçevesinde pekala mümkün olacağı görülmektedir. Hal böyle iken, Türk hukukunda var olduğu belirtilen yasağın^{155, 156} kaynağı nedir ya da bu yasağın dayanağı ne derece uygun ve yerindedir?

Türkiye’de yapay dölleme ile çocuk sahibi olma konusunda uzun zaman kanun bazında bir düzenlemeye yer verilmemiş; bu dönemde konunun kısmen yönetmelik çerçevesinde hukuki sınırları çizilmeye çalışılmıştı¹⁵⁷: 30.09.2014 tarihinde RG’de yayımlanmış ve halihazırda yürürlükte olan ‘Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik’ (ÜYTE)’de

155 Şükran Şıpka, ‘Taşıyıcı Annelik ve Getirdiği Hukuki Sorunlar’, <http://www.turkhukuksitesi.com/makale_537.htm> erişim tarihi 8 Temmuz 2018; Cem Baygın, *Soybağı Hukuku* (On İki Levha 2010) 15, 16; Erol (n 7) 82; Hayrünnisa Özdemir, ‘Yapay Dölleme ve Soybağı’, *Prof.Dr.Mustafa Dural’a Armağan*, İstanbul 2013 901; Şensöz Malkoç (n 2) 30 vd; Turgut (n 6) 110.

156 Türk vatandaşlarının bu yöntemin yasaklanmadığı bir ülkede üremeye yardımcı tedavi tekniklerinden biri olan uluslararası taşıyıcı annelik yöntemine başvurmak suretiyle çocuk sahibi olmak istemesi durumunda ortaya çıkabilecek taşıyıcı annelik sözleşmesinin geçerliliği, ifası ve sona ermesinin ilişkin sorunlarda kanunlar ihtilafı kurallarının Türk mahkemelerinde nasıl uygulanacağı hususunda ayrıntılı olarak bkz. Şensöz Malkoç (n 2) 23 vd.

157 Konuya ilişkin 1987’de ‘İnvitro Fertilizasyon ve Embriyo Transferi Merkezleri Yönetmeliği’ yürürlüğe girmiştir. Yönetmelik daha sonra 1996 tarihinde değişikliğe uğramış, bu değişiklikte birlikte ismi ‘Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği’ olmuştur. Yönetmelikte 1998 ve 2005 yıllarında tekrar değişiklik yapıldıktan sonra, 2010’da ‘Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik’ yürürlüğe girmiş, 1987 tarihli Yönetmelik yürürlükten kaldırılmıştır. Nihayetinde, Sağlık Bakanlığı tarafından çıkarılan ve aynı ismi taşıyan ‘Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik’ (ÜYTE) 30.09.2014’de Resmi Gazete’de yayımlanmış, 2010 tarihli yönetmelik yürürlükten kaldırılmıştır. ÜYTE Yönetmeliğinin yanısıra yapay dölleme hususunda başvurulacak bir diğer yasal düzenleme ise, Türkiye açısından 2003’de uygun bulunarak onaylanan, 01.11.2004’de ülkemizde yürürlüğe giren ‘Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyo-tıp Sözleşmesi’dir.

yardımcı üreme yöntemlerinden ancak evli çiftlerin yararlanabileceği açıkça ifade edilmiştir. Yönetmelikte kimlerin yardımcı üreme yöntemlerinden ne kapsamda yararlanabileceği düzenleme konusu yapılmıştır. Taşyıcı anneliğe ilişkin açık bir yasaklayıcı ifadeye yer verilmiş değil ise de, anılan yasak yürürlükteki Yönetmeliğin 17 no.lu EK'inden (sıra no.4) anlaşılmaktadır: *‘ÜYTE uygulanacak eşlere sadece kendilerine ait üreme hücreleri uygulanır. Herhangi bir şekilde donör kullanılması, donör kullanılarak embriyo elde edilmesi, adaylardan alınan yumurta ve spermiler ile elde edilen embriyoların başka adaylarda, aday olmayanlardan alınanların da adaylarda kullanılması ve uygulanması yasaktır. Bu yasaklara aykırı olarak elde edilen gebeliklerin herhangi bir aşamada tespit edilmesi durumunda, merkezin ruhsatı/faaliyet izni ve bu işlemi yapan kişilerin sertifikaları iptal edilir. Ayrıca bu kişilerin bir daha merkezlerde çalışmasına izin verilmez ve adli yönden işlem yapılmak üzere Cumhuriyet Savcılığına bildirilir’.*

Bu düzenlemeye 2010 tarihli (aynı adlı) mülga yönetmeliğin bizzat bünyesinde yer verilmişken; ÜYTE’de yalnızca yönetmelik eklerinden 17 no.lu EK-Müeyyide Formunda yer verilmiştir. Hatta burada yalnızca donör kullanılmasının yasak olduğu ve bu yönde bir uygulama yapan sağlık mensuplarının ve kurumlarının artık üremeye yardımcı tedavi alanında faaliyet gösteremeyeceği değil, ayrıca adayların bu kişi ve kurumlarca, yurtiçi veya yurtdışında bulunan ve (yönetmeliğe aykırı olarak) bu konuda işlemler yapan sağlık kurumlarına yönlendirilmeleri halinde de, yönlendirenlere müeyyide uygulanacağı açıkça düzenlenmiştir (EK-Müeyyide Formu sıra no.5). Kanımızca bu düzenleme, hekimlerden hipokrat yeminine aykırı davranmalarını istemekle eşdeğerdir. Zira hekimin hastasının tedavisine ilişkin tıp biliminin mümkün kıldığı etik olan tüm uygulamalara yer vermesi; kendisi bu teknolojiye sahip değil ise ya da herhangi bir nedenle bunları uygulayamıyorsa hastasını sorununu çözebilecek gerekli kurumlara yönlendirmesi hekim-hasta ilişkisinin doğal bir sonucudur. Hekimlerin hastalarını mümkün olan tüm tıbbi seçenekler ile ilgili bilgilendirme yükümlülüğü vardır¹⁵⁸. Ancak, kanaatimiz *de lege feranda* olarak bu yönde olmakla birlikte, aşağıda değineceğimiz, yakın tarihte taşyıcı anneliğin yasak olduğunun açıkça yasa kapsamına alınması ve ilgili yasal düzenlemeler çerçevesinde de, hekimlere ve bu alanda faaliyet gösteren tedavi uygulama merkezlerine bu konuda bir sınırlama -hatta daha doğru bir ifadeyle- yasak getirilmeye çalışıldığı görülmektedir¹⁵⁹.

158 Fulya İlçin Gönenç ‘Yardımcı Üreme Tekniklerinde Hukuki Sorunlar’, *Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu*, Lefkoşa (2014) 80.

159 05.12. 2018 tarih ve 30616 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 7151 sayılı ‘Sağlıkla İlgili Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’ ile 2238 sayılı ‘Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun’ hükümlerinde değişiklik yapılmıştır. 2238 sayılı Kanuna eklenen yeni düzenleme uyarınca, ‘başkasına ait üreme hücresi ve/veya embriyonun kullanılması suretiyle donasyon işlemi yapılması ve bu amaçla üreme hücresi ve/veya embriyo bağışlanması, satılması, bulundurulması, kullanılması, saklanması, taşınması, ithalatı, ihracatı ve bu işlemlere aracılık edilmesi yasaktır’ (Ek Madde 1). Bu düzenlemeden hareket edilse dahi, açıkça bir aracılık faaliyeti olmadığı müddetçe, hekimlerin hastalarını mümkün olan tıbbi imkanlar ve seçenekler hakkında bilgilendirme ve aydınlatma yükümlülüğünün bu kapsamda ele alınarak sınırlandırılmayacağı kanaatindeyiz.

2018 yılı sonuna kadar taşıyıcı annelikle ilgili tek pozitif hukuk düzenlemesi yukarıda anılan yönetmelik ekindeki hükümdü. Doktrinde haklı olarak, özellikle de taşıyıcı annelik kurumunu yasaklayan yabancı ülke mevzuatları ele alındığında, bu yasağın en azından idarenin değil, yasa koyucunun iradesiyle ortaya konduğu ifade edilmekte, bu noktada eleştiriler getirilmekteydi¹⁶⁰. Nihayetinde, 05.12.2018 tarih ve 30616 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 7151 sayılı ‘Sağlıkla İlgili Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’ ile 2238 sayılı ‘Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun’ hükümlerinde değişiklik yapılmıştır. Buna göre, taşıyıcı anneliğin yasak olduğu açıkça yasa kapsamına alınmıştır.

2238 sayılı ‘Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun’ a dahil edilen ek maddelerden ‘Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları’ kenar başlıklı ‘Ek Madde 1’de, ÜYTE’de de yer bulduğu üzere, doğal yollarla çocuk sahibi olunmadığı veya tıbbi gereklilik bulunduğu hallerde, kadın ve/veya erkeğin üreme hücrelerinin tıbbi yöntemlerle döllenmeye elverişli hale getirilmek ve vücut içinde veya dışında döllenmesini sağlamak suretiyle üreme hücreleri veya embriyonun anne adayına uygulanabileceği, ancak bu yöntemin sadece evli olan çiftler arasında gerçekleştirileceği belirtilmiştir. Yine bu tedavi uygulamalarının Bakanlıkça belirlenen tıbbi esaslar çerçevesinde yalnızca Bakanlıkça yetkilendirilmiş hekimler tarafından ve Bakanlıkça ruhsatlandırılan üremeye yardımcı tedavi uygulama merkezlerinde gerçekleştirilebileceği hüküm altına alınmıştır. Ek Madde 1’in ikinci fıkrasında taşıyıcı anneliğin yasak olduğu açıkça düzenlenmiştir. Buna göre, ‘Eşlerden biri veya her ikisinden alınan üreme hücreleri ve bu hücrelerden elde edilen embriyonun, başka kişilere uygulanması yoluyla çocuk sahibi olmak ve taşıyıcı annelik yapmak yasaktır’. Anılan maddenin üçüncü fıkrasına göre, ‘Başkasına ait üreme hücresi ve/veya embriyonun kullanılması suretiyle donasyon işlemi yapılması ve bu amaçla üreme hücresi ve/veya embriyo bağışlanması, satılması, bulundurulması, kullanılması, saklanması, taşınması, ithalatı, ihracatı ve bu işlemlere aracılık edilmesi yasaktır’. Hüküm kapsamında görüldüğü üzere, yasakoyucu taşıyıcı annelik yapmayı ve taşıyıcı anne yoluyla çocuk sahibi olmayı hukuken yasaklamakla yetinmemiştir. Ayrıca başkasına ait üreme hücresi ve/veya embriyonun kullanılması suretiyle donasyon işlemi yapılması ve bu amaç çerçevesinde üreme hücresi ve/veya embriyo bağışlanması, satılması, bulundurulması, kullanılması, saklanması, taşınması, ithalatı, ihracatı ve bu işlemlere aracılık edilmesini de yasak faaliyetler olarak hüküm altına almıştır. Sayılan işlemlere ilişkin yasak getirilmesinin yanında, bu işlemlere aracılık edilmesinin de yasaklandığı görülmekle birlikte, hekimlerin hastalarını tıbben mümkün imkanlar ve seçenekler konusunda bilgilendirme ve aydınlatma

¹⁶⁰ Doktrinde taşıyıcı anneliğin yasak olduğu yabancı ülke mevzuatlarına bakıldığında bu yasağın idarenin değil, yasa koyucunun iradesiyle ortaya konduğunun görüldüğü vurgulanmıştır, Urgan Çalışkan (n 9) 504; konu hakkında ayrıntılı olarak bkz. yuk. III-B, 1, 2, 3, 4, 5 (Taşıyıcı anneliği yasaklayan ülkeler); yine bkz. Turgut (n 6) 144.

yükümlülüğünün bu kapsamda ‘aracılık faaliyeti’¹⁶¹ olarak değerlendirilemeyeceğini, bu yönde bir değerlendirmenin yerinde olmayacağını düşünüyoruz. Nihayetinde, anılan ve kanaatimizce yerinde olmayan bu düzenlemeyle Türkiye de, tüm dünyada aksi yönde giderek artan bir eğilime rağmen, taşıyıcı anneliği açıkça yasaklayan ülkeler arasında yerini almıştır.

B. Taşyıcı Annelik Sözleşmesi

1. Sözleşmenin Geçerliliği ve Hukuki Niteliği

Taşyıcı annelik uygulamasında çocuk sahibi olmak isteyen ancak biyolojik açıdan bu imkana sahip olmayan çiftler ile çocuğu rahminde taşıyıp doğuracak taşıyıcı anne arasında, daha sonra çocuğun çifte verilmesini konu alan bir sözleşme¹⁶² yapılmaktadır¹⁶³. Bu sözleşmenin geçerliliği, bünyesinde yer alan taahhütler, bu taahhütlerin yerine getirilmemesi halinde tarafların hak iddialarının durumu gibi soruların farklı hukuk düzenlerinde -bazen de hukuk, etik ve ahlak üçgeninde şekillendirilmeye çalışılan- farklı yanıtları ortaya çıkabilmektedir.

Türk hukukunda taşıyıcı annelik sözleşmeleri genel olarak ahlaka aykırı kabul edilmektedir¹⁶⁴. Ancak bizim de paylaştığımız bir görüş¹⁶⁵, ahlaka aykırılık konusunda sabit fikirli olmamak gerektiği; taşıyıcı anneliğin karşılıksız, yani sadece bir çiftin çocuk sahibi olabilmesini mümkün kılmak amacıyla gerçekleştirilmesinde ahlaka aykırılık unsurunun ortadan kalkacağı yönündedir. Ahlaka aykırı olan sadece taşıyıcı anneliğin menfaat karşılığı yapılması, yani doğurganlığın ticari bir metaya dönüştürülmesidir¹⁶⁶. Yine, nasıl ki evlat edinmede doğan çocuğun başka bir aileye verilmesi olumsuz bir durum yaratmıyorsa, doğacak çocuğu koruma düşüncesiyle

161 Nitekim taşıyıcı anneliğin yasak olduğunun açıkça yasa kapsamına alınmasının ardından, uygulamada bu yönde bir eğilim olduğu görülmekte, Türk Tabipler Birliği’nin bu konuda doktorları uyardığı dile getirilmektedir, bkz. <<https://www.turkishnews.com/tr/content/2018/12/11/turkiyede-tasiyici-annelik-yasaklandi>> erişim tarihi 11 Aralık 2018.

Ancak muhtemel ki taşıyıcı anneliği özendirmek amacıyla getirilen bu yasağın, başka tıbbi çare olmadığından bu kuruma yönelen gönüllü ebeveynleri yıldırılmayacağı; aksine onları hekimlerin sağlıklı bilgilendirme olanağından yoksun kılarak, internet ve sosyal medya ortamında çözüm aramalarına yol açarak belki de mağdur edebileceği kanaatindeyiz.

162 Milletlerarası özel hukuk boyutuyla uluslararası taşıyıcı annelik sözleşmesine uygulanacak hukukun incelenmesi için bkz. Şensöz Malkoç (n 2), 25 vd.

163 Bu noktada gelecekte taşıyıcı anneliği belirli koşullar altında izin verilmesi gündeme gelirse, bunun sadece gestasyonel yani taşıyıcı annenin rahminin kendisine genetik açıdan yabancı bir bebek için kuvöz görevi gördüğü taşıyıcı annelik açısından geçerli olduğu düşüncesinde olduğumuzu belirtmek isteriz.

164 Hüseyin Hatemi, *Hukuka ve Ahlakla Aykırılık Kavramı ve Sonuçları, (Gözden Geçirilmiş Doçentlik Tezi)* (İstanbul Üniversitesi Yayınları 1976) 157, 158; Özdemir (n 155) 901; Kırkbeşoğlu (n 7) 71, 72. Yazarlar bu noktada, taşıyıcı annenin doğuracağı çocuktan vazgeçmesinin (davranış) ahlaka aykırılık teşkil etmezken, çocuktan vazgeçecek olmasının hukukten bağlayıcı bir sözleşme konusu (taahhüt) haline getirilmesinin ahlaka aykırı olduğunu belirtmektedir, bkz. Hatemi 160; Kırkbeşoğlu (n 7) 72.

165 Haluk Nomer, ‘Sunî Dölleme Dolayısıyla Ortaya Çıkabilecek Nesep Problemleri’, *Prof.Dr.Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan*, İstanbul 2000, 569, 570. Yine taşıyıcı anneliğin ahlaka aykırı olduğu gerekçesiyle yasaklanamayacağı düşüncesinde bkz. Urgan Çalışkan (n 9) 506. (Yazar, ahlakın son derece subjektif bir kavram olup, özellikle bizimki gibi heterojen toplumlarda kolayca bir grubun diğeri gruba kendi yaşam tarzını direktmesi şeklinde kullanılabilecek sosyal bir silaha dönüşebildiğini ifade etmektedir). Konuya ilişkin aynı yönde ayrıca bkz. Erişgin Söğütü ve Koçhisarlıoğlu (n 6) 295.

166 Nomer (n 165) 570 (naklen).

taşıyıcı anneliğin karşısında yer almak da isabetli bir durum oluşturmayacaktır¹⁶⁷. Biz de, ticari nitelikte olmaması, toplumsal yarara yönelik olarak kapsamlı yasal düzenlemeler ve sıkı denetim çerçevesinde gerçekleştirilmesi ve diğer tüm alternatifler tükendiğinde başvurulabilmesi koşuluyla taşıyıcı annelik sözleşmelerinin ahlaka aykırı olmayacağı düşüncesindeyiz.

Türk hukukunda taşıyıcı annelik sözleşmesinin geçersiz olması TBK md.27’de belirtilen *ahlaka aykırılık* sebebine dayandırıldığı gibi, *imkansızlık* sebebine de dayandırılmıştır. Bu görüş uyarınca¹⁶⁸, ülkemizde yapay dölleme konusunu düzenleyen ‘Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkındaki Yönetmelik’ (ÜYTE)’nin taşıyıcı anneliğe izin vermemesi ve yakın tarihte 2238 sayılı ‘Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun’ hükümlerine dahil edilen Ek Madde 1 uyarınca taşıyıcı annelik yasağının açıkça yasa kapsamına alınması ‘taşıyıcı annelik sözleşmelerini konu bakımından imkansız kılmaktadır.

Taşıyıcı annelik uygulamasında -istatistiksel olarak düşük de olsa- bazı taşıyıcı annelerin doğum sonrasında bebeği gönüllü anne-babaya teslim etmekten kaçındıkları/ kaçınacakları muhakkaktır. Bu sorun yalnızca gestasyonel taşıyıcı anneliğin kabul edilmesi, yine örneğin daha önce doğum yapmış ve annelik duygusunu yaşamış kişilerin taşıyıcı anne olmasına izin verilmesi gibi önlemlerle kısmen giderilebilir kanaatindeyiz. Taşıyıcı annenin tüm önlemlere rağmen bebeği benimseyip vermek istememesi¹⁶⁹ riski ise kadın doğası gereği hiçbir zaman tam olarak bertaraf edilemeyecektir. Bu çerçevede doktrinde taşıyıcı annelik sözleşmelerinin de her sözleşme gibi birtakım riskleri bünyesinde barındırdığını, bu riskleri bertaraf etmenin ise sözleşme serbestisi çerçevesinde hem taşıyıcı anneyi seçen gönüllü anne-babaya hem de gönüllü anne-babayı seçen taşıyıcı anneye düştüğünü dile getiren görüşü¹⁷⁰ paylaşıyoruz. Peki, taşıyıcı anne çocuğu gönüllü anne-babaya vermekten kaçınırsa¹⁷¹, almış olduğu parasal karşılığın durumu ne olacaktır? Doktrinde bir

167 Nomer (n 165) 570.

168 Kırkbeşoğlu (n 7) 73.

169 Nitekim taşıyıcı annenin doğurduğu çocuğu teslim etme borcunun eksik borç niteliğinde olduğunu; taşıyıcı annenin ifasını yerine getirmediği durumda ona dava açılmayacağını ve ifa edildiğinde de edimin geri istenemeyeceğini savunan yazarlar vardır. Bkz. Burcu Kalkan Oğuztürk, *Türk Medeni Hukukunda Biyoetik Sorunlar* (Vedat Kitapçılık 2011) 398.

170 Ungan Çalışkan (n 9) 506.

171 Bu noktada gönüllü baba aynı zamanda sperm donörü yani genetik baba ise -taşıyıcı anne bebeği teslim etmekten kaçınsa dahi- TMK md.282/II gereğince baba ile bebek arasında tanıma yoluyla soybağı ilişkisinin kurulması engellenemeyeceğini hatırlatmak gerekir.

görüğe göre¹⁷²; hukuka ve ahlaka aykırı bir sonucun gerçekleşmesi amacıyla verilen şeyin geri istenemeyeceği kuralı (TBK md.81), bu gibi sözleşmelerin niteliği gereği, bu iade yasağının uygulanmasını haklı kılmaz. Bir başka ifadeyle, taşyıcı annelik sözleşmelerinde taşyıcı annenin almış olduğu parasal karşılığı iade etmesi bu hükme bir istisna oluşturmakta olup, taşyıcı anne almış olduğu parasal karşılığı geri vermekle yükümlü olmalıdır.

Taşyıcı anneliğe izin verilen ülkelerde taşyıcı annelik sözleşmesi kural olarak şekle tabi kılınmamakla birlikte, uygulamada yazılı olarak akdedildikleri görülmektedir¹⁷³. Taşyıcı annelik sözleşmesinin geçerli olması halinde, doktrinde bu sözleşmenin bünyesinde satım, istisna ve vekalet sözleşmeleri hükümlerinin yansımalarını barındıran *sui generis* nitelikte bir sözleşme olduğuna dair değerlendirmelere yer verilmiştir¹⁷⁴. Ancak kanaatimizce, üreme hücreleri satım konusu edilemeyeceği, daha da ötesi böyle bir sözleşmede bedel esaslı unsur olarak kabul edilemeyeceği için satım sözleşmesi üzerinde düşünmek; yine burada eser sözleşmesinin esaslı unsurlarından olan ‘eser meydana getirme’ de söz konusu olmadığından eser sözleşmesi üzerinde düşünmek yerinde görünmemektedir¹⁷⁵. Taşyıcı annelik sözleşmesi çerçevesinde, taşyıcı annenin gönüllü anne için bir çocuk dünyaya getireceği düşünülerek bazı durumlarda sadece vekalet sözleşmesi hükümlerine yaklaştığı söylenebilir. Yine taşyıcı annenin gönüllü ebeveynler için çocuğu dünyaya getirmesine aracılık eden, yardımcı olan, bir diğer ifadeyle taşyıcı annelik sözleşmesinin hayata geçmesini sağlayan tıp merkezleri/hekimler ile taraflar arasındaki sözleşmenin bir tedavi sözleşmesi olduğu düşünülürse, bunun da vekalet sözleşmesi hükümleri kapsamına girdiği söylenebilir¹⁷⁶. Gerek taşyıcı anne-gönüllü ebeveynler gerekse anılan taraflar-hekim arasındaki sözleşmelerin bir nevi işgörme sözleşmesi olmaları nedeniyle vekalet sözleşmesi hükümlerinin uygulanması akla yatkın görünse de, her ikisinin de *sui generis* sözleşmeler olduğunu kabul etmek daha yerinde olacaktır¹⁷⁷. Zira vekaletle ilişkin hükümler niteliklerine uygun düştüğü ölçüde bu sözleşmelere de

172 Doktrinde *Serozan* bu hususu şöyle ifade etmiştir: ‘Taşyıcı ana eğer doğurduğu çocuğu ismarlayan ana babaya evlatlık olarak verme yolundan devretmekten kaçınırsa, peşin almış olduğu parasal karşılığı iade etmek zorunda kalır. Bu gibi anlaşmaların bağlayıcılıktan eksik bırakılmasıyla izlenen amaç BK 65 kuralının iade yasağının uygulanmasını haklı kılmaz’, bkz. Rona Serozan, *Çocuk Hukuku* (Vedat Kitapçılık Genişletilmiş İkinci Basıdan Tıpkı Bası 2017), 167. Yine bkz. Kalkan Oğuztürk (n 169) 397; Kırkbeşoğlu (n 7) 74; Turgut (n 6) 111. Farklı yönde görüş için bkz. Şensöz Malkoç (n 2), 44 (Yazara göre, geri verme yükümlülüğü taşyıcı anneyi çocuğu teslim etmeye ifaya zorlayabilir; bu nedenle taşyıcı anne tarafından eBK md.65 (TBK md.81)’in uygulanmasına ilişkin talebin TMK md.2/2 uyarınca hakkın kötüye kullanılması teşkil edip etmediğini hakim takdir etmelidir).

173 Erol (n 7), 118; Şensöz Malkoç (n 2) 26.

174 Bkz. Erol (n 7) 118; Şensöz Malkoç (n 2) 25.

175 Erol (n 7) 118-119; Turgut (n 6) 112.

176 Erol (n 7) 119; Turgut (n 6) 112.

177 Turgut (n 6) 113; doktrinde *Erol* da taşyıcı annelik sözleşmesinin hukuki niteliğine en uygun çözümün, bu sözleşmeyi vekalet sözleşmesini de barındıran aile hukukuna özgü isimsiz bir sözleşme olarak kabul etmek olduğunu ifade etmiştir. Taşyıcı annelik uygulamasında hekim ile gerçekleştirilecek olan sözleşmenin hukuki niteliği de sadece vekalet sözleşmesi olarak değerlendirilemeyecek kadar karmaşık bir yapıdadır; nitekim yazar bu yöndeki görüşe katılmadığını ifade etmiştir. Bu noktada akla gelen ve değerlendirilmesi gereken husus, taşyıcı annelik sözleşmesinin akdedilmesi sonrasında gerçekleşecek tıbbi müdahalede taşyıcı annenin mi yoksa gönüllü annenin mi hasta kabul edileceğidir, Erol (n 7) 119-120.

uygulanacaktır; ancak vekalet hükümleriyle uyuşmayan kısımların varlığı ve niceliği konunun içerik açısından önemi itibarıyla göz ardı edilemez¹⁷⁸. Taşiyıcı anneliğe yasal olarak izin verilen ülkelerde bu sözleşmelerin sui generis niteliği dikkate alınarak, yapılacak düzenlemelerin bu çerçevede oluşturulması yerinde olacaktır.

2. Soybağına İlişkin Temel Sorunlar

Öncelikle ifade etmek gerekir ki, taşiyıcı annelik sözleşmeleri kanunen belirlenmiş soybağı durumunda değişiklik yaratamaz. Soybağı hukukuna ilişkin düzenlemeler emredici nitelikte olduğundan, tarafların aralarında yapmış oldukları anlaşmalar soybağını değiştirme etkisine sahip değildirler. Taraflar soybağını ancak evlat edinme yoluyla değiştirebilirler¹⁷⁹.

Türk hukukunda annenin doğuran kadın olduğu (mater semper certa est) prensibi kabul edilmiştir. TMK md.282/I'de anne ile çocuk arasındaki soybağının doğumla kurulacağı hüküm altına alınmıştır. TMK md.282/III'de soybağının ayrıca evlat edinme ile kurulabileceği belirtilmiştir; TMK md.282/II'de ise yalnızca baba ile kurulacak soybağına mahsus olmak üzere tanıma, hakim hükmü veya anne ile evlilik yollarına başvurulabileceği düzenlenmiştir. Bu düzenleme ışığında, taşiyıcı annelik uygulamalarında gönüllü babanın aynı zamanda biyolojik baba olması halinde, baba ile çocuk arasındaki soybağı tanıma veya mahkeme kararı ile kurulabilecektir. Gönüllü anne ancak anılan hükmün üçüncü fıkrası uyarınca çocuk ile soybağı ilişkisini tesis edebilecektir. Ancak çoğu hukuk sisteminde olduğu gibi, Türk hukukunda da evlat edinme prosedürü epey zahmetlidir. Kaldı ki, tek sorun sistemin bu yönü değildir. Taşiyıcı anne bebeği doğumdan sonra gönüllü anne-babaya teslim etmekten kaçınacak olursa, gönüllü annenin evlat edinme yoluyla bebek ile soybağı kurabilmesi daha da zorlaşacaktır. Bu durumda bebeğin taşiyıcı annenin elinden alınabilmesi için kötü muameleye, şiddete maruz kalması gibi haklı sebeplerin ortaya çıkmasını beklemek gönüllü anneye sunulacak tek çare mi olacaktır? Gönüllü annenin aynı zamanda genetik anne olması durumunda daha da trajik bir durum ortaya çıkmaktadır: Soybağına ilişkin bu temel karmaşayı gidermek adına, -aynı babaya sunulduğu gibi, ancak farklı özellikleri göz önünde tutularak- yasakoyucunun anneye de annelik davası imkanını sunmayı gözden geçirmesinin yerinde olacağı kanaatindeyiz¹⁸⁰.

178 Turgut (n 6) 113.

179 Nomer (n 165) 570; Kalkan Oğuztürk (n 169) 399.

180 Bkz. Nomer (n 165) 567-568; Kalkan Oğuztürk (n 169) 399; Urgan Çalışkan (n 9) 501. Halihazırda yürürlükteki mevzuat çerçevesinde düşünüldüğünde, genetik ve gönüllü annenin hukukumuzda annelik davasına en yakın sonuçları verebilecek dava olan nüfus kaydının düzeltilmesi davasını 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 36.maddesi uyarınca açabileceği düşünülebilir, Urgan Çalışkan (n 9) 501. Doktrinde bir görüş, mevcut hukuk çerçevesinde doğuran kadın anne olduğundan çocuk veya genetik annenin, doğuran anneye karşı red davası açamayacağını; ancak böyle bir dava açmadan da çocuğun, sadece nesep ilişkisi kuracak şekilde genetik annesinin tespitini talep edebileceğini ve mirasını alabileceğini ifade etmiştir. Bu çözüm taşiyıcı annelik ile amaçlanan faydanın elde edilmesini engeller nitelikte ise de, özel bir düzenleme olmaksızın doğuran kadının anne olmasını engellemenin zor görüldüğü belirtilmiştir. Ancak *de lege feranda* olarak genetik anneye doğuran kadının anneliğinin reddi için imkan tanınmasının düşünülməsi gerekir (Saibe Oktay Özdemir ve Gülen Sinem Tek, Türk Hukukunda Tıp Bilimindeki Gelişmelerin Soybağına Etkileri', *Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan*, İstanbul (2013) 919).

Gün gelir de taşıyıcı annelik uygulaması yasal bir zemine kavuşturulur ise, bu yöntemin gönüllü annenin veya üçüncü bir kadının yumurtasının kullanılması suretiyle gerçekleştirilebilir olması; bir başka ifadeyle, taşıyıcı annenin çocuğa genetik açıdan yabancı olması gerektiği¹⁸¹ düşüncesindeyiz. Bu durumda çocuğun genetik ve biyolojik annesi farklı kişiler olacaktır. Doktrinde konu soybağı yönünden tartışmalı olup, konuya ilişkin savunulan görüşler çocuğun karında taşıyıp doğrulması olgusu ile genetik bağ arasındaki tercihe göre şekillenmektedir. Türk hukuk doktrininde bizim de paylaştığımız, genetik bağa üstünlük tanıyan görüşün temsilcisi *Nomer*¹⁸² ilk planda çocuğun annesi onu doğuran kadın olsa da, bunun aksi ispat edilebilir bir karine olduğunu; taşıyıcı anne ile doğumla kurulan bağın gerçek (yumurtası kullanılan) annenin tespit edilmesi durumunda iptal edilebilmesi gerektiğini belirtmektedir. Anneliğin iptalini ve çocuğun gerçek (yumurtası kullanılan) annesine bağlanmasını gerek biyolojik anne (taşıyıcı anne) gerekse genetik anne isteyebilmelidir. Yine aynı görüşü savunan *Baysal*¹⁸³ da taşıyıcı anne ile çocuk arasındaki biyolojik bağın sıvı aşamasında kaldığını; genetik bağın ise anneye ait yumurtalar ve babaya ait spermelerdeki kromozomlarla şekillendiğini ifade etmiştir. Buna göre, dokuz ay karnında taşıma olgusunun ortaya çıkaracağı duygusal bağ yok sayılamaz ise de, doğacak çocuğun genetik açıdan anne ve babasının kim olduğu tıbbi açıdan tartışmasızdır. Tıbben kesinliği olan bu olguyu hukukun da dikkate alması gerekmektedir. Deyim yerinde ise, göbek bağının belirleyici olduğu görüşünde olan *Serozan*'a göre¹⁸⁴ ise çocuk genetik annesiyle değil, kendisini karnında taşıyan biyolojik annesi ile bütünleşir. Simbiyoz olarak adlandırılan ortak yaşarlık biyolojik anneyedir, yoksa genetik anneye değil. Kaldı ki genetik annenin belirlenmesinin de ağır bir hafiyeye işçiliği gerektirebileceği düşünülürse; herkesçe seçilebilir (aleni) gebelik ve doğum olgularıyla belirlenen biyolojik annelik, çocuğun soybağı statüsünün güvenilirliği ve kararlılığı açısından çok daha sağlam bir dayanak oluşturacaktır.

181 'Yumurtanın taşıyıcı anneye ait olması durumunda' biz de, hem yumurta sahibi hem de doğuran kadın olması sıfatlarıyla taşıyıcı annenin çocuğun annesi sayılması gerektiği yönündeki görüşü paylaşıyoruz. Bkz. Kalkan Oğuztürk (n 169) 394. Nitekim doktrinde *Nomer* taşıyıcı annelik uygulamasında kullanılan yumurta bizzat taşıyıcı annenin kendisine veya üçüncü bir kişiye aitse, o takdirde çocuğun gönüllü ebeveynlerden kadın olanına bağlanmasının mevcut hukuka göre mümkün olmadığını, onun açısından tek çarenin evlat edinme yolu olduğunu ifade etmiştir, bkz. *Nomer* (n 165) 574. *Kırkbeşoğlu* ise taşıyıcı annede kullanılan yumurta kendisine ya da üçüncü bir kişiye aitse, taşıyıcı annenin biyolojik anne olmasından ötürü hukuken anne olduğunu; taşıyıcı anne bekarsa, gönüllü çift için tek çözümün TMK m.306/III'de belirtilen 'Eşlerden biri, en az iki yıldan beri evli olmaları veya kendisinin otuz yaşını doldurmuş bulunması koşuluyla diğerinin çocuğunu evlat edinebilir' hükmü çerçevesinde çocuğu evlat edinmek olacağını belirtmiştir. Bunun için öncelikle gönüllü baba çocuğu tanyacak, sonrasında gönüllü anne kocanın tanıdığı çocuğu evlat edinecektir. Eğer taşıyıcı anne evli ise, çocuk taşıyıcı annenin ve onun kocasının soybağı altında olacağı için iki olasılık gündeme gelecektir: İlk olasılıkta, taşıyıcı annenin kocası çocuğun soybağını reddeder ve gönüllü baba çocuğu tanır; bu halde, yine gönüllü anne çocuğu evlat edinebilir. İkinci olasılıkta ise, taşıyıcı annenin kocası çocuğun soybağını reddetmez, fakat çocuk soybağını reddedebilir; bu halde de yine gönüllü baba çocuğu tanıyarak kendi soybağına bağlayabilir. Bkz. *Kırkbeşoğlu* (n 7) 76; *Metin* (n 137) 47.

182 *Nomer* (n 165) 571. Aynı yönde *Kalkan Oğuztürk* (n 169) 399; yine bkz. *Erişgin Söğütü ve Koçhisarhoğlu* (n 6) 292.

183 *Başak Baysal*, 'Çocuğun Kökenini Öğrenme Hakkı', *Prof.Dr. Rona Serozan'a Armağan, C.I.*, (On İki Levha 2010) 517.

184 *Serozan* (n 172) 166; aynı yönde bkz. *Mehmet Beşir Acabey, Soybağı (Kurulması, Genel Olarak Sonuçları, Özellikle Evlilik Dışında Doğan Çocukların Mirasçılığı)* (Güncel Hukuk Yayınları 2002) 220 vd; *Cem Baygın 'Kan Bağına Dayanan Soybağı'*, [2002] 6 Atatürk Üniversitesi Erzurum Hukuk Fakültesi Dergisi 258.

Çocuğu doğuran kadın (biyolojik anne) ile yumurtanın sahibi (genetik) annenin ayrı olduğu olasılıklarda çocuğun kökenini tanıma hakkı gündeme gelebilir. Yumurtanın sahibi kadına hukuki soybağı bakımından üstünlük tanıyan görüş kabul edildiği takdirde, çocuğun onu doğuran kadınla (taşıyıcı anne) ilgili bilgi edinmesi çocuğun kökenini öğrenme hakkı çerçevesinde değerlendirilmelidir. Anılan hakkın çocuğun kişiliğini oluşturma ve geliştirmesi nedeniyle tanındığı düşünülürse, kendisini dokuz ay karnında taşımış olan ve dünyaya getiren kişi hakkında bilgi edinmesinin bu noktada önemsiz olduğunu söylemek yerinde olmayacaktır¹⁸⁵.

V. Sonuç ve Öneriler

Taşıyıcı annelik konusunda ülkelerin yaklaşımlarının birbirinden son derece farklı olduğunu, karşılaştırmalı hukuk çerçevesinde konunun ele alınış biçimlerini-AİHM'nin güncel kararları çerçevesinde yaşanan gelişmeleri ve Türk hukukundaki durumu çalışmamızda ayrıntılı şekilde ele almaya çalıştık. Belirtmek gerekir ki, taşıyıcı annelik uygulaması fiili ve hukuki pek çok sorun olasılığını bünyesinde barındırmaktadır ve kanımızca diğer yapay dölleme yöntemlerinden sonra son çare olarak uygulanması gereken bir kurumdur¹⁸⁶. Ancak üreme teknolojileri bu denli gelişmiş ve tıbben böylesi bir imkan mevcut iken, anne-baba adaylarına bu yola başvurmayı yasaklamak -sınıraşan taşıyıcı annelik vakalarındaki artışın da gösterdiği üzere- gerçekçi olmayacaktır. Ancak Türkiye'de yasa koyucu çok yeni -ama pek de gerçekçi olmayan ve ihtiyaçlara cevap veremeyen- bir adım atarak ve konuyu pek çok yabancı hukuk sisteminde de görüldüğü üzere Medeni Kanunda ya da özel bir yasa çerçevesinde düzenlemek yerine; 05.12.2018 tarih ve 30616 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 7151 sayılı 'Sağlıkla İlgili Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun' ile 2238 sayılı 'Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun' hükümlerinde değişiklik yaparak taşıyıcı annelik yasağını açıkça yasa kapsamına almıştır. Buna karşın, *de lege feranda* olarak, kanaatimizce diğer tüm imkanların tüketildiği noktada, taşıyıcı anneliğin çocuk sahibi olmanın alternatif bir aracı olarak kabul edilmesine ilişkin olarak -İsrail örneğinde olduğu gibi- son derece ayrıntılı ve kapsamlı bir yasal düzenlemenin ve denetim mekanizmasının oluşturulması gerekmektedir. Başta çocuğu ve uygulamanın taraflarını koruma işlevini amaç edinen düzenlemelerin getirilmesi ve sıkı bir denetim altında uygulanabilmesi koşuluyla, taşıyıcı anneliğin faydalı bir alternatif çözüm olarak hayat bulması mümkündür. Zira giderek artan farklı taşıyıcı annelik vakalarının gösterdiği üzere, tıp biliminin tanıdığı

185 Çocuğu doğuran kadının (taşıyıcı anne) hukuki soybağı çerçevesinde anne olarak kabulünü benimseyen görüş çerçevesinde de, çocuğun yumurta sahibi (genetik anne) hakkında bilgi edinmesi kökenini öğrenme hakkı kapsamında mümkün görülmelidir. Konu ve görüşlere ilişkin ayrıntılı olarak bkz. Baysal (n 183) 518 vd.

186 Bu noktada, taşıyıcı anneliğe başvurulmadan önce diğer yapay dölleme yöntemlerine ilişkin uygulama imkanı, örneğin IVF (tüp bebek) uygulamalarına ilişkin mevcut sınırlamalarda Devlet desteğinin artırılması suretiyle, taşıyıcı anneliğe başvurmadan önce tıbbın öngördüğü tüm olanakların kullanılması mümkün kılınmış ve nihayetinde bu olanaklar tüketilmiş olmalıdır.

bu imkanı yok saymak ve dahası uygulamasını hukuken yasaklamak uzun vadeli bir çözüm olmayacaktır.

Taşyıcı annelik sözleşmesinin bir özel hukuk sözleşmesi olması nedeniyle kimsenin sözleşmeye taraf olmaya zorlanamayacağı, uygulamanın aile yapısına faydalı niteliği dikkate alındığında -belirli koşullar çerçevesinde ve diğer tüm imkanlar resmi olarak tüketildiğinde son çare olarak başvurulabilmesi koşuluyla- bu yönde uygulamaya izin verilmesinin daha yerinde olacağı ve gönüllü anne-baba ile soybağının kurulmasını kolaylaştıracak hukuki düzenlemelerin yapılması gerektiği kanaatindeyiz. Zira uygulamanın ahlaki ve etik boyutuna ilişkin farklı görüşlerin varlığı, uygulamayı mutlak şekilde ahlaka veya etik ilkelere aykırı kılmaz. Uygulamaya dair bu yönde düşünen kişiler ise zaten taşyıcı annelik yapmaya ve/veya bu yolla bebek sahibi olmaya kalkışmayacaktır. Üreme yöntemlerindeki tıbbi gelişmeler karşısında hukukun sessiz kalması veya yasak getirmesi, bireyin/ailelerin çocuk sahibi olma hususundaki iradelerini hayata geçirmelerine, üreme haklarına aykırılık oluşturmaktadır. Hal böyleyken, konunun kişilerin özel yaşamına ilişkin niteliğinin ağır basması, hukukun toplumdan gelen talepler ve ihtiyaçlar, bilimdeki gelişmeler çerçevesinde şekillenmesi gerektiği hususları dikkate alındığında; yasakoyucunun taşyıcı anneliğin yasak olduğunu hükme bağlamasının altında sadece konunun etik boyutunun değil, uygulamanın getireceği soru(n)lardan kaçınma düşüncesinin de olabileceği değerlendirmesiyle, bu yasağın mutlak çözüm olmadığını¹⁸⁷ ifade etmek isteriz.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almamıştır.

Kaynakça/References

- Acabey M.B, *Soybağı (Kuruluşu, Genel Olarak Sonuçları, Özellikle Evlilik Dışında Doğan Çocukların Mirasçılığı)* (Güncel Hukuk Yayınları 2002).
- Aebi-Müller R und Dörr B, 'Künstliche Fortpflanzung im schweizerischen Recht' in A Dutta, D Schwab, D Henrich, P Gottwald und Martin Löhnig (Hrsg), *Künstliche Fortpflanzung und europäisches Familienrecht* (Gieseking 2015)
- Baygın C, *Soybağı Hukuku*, (On İki Levha 2010).
- Baygın C, 'Kan Bağına Dayanan Soybağı' [2002] 6 Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi 255.
- Baysal B, 'Çocuğun Kökenini Öğrenme Hakkı', *Prof.Dr. Rona Serozan'a Armağan, C.I*, (On İki Levha 2010) 493.

187 'Yasa koyucu yaptığını haklı göstermek, normatif yetkisini ne için kullandığına işaret etmek zorundadır. Taşyıcı annelik, kadına özgü bir soruna tıp biliminin bulduğu, kadınların ise onayladığı bir çözümdür. Eğer bir kadın çocuk sahibi olmak istiyor, diğer bir kadın da çocuğu taşımak suretiyle onu anne yapmakta ona yardımcı olmak, deyiş yerindeyse ona bir hediye vermek istiyorsa, yasa koyucu hangi değerler adına bu isteklerin önüne geçerek, bu iki kadın adına karar verme yetkisini kendisinde görmektedir sorusu sorulmalıdır. Son söz olarak, ister kendisi için, ister başkası için olsun, doğurup doğurmamaya karar verme yetkisi son noktada kadına ait olmalıdır', Erişgin Söğütü ve Koçhisarlıoğlu (n 6) 295.

- Beck-Gernsheim E, 'Kinderwunsch Ohne Grenzen?- Globalisierte Fortpflanzungsmedizin und neue Formen der Elternschaft' in G Maio, T Eichinger und C Bozzaro (Hrsg.), *Kinderwunsch und Reproduktionsmedizin-Ethische Herausforderungen der technisierten Fortpflanzung* (Karl Alber 2013).
- Benöhr-Laqueur S, 'Leihmutterschaft und Kindesverkauf via Internet: Der Fall 'Baby Donna' (2009) Die Hebamme, 84.
- Bernat E, 'Anmerkung zu der Entscheidung des Österreichischen Verfassungsgerichtshofs vom 14.12.2011' (2012) Recht der Medizin 107.
- Bertschi N, *Leihmutterschaft- Theorien, Praxis und rechtliche Perspektiven in der Schweiz, den USA und Indien* (Stämpfli 2014).
- Boele-Woelki K, 'Ersatzmutterschaft und 'kalter Ausschluss' im Vermögensrecht von Ehegatten und nichtehelichen Partnern in den Niederlanden', (2011) Zeitschrift für das gesamte Familienrecht, 1455.
- Boele-Woelki K, Curry-Sumner I, Schrama W and Vonk M, 'Draagmoederschap en illegal opnemng van kinderen', (Çalışmanın ingilizce özet metni) <https://www.wodc.nl/binaries/1945-summary_tcm28-71388.pdf> accessed 8 August 2018.
- Bokelmann V und Bokelmann M, *Zur Lage der für andere übernommenen Mutterschaft in Deutschland, Rechtsvergleich mit Reformvorschlägen* (Peter Lang 2003).
- Dethloff N, 'Leihmutterschaft in rechtsvergleichender Perspektive' in Beate Ditzen und Marc-Philippe Weller (Hrsg), *Regulierung der Leihmutterschaft* (Mohr Siebeck 2018) .
- Diurni A, 'Künstliche Fortpflanzung im italienischen Recht' in Anatol Dutta, Dieter Schwab, Dieter Henrich, Peter Gottwald und Martin Löhnig (Hrsg), *Künstliche Fortpflanzung und europäisches Familienrecht* (Giesecking 2015).
- Druzenko G, 'Ukraine' in Katarina Trimmings and Paul Beaumont (eds), *International Surrogacy Agreements, Legal Regulation at the International Level* (Hart Publishing 2013).
- Duden K, 'Leihmutterschaften', (2013) Abschlussveranstaltung der Jahresfachtagung des Bundesverbandes der Deutschen Landesbeamtinnen und Landesbeamten, IPRax 196.
- Dutta A, 'Künstliche Fortpflanzung in 'Anbieterrechtsordnungen'-Ein Blick über Europa hinaus' in Anatol Dutta, Dieter Schwab, Dieter Henrich, Peter Gottwald und Martin Löhnig (Hrsg), *Künstliche Fortpflanzung und europäisches Familienrecht* (Giesecking 2015).
- Ekşi N, 'Mahkeme Kararlarında Sınırşan Taşıyıcı Anneliğe İlişkin Hukuki Sorunlar', [2016] 36 Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 1.
- Engel M, 'Internationale Leihmutterschaft und Kindeswohl' (2014) Zeitschrift für europäisches Privatrecht, 538.
- Engelhardt L, 'Die Leihmutterschaft im US-amerikanischen Recht am Beispiel von Kalifornien und New Hampshire' in Beate Ditzen/Marc-Philippe Weller (Hrsg), *Regulierung der Leihmutterschaft* (Mohr Siebeck 2018).
- Erişgin Söğütü Ö ve Koçhisarlıoğlu C, 'Taşıyıcı Annelik, Ortaya Çıkaracağı Hukuksal Sorunlar ve Çözüm Önerileri', *4.Uluslararası Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları Konferansı: Toplumsal Cinsiyet Eşitliği ve Hukuk, Konferans Bildiri Kitabı C.2* (Doğu Akdeniz Üniversitesi Yayınları 2013) 285.
- Erol Y, *Yapay Döllenne Yöntemleri ve Taşıyıcı Annelik*, (Yetkin 2012).

- European Parliament Directorate-General for Internal Policies-(Laurence Brunet, Derek King, Janeen Carruthers, Claire Marzo, Konstantina Davaki and Julie McCandles) ‘*A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States*’, <[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOL-JURI_ET\(2013\)474403_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOL-JURI_ET(2013)474403_EN.pdf)> accessed 8 June 2018.
- Ferrand F und Francoz-Terminal L, ‘Neueste Entwicklungen im französischen Familienrecht 2011-2012’, (2012) FamRZ 1437.
- Ferrari S, ‘Künstliche Fortpflanzung im österreichischen Recht’ in Anatol Dutta, Dieter Schwab, Dieter Henrich, Peter Gottwald und Martin Löhnig (Hrsg), *Künstliche Fortpflanzung und europäisches Familienrecht* (Giesecking 2015).
- Ferrer I Riba J, ‘Künstliche Fortpflanzung im spanischen Recht’ in Anatol Dutta, Dieter Schwab, Dieter Henrich, Peter Gottwald und Martin Löhnig (Hrsg), *Künstliche Fortpflanzung und europäisches Familienrecht* (Giesecking 2015).
- Fulli-Lemaire S, ‘International Surrogate Motherhood before the French *Cour de Cassation*-The Door is now Ajar’ (2017) 2 Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 471.
- Gassner U, Kersten J, Krüger M, Lindner JF, Rosenau H und Schroth U, *Fortpflanzungsmedizingesetz Augsburg-Münchener-Entwurf (AME-FMedG)* (Mohr Siebeck 2013).
- Gerecke M und Valentin J M, ‘Kinder auf Bestellung- ‘Geliehene Mütter’ und ihre rechtliche Behandlung im europäischen Vergleich’ in Andreas Hoyer und Hans Hattenhauer (Hrsg), *Gedaechtnisschrift für Jörn Eckert* (Nomos 2008).
- Goedel A, *Leihmutterchaft-eine rechtsvergleichende Studie* (Peter Lang 1994).
- Gönenç F İ, ‘Yardımcı Üreme Tekniklerinde Hukuki Sorunlar’, *Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu* (Türkiye Barolar Birliği Yayınları 2014) 63.
- Hague Conference on Private International Law ‘*A Study of Legal Parentage and The Issues Arising From International Surrogacy Arrangements*’ (Prel.Doc. No 3C for the 2014 Council).
- Hague Conference on Private International Law ‘*A Preliminary Report on the Issues Arising from International Surrogacy Arrangements*’ (Prel.Doc. No:10 for the 2012 Council).
- Helms T, ‘Reproduktionsmedizin und Abstammungsrecht: Hat Deutschland die international Entwicklung verpasst?’, (2015) Forum Familien- und Erbrecht 234.
- Hatemi H, *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları, (Gözden Geçirilmiş Doçentlik Tezi)* (İstanbul Üniversitesi Yayınları 1976).
- Henrich D, ‘Das Kind mit zwei Müttern (und zwei Vätern) im internationalen Privatrecht’ in Sybille Hofer, Diethelm Klippel und Ute Walter (Hrsg), *Perspektiven des Familienrechts, Festschrift für Dieter Schwab zum 70.Geburtstag* (Giesecking 2005).
- Hoksbergen R.A.C und Lange G, ‘Perspektiven für Adoptivkinder in Europa und in den Vereinigten Staaten von Amerika’ (2013) Zeitschrift für Jugendhilfe und Familienrecht 494.
- Ikemoto L.C, ‘Reproductive Tourism: Equality Concerns in the Global Market for Fertility Services’ (2009) 27 Law and Inequality: A Journal of Theory and Practice 277.
- Kalkan Oğuztürk B, *Türk Medeni Hukukunda Biyoetik Sorunlar* (Vedat 2011).
- Khazova O, ‘Russia’ in Katarina Trimmings and Paul Beaumont (eds), *International Surrogacy Agreements, Legal Regulation at the International Level* (Hart Publishing 2013).
- Kırkbeşoğlu N, *Soybağı Alanında Biyoetik ve Hukuk Sorunları* (Vedat 2006).

- Lagarde P, 'Anmerkung zu der Entscheidung der Cour de Cassation vom 17.12.2008', (2009) RCDIP 320.
- Lammers R, *Leihmutterschaft in Deutschland: Rechtfertigen die Menschenwürde und das Kindeswohl ein striktes Verbot?* (PL Academic Research 2017).
- Lederer N, *Grenzenloser Kinderwunsch, Leihmutterschaft im nationalen, europäischen und globalen rechtlichen Spannungsfeld* (Peter Lang 2016).
- Mayer C, 'Ordre public und Anerkennung der rechtlichen Elternschaft in internationalen Leihmutterschaftsfällen', (2014) 78 *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 551.
- Metin S, 'Yörüngesinden Çıkan Tabiat: Etik, Sosyal, Psikolojik ve Hukuki Görünümleriyle Taşıyıcı Annelik' (2012) *İstanbul Barosu Dergisi: Sağlık Hukuku Makaleleri-II*, İstanbul Barosu Yayınları 7.
- Monéger F, 'France: Biological and social parentage' in Katharina Boele-Woelki, Nina Dethloff and Werner Gephart (eds), *Family Law and Culture in Europe-Developments, Challenges and Opportunities* (Intersentia 2014).
- Mortazavi S, 'It Takes a Village To Make a Child: Creating Guidelines for International Surrogacy', (2012) 100 *The Georgetown Law Journal* 2249.
- Müller F, 'Das Geschäft mit den Babys', *Weltwoche* Nr.4.11 < <https://www.weltwoche.ch/ausgaben/2011-4/artikel/das-geschaef-mit-den-babys-die-weltwoche-ausgabe-42011.html> > accessed 8 August 2018.
- Najar N, 'India Wants to Ban Birth Surrogacy for Foreigners', (*The New York Times*, 28.10.2015), <<https://www.nytimes.com/2015/10/29/world/asia/india-wants-to-ban-birth-surrogacy-for-foreigners.html>> accessed 8 August 2018.
- Nomer H, 'Sunî Döllenme Dolayısıyla Ortaya Çıkabilecek Nesep Problemleri', *Prof.Dr.Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan* (Beta 2000) 545.
- Nicholls QC M, 'Legal Problems with International Surrogacy Arrangements', (21.10.2013), <<https://www.rtc.org.au/wp-content/uploads/2016/12/Legal-Problems-With-International-Surrogacy-Arrangements.pdf>> accessed 8 June 2018.
- Nishitani Y, 'Aktuelle Entwicklungen im internationalen Familienrecht Japans', (2017) 22 43 *Zeitschrift für Japanisches Recht* 21.
- Nitschmann K und Petersdorf B, 'Ersatzmutterschaft-Eine Herausforderung für das Strafrecht?' in Heinz Müller-Dietz, Egon Müller, Karl Ludwig Kunz, Henning Radtke, Guido Britz, Carsten Momsen und Heinz Koriath (Hrsg), *Festschrift für Heike Jung zum 65.Geburtstag* (Nomos 2007).
- Oberhuber N, 'Das Geschäft mit der guten Hoffnung', (*DIE ZEIT*, 17.08.2014) <<https://www.zeit.de/wirtschaft/2014-08/leihmutter-kinder-schangerschaft> > accessed 8 June 2018.
- Orejudo Prieto De Los Mozos P, 'Recognition in Spain of Parentage Created by Surrogate Motherhood', (2012) 12 *Yearbook of Private International Law* 619 (Spain).
- Orejudo Prieto De Los Mozos P, 'Spain' in Katarina Trimmings and Paul Beaumont (eds), *International Surrogacy Agreements, Legal Regulation at the International Level* (Hart Publishing 2013).
- Özdemir H, 'Yapay Döllenme ve Soybağı', *Prof.Dr.Mustafa Dural'a Armağan* (Filiz 2013) 875.
- Oktaç Özdemir S ve Tek G S, 'Türk Hukukunda Tıp Bilimindeki Gelişmelerin Soybağına Etkileri', *Prof.Dr.Mustafa Dural'a Armağan* (Filiz 2013) 909.

- Perreau-Saussine L and Sauvage N, 'France' in Katarina Trimmings and Paul Beaumont (eds), *International Surrogacy Agreements, Legal Regulation at the International Level* (Hart Publishing 2013).
- Pintens W, 'Künstliche Fortpflanzung im belgischen und französischen Recht' in Anatol Dutta, Dieter Schwab, Dieter Henrich, Peter Gottwald und Martin Löhnig (Hrsg), *Künstliche Fortpflanzung und europäisches Familienrecht* (Giesecking 2015).
- Preliminary Report on the Issues Arising from International Surrogacy Arrangements, (Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law, Pre.Doc.No.10 of March 2012, <<https://assets.hcch.net/docs/d4ff8ecd-f747-46da-86c3-61074e9b17fe.pdf> > accessed 4 August 2018.
- Reinhardt J, 'Aktuelle Herausforderungen in der Praxis der Adoptionsvermittlung' (2013) *Zeitschrift für Jugendhilfe und Familienrecht* 499.
- Retassie R, 'Israel: biological mother recognised as parent in landmark surrogacy decision' (12.03.2012), <https://www.bionews.org.uk/page_93480 > accessed 8 August 2018.
- Reuß P M, 'Künstliche Fortpflanzung im niederländischen Recht' in Anatol Dutta, Dieter Schwab, Dieter Henrich, Peter Gottwald und Martin Löhnig (Hrsg), *Künstliche Fortpflanzung und europäisches Familienrecht* (Giesecking 2015).
- Rokas KA, 'Greece' in Katarina Trimmings and Paul Beaumont (eds), *International Surrogacy Agreements, Legal Regulation at the International Level* (Hart Publishing 2013).
- Scherpe J, 'Elternschaft im Vereinigten Königreich nach dem Human Fertilisation und Embryology Act 2008' (2010) *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht* 1513.
- Scherpe J, 'Künstliche Fortpflanzung im Recht von England und Wales' in Anatol Dutta, Dieter Schwab, Dieter Henrich, Peter Gottwald und Martin Löhnig (Hrsg), *Künstliche Fortpflanzung und europäisches Familienrecht* (Giesecking 2015).
- Schuz R, 'Surrogacy in Israel: An Analyses of The Law in Practice' in Rachel Cook, Shelley Day Sclater and Felicity Kaganas (eds), *Surrogate Motherhood: International Perspectives* (Hart 2003).
- Serozan R, *Çocuk Hukuku* (Vedat Genişletilmiş İkinci Basıdan Tıpkı Bası 2017).
- Sert S, 'Yapay Döllenme ve Taşyıcı Anneliğe İlişkin Hukuksal Düzenlemeler' (2014) *Legal Hukuk Dergisi Özel Sayı- Akademik Yaşamının 55. Yılı Onuruna Rona Aybay'a Armağan (2.Cilt)* 2013.
- Shakargy S, 'Israel' in Katarina Trimmings and Paul Beaumont (eds), *International Surrogacy Agreements, Legal Regulation at the International Level* (Hart Publishing 2013).
- Sitter SC, *Grenzüberschreitende Leihmutterchaft, Eine Untersuchung des materiellen und internationalen Abstammungsrechts Deutschlands und der USA* (Duncker&Humblot 2017).
- Snyder SH, 'United States of America' in Katarina Trimmings and Paul Beaumont (eds), *International Surrogacy Agreements, Legal Regulation at the International Level* (Hart Publishing 2013).
- Strassmann B, 'Leihmutterchaft-Bauch zu vermieten' (*Die Zeit*, Nr.48/2012), <<https://www.zeit.de/2012/48/Leihmutterchaft-Gesetzgebung-Standesbeamte> > accessed 8 August 2018.
- Sturm F, 'Dürfen Kinder auslaendischer Leihmutter zu ihren genetischen Eltern nach Deutschland verbracht werden?', in Jürgen F.Baur, Otto Sandrock, Boris Scholtka und Amos Shapira (Hrsg), *Festschrift für Gunther Kühne zum 70.Geburtstag* (Recht und Wirtschaft 2009).
- Sucker S, 'To Recognize or not to Recognize? That Is The Question! Motherhood in Cross-Border Surrogacy Cases' (2015) *17 European Journal of Law Reform* 257.

- Svitnev K, 'Legal Control of Surrogacy-International Perspectives' in Joseph G.Schenker (eds), *Ethical Dilemmas in Assisted Reproductive Technologies* (Berlin De Gruyter 2011) (Surrogacy).
- Svitnev K, 'New Russian Legislation on Assisted Reproduction', (Open Access Scientific Reports) 2012, <<https://www.omicsonline.org/scientific-reports/2155-9627-SR207.pdf>> accessed 8 August 2018 (New Legislation).
- Şensöz Malkoç E, 'Uluslararası Taşiyıcı Annelik Sözleşmesinden Doğan İhtilaflarda Uygulanacak Hukuk', (2015) 35 (2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 13.
- Şensöz Malkoç E, 'Milletlerarası Özel Hukukta Boşluk: Taşiyıcı Annelik' (2012-2013) 25 SD Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Dergisi 90.
- Şıpka Ş, 'Taşiyıcı Annelik ve Getirdiği Hukuki Sorunlar', < http://www.turkhukuksitesi.com/makale_537.htm > erişim tarihi 8 Temmuz 2018.
- Thapa JD, 'The 'Babies M': The Relevance of Baby Manji Yamada v. Union of India (UOI) and in the matter of Baby 'M', (2011) 2 Journal of Indian Law and Society 83.
- Thorn P, 'Reproduktives Reisen' (*Expertise im Auftrag von Pro Familia, Deutsche Gesellschaft für Familienplanung, Sexualpädagogik und Sexualberatung e.V. Bundesverband 2008*), < https://www.profamilia.de/fileadmin/publikationen/Fachpublikationen/expertise_reproduktives_reisen.pdf > accessed 8 June 2018.
- Trimmings K and Beaumont P (eds), *International Surrogacy Agreements, Legal Regulation at the International Level* (Hart Publishing 2013).
- Trimmings K and Beaumont P 'International Surrogacy Arrangements: An Urgent Need for Legal Regulation at the International Level' (2011) 7 Journal of Private International Law 627.
- Turgut C, *Yapay Döllenme, Taşiyıcı Annelik ve Soybağına İlişkin Hukuki Sorunlar* (On İki Levha 2016).
- Ungan Çalışkan H, 'Bırakınız Taşısınlar: Taşiyıcı Anneliğe Güncel Bakış', (2016) 22 (1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 489.
- Verschedden G and Verhellen J, 'Belgium', in Katarina Trimmings and Paul Beaumont (eds), *International Surrogacy Agreements, Legal Regulation at the International Level* (Hart Publishing 2013).
- Von Hein J, 'German Federal Court of Justice on Surrogacy and German Public Policy' (4.03.2015, by Jan Von Hein, by Dina Reis) <<http://conflictoflaws.net/2015/german-federal-court-of-justice-on-surrogacy-and-german-public-policy> > accessed 8 June 2018.
- Vonk M and Boele-Woelki K, 'Surrogacy and Same-Sex Couples in the Netherlands' in Katharina Boele-Woelki and Angelika Fuchs (eds) *Legal Recognition of Same Sex Relationships in Europe-National, Cross Border and European Perspectives* (Intersentia 2012) 123.
- Vonk M, 'Maternity for Another: A Double Dutch Approach' (2010) 14 Electronic Journal Of comparative Law 1 < <https://www.ejcl.org/143/art143-22.pdf> > accessed 8 August 2018.



CISG Uyarınca Alıcı ve Satıcının Sorumluluktan Kurtulması ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırılması

Cansu Dönmez¹

Öz

Bu çalışmada, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) uyarınca alıcı ve satıcının sorumluluktan kurtulması rejimi, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu hükümleri ile karşılaştırmalı olarak incelenmiştir. Milletlerarası ticareti geliştirmek ve özel hukuku yeknesaklaştırmak amacıyla yürürlüğe giren bu Antlaşma, yabancılık unsuru taşıyan milletlerarası taşınır mal satışları bakımından iç hukukumuzun bir parçası haline gelmiştir. Her ne kadar Antlaşma ile yeknesak bir satım hukuku oluşturulmaya çalışılmış olsa da metin, Türk Borçlar Kanunundan farklı bir ifa engelleri ve sorumluluk sistematiği benimsemiştir. Buradan hareketle, CISG, Türk-İsviçre Borçlar Hukuku öğretisinden farklı, her türlü borca aykırılık halini içine alan genel bir sözleşmeye aykırılık çatısı oluşturmuştur. Buna ek olarak, CISG, ifa engelleri sisteminde ise, kusura dayanmayan ve kusurdan bağımsız bir sorumluluk rejiminin esas alınmış olduğu görülmektedir. Adeta bir garanti sorumluluğunu andıran bu rejimin katlanılmaz durumların önüne geçilmesi amacıyla belli ölçüde sınırlandırılması gereksinimi, çalışmamızın da esas konusunu oluşturan, Antlaşmanın 79 ve 80. maddelerinde kendini göstermektedir. Madde 79 taraflar açısından temel bir sorumluluktan kurtulma rejimi yaratmaktadır. Alıcı ve satıcı bakımından ortak etkileri olan CISG m. 79, taraflardan birinin yükümlülüklerini ifa etmemesinin denetimi dışında kalan, öngörülmez ve kaçınılmaz bir engelden kaynaklandığının ispat edilmesi halinde tazminat sorumluluğunun ortadan kalkacağını düzenlemektedir. Madde 79'un önem arz ettiği an ise edim hasarının satıcıda olduğu dönemdir. İlgili hüküm çerçevesinde tartışılmalı olan ve çalışmamızda da üzerinde durulacak olan bir diğer husus ise satıcının hangi tür borca aykırılık hallerinde sorumluluktan kurtulabileceğinin hükümde açıkça ifade edilmemiş olmasıdır. Sözleşmenin hiç ifa edilmemesi veya ayıplı ifa arasındaki farklar bu kapsamda incelenecektir. Son olarak belirtmek gerekir ki, madde 79, ancak tarafların kendi aralarında sözleşmesel risk dağılımına ilişkin bir düzeleme yapmalarını halinde uygulanabilecektir. CISG m. 80'de ise borçlunun yükümlülüklerini ifa etmemesinin alacaklının bir davranışından kaynaklanması halinde, alacaklı tarafından borçlunun sözleşmeye aykırı davrandığını ileri süremeyeceği hususu düzenlenmiştir. Madde 79'dan farklı olarak, Madde 80 kapsamında borçlu yalnızca tazminat sorumluluğundan değil, bütün sorumluluklarından kurtulacaktır.

Anahtar Kelimeler

CISG • Milletlerarası mal satım sözleşmeleri hakkında birleşmiş milletler Sözleşmesi • İfa engelleri • Sözleşmeye aykırılık • Kusursuz sorumluluk • Sorumluluktan kurtulma • Denetim dışında kalan engel • Öngörülmezlik • Kaçınılmaz olmaz • İlliyyet bağı • Aşırı ifa güclüğü • Alacaklının ifaya engel olması

The Buyer's and Seller's Exclusion from Liability Under the CISG and Its Comparison with the Turkish Law of Obligations

Abstract

This article comparatively examines the buyer's and seller's exemption from liability under the 6098 numbered Turkish Code of Obligations and The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG). The Agreement has become a part of our legal system regarding the international sales of movable property containing an element of foreignness. It may be observed that the text of the Agreement has adopted a different approach towards the

1 Sorumlu Yazar: Cansu Dönmez (Lisansüstü Öğrencisi), İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, Türkiye.
Eposta: cansu.dnmz@gmail.com ORCID: 0000-0001-9889-9138

Atf: Dönmez C, "CISG Uyarınca Alıcı ve Satıcının Sorumluluktan Kurtulması ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırılması" (2019) 39(1) PPIL 111.
<https://doi.org/10.26650/ppil.2019.39.1.0075>

breach of contract and liability systematic. Therefore, CISG has created a general frame as to what constitutes a breach of contract. Additionally, CISG has adopted a liability system that is detached from the concept of negligence. In other words, it could be said that the Agreement almost presents a regime that is similar to a guaranteed liability. For this regard, the need to limit this liability regime in order to prevent unbearable situations, has led to the adoption of Articles 79 and 80. Article 79, which has similar effects for both seller and buyer, puts forward that both parties are not liable for a failure to perform any of their obligations if they prove that the failure was due to an impediment beyond their control and that they could not reasonably be expected to have taken the impediment into account at the time of the conclusion of the contract or to have avoided or overcome it, or its consequences. Article 79 could only be invoked during the period where the damage is on the seller. Another important yet controversial aspect which is also important in terms of our study is that Article 79 does not explicitly state the type of the breach that would lead to an exemption from the seller's liability. Therefore, the difference between the non-performance and the defective performance will be analyzed within this framework. Lastly, Article 79 could only be applicable in the event where the parties did not agree on a specific contractual risk allocation. Article 80 puts forward that a party may not rely on another party's failure to perform, to the extent that such failure was caused by the first party's act or omission. Unlike Article 79, according to Article 80, the obligor will be exempt from all of his liabilities.

Keywords

CISG • The United Nations convention on contracts for the international sale of goods • Breach of contract • Failure to perform obligations • Liability without negligence • Exemption from liability • Impediment beyond control • Unforseeability • Unavoidable • Causation • Hardship • Failure to perform resonating from the other parties' act

Extended Summary

Every state has different rules and regulations with regard to their commercial law and law of obligations, and such differences create a major obstacle on the development of international trade. In this regard, the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) which came into force on January 1, 1998 was accepted by 42 states, for the prevention of such problems and for the development of international trade. The Agreement has come into force in our country on August 1, 2011 and has become a part of our domestic sales law regarding the international sale of goods.

The liability and the non-performance system established under the Agreement contains major differences compared to the ones established under Turkish law. Contrary to the 6098 numbered Turkish Code of Obligations, stating different non-performance types under respective articles, the Agreement adopted a system that unifies all non-performance types under a single roof and shaped parties' liabilities accordingly. Additionally, contrary to the Turkish regulation, the liability system established under the Agreement was accepted as being based on a warranty liability and the scope of such liability has been limited by the foreseeability principle established under Art 74 with regard to damages and by the exemption from liability regime established under Arts 79 and 80. CISG has developed a general non-performance system that contains all types of breach of obligations and unified them under a single breach of contract regime.

It has been accepted that the liability regime established under the Agreement is based on a warranty liability principle. Therefore, in case of a breach of an obligation arising from the contract terms or the Agreement, it shall be subject to the legal remedies established under the agreement with no further need to establish the negligence of the defaulting party. However, this liability has to be limited to a certain extent in order to prevent unbearable situations.

Article 79 establishes a basic exemption from liability regime for the parties. For this regard, a party shall not be liable for damages regarding the failure of the non-performance of his obligations if he proves that such failure is due to an impediment beyond his control and that he could not reasonably be expected to have taken the impediment into account at the time of the conclusion or to have avoided or overcome it or its consequences. In the event where all the conditions laid under Article 79 have been met, both seller and buyer shall be exempt from liability with regard to damages arising out of non-performance. However, such exemption has only been established with regard to damages and it does not prevent buyer from using his Art 46 rights against buyer. Additionally, Art. 79 shall only be applicable where parties did not make any contractual liability distribution amongst themselves. If the seller fails to perform his obligations with regard to an impediment that has been stated under Art 79, he shall be exempt from liability.

Although Art 79 limits the strict liability regime underlying the CISG, such exemption from liability depends on the realization of strict conditions and therefore, it caused such non-liability to be applicable in very rare circumstances. According to Art 79/2, if the party's failure is due to the failure by a third person whom he has engaged to perform the whole or a part of the contract, that party is exempt from liability only if such non-performance is caused by an independent third party who shall not be under the supervision of the party. However, it also has to be mentioned that, in case where the third party has the ability to overcome the impediment, the party shall not be able to exempt from liability. In addition, while Art 79/3 states that the exemption from liability provided by this article shall only be effective for the period during which the impediment exists, Art 79/4 states that, the party who fails to perform must give notice to the other party of the impediment and its effect on his ability to perform. The failing party shall only be exempt from damages; however, the buyer can still invoke his rights under Art 46 such as specific performance, delivery of substitute goods and a request for substitute goods. Article 79/5, which states that this article shall not prevent either party from exercising any right other than to claim damages under this Convention, has been subject to dispute regarding parties' right to request specific performance. The possibility of performing such request should be determined according to Articles 46 and 62, instead of Art 79.

While Art 79 establishes parties' exemption from liability to pay damages; Art 80 indicates that a party may not rely on a failure of the other party to perform, to the extent that such failure was caused by the first party's act or omission. For this regard, the other party shall not be able to revoke his rights such as specific performance, repairment or reduction. Considered from this aspect, it could be said that, the scope of the exemption from liability regime established under Art 80 is broader than the regime established under Art 79.

CISG Uyarınca Alıcı ve Satıcının Sorumluluktan Kurtulması ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırılması

Giriş

Devletlerin sahip olduğu ticaret ve borçlar hukuku kurallarının birbirinden farklı olmasının yarattığı sorunlar, milletlerarası ticaretin gelişmesinin önünde büyük bir engel teşkil etmektedir. Bu sorunların önüne geçmek ve milletlerarası ticareti geliştirmek amacıyla 11 Nisan 1980 tarihinde 42 ülke tarafından kabul edilen ve 1 Ocak 1988 tarihinde yürürlüğe giren Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (CISG)¹, özel hukukun yeknesaklaştırılması çalışmaları neticesinde ortaya çıkan en başarılı örneklerden biridir. Günümüz itibarıyla 89 ülkenin taraf olduğu Antlaşma, ülkemizde de 1 Ağustos 2011 tarihinden itibaren uygulanmaya başlamıştır. Böylece Antlaşma, yabancılık unsuru taşıyan milletlerarası taşınır mal satışları bakımından satım hukukumuzun bir parçası halinde gelmiştir.

Metnin uluslararası özel hukukun uyumlaştırılması çalışmalarının bir neticesi olmasından hareketle, Antlaşma kapsamında yaratılan ifa engelleri ve sorumluluk sistemi, Türk hukukuna göre farklılıklar içermektedir. Buna göre, Türk hukukundan farklı olarak Antlaşma imkânsızlık, temerrüt, borcun gereği gibi ifa edilmemesi, ayıp gibi sözleşmeye aykırılık hususlarını yeknesak bir ifa engelleri çatısı altında birleştirmiş ve tarafların sorumluluklarının kapsamını da buna göre şekillendirmiştir. Türk hukukunda, sorumluluğun kusura dayalı olduğu ilkesi kabul edilmektedir. Bunun aksine, Antlaşmada yer alan sorumluluk sisteminin bir garanti sorumluluğu ilkesine dayandığı kabul edilmekte ve bu sorumluluğun kapsamı gerek m. 74'teki tazminat sorumluluğu kapsamında yer alan öngörülebilirlik ilkesi ile gerekse de çalışmamızın esas konusu oluşturan ve CISG m. 79 ila 80'de düzenlenen sorumluluktan kurtulma rejimi ile sınırlandırılmaktadır.

Çalışmamız üç bölümden oluşmaktadır. Çalışmamızda öncelikli olarak CISG'in tarihçesi ve uygulama alanı genel hatlarıyla incelenmiş olup; devamında, Antlaşmanın 79. ve 80. maddelerinde ortaya konan sorumluluktan kurtulma rejimi ve bu rejimin Türk ifa engelleri ve sorumluluk sistemi ile olan farklı ve ortak yönleri üzerine mahkeme kararları ve doktrin tartışmaları ışığında detaylı bir inceleme yapılmıştır.

I. CISG M. 79 Uyarınca Tazminat Sorumluluğundan Kurtulma

A. Genel Olarak

Öncelikle belirtmek gerekir ki, CISG'in ifa engelleri sistemi incelendiğinde, Antlaşma uyarınca öngörülen sistematığın Türk-İsviçre Borçlar Hukuku

1 Çalışmamızda "Antlaşma" veya "Viyana Satım Sözleşmesi" olarak da anılacaktır.

sistematüğinden oldukça farklı olduğu görölmektedir. Buna göre, Türk-İsviçre Hukuku'nun ifa engelleri sistematüğinde dikkati çeken ilk husus, imkânsızlık, temerrüt, borcu hiç veya gereği gibi ifa etmeme veya ayıplı ifa kavramlarının 'sözleşmeye aykırılık' veya 'ifa engelleri' gibi bir üst başlık altında toplanmadığı, bunun yerine bu gibi somut bazı borca aykırılık türlerine kanunun çeşitli hükümlerinde yer verilmiş olmasıdır². Türk Borçlar hukukunda, borcun ifa edilmesinin sonuçları TBK m. 112 vd. hükümlerine düzenlenmiştir. TBK m. 112 uyarınca, "borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür". Borcun ifa edilmemesinin sonuçlarını düzenleyen bu temel hükmün yanı sıra, Türk-İsviçre Borçlar Hukuku sistematüğü yeknesak bir borca aykırılık sistemi öngörmemiş, bunun yerine çeşitli borca aykırılık türlerine kanunun 117 vd., 136, 137 ve 219 vd. hükümlerinde yer vermeyi tercih etmiştir. Buna karşın CISG, *common law* sistemine benzer olarak, her türlü borca aykırılık halini içine alan genel bir ifa etmeme sistemi geliştirmiş ve bunların hepsini sözleşmeye aykırılık çatısı altında toplamıştır³.

Şöyle ki, CISG'nin uygulandığı bir milletlerarası mal satımı uyuşmazlığında hâkim öncelikle somut olayda bir sözleşmeye aykırılığın mevcut olup olmadığını tespit edecek ve eğer sözleşmenin ihlal edilmiş olduğu sonucuna varırsa bu ihlalin hukuki sonuçlarını tatbik edecektir⁴. Antlaşma kapsamında satıcının sözleşmeyi ihlal etmesi halinde ise alıcının seçimlik hakları gündeme gelecektir. CISG m. 45 uyarınca bu seçimlik haklar ifayı talep etme (m. 46), sözleşmeden dönme (m. 49) ve semenin tenzilini talep etme (m. 50) olarak düzenlenmiştir. Bu seçimlik hakların yanında Antlaşma alıcının bu haklara ek olarak veya münferiden tazminat talep etme hakkını da (CISG m. 74-77) saklı tutmaktadır.

İfa engelleri sistemindeki farklılıkların yanı sıra, Türk Borçlar Kanunu sistematüğüne bakıldığında kusur sorumluluğunun esas, kusursuz sorumluluk hallerinin ise ancak kanunda açıkça düzenlenen hallerde mümkün olduğu kabul edilmektedir⁵. Fakat her ne kadar Türk hukukundaki sorumluluk rejiminin temeli kusura dayalı olsa da, borçlu temerrüdü (TBK m 117 vd.) ve ayıba karşı tekeffül hükümlerinin (TBK m. 219 vd.), sözleşme sorumluluğu açısından bu prensibin istisnalarından oluşunu da unutmamak

2 Yeşim M. Atamer, "İfa Engelleri Hukukunu Yeniden Sistematize Etmeyi Düşünmek: Borca Aykırılık Türleri Yerine Yaptırımları Esas Alan Bir Sistematiği" in *Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan* (1. Baskı On İki Levha Yayıncılık 2010) 217, 318-319

3 Yavuz Dayıoğlu, *CISG Uygulamasında Sözleşmenin İhlali Halinde Alıcının Hakları ve Özellikle Alıcının Tazminat Talep Etme Hakkı* (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2011) 31; Michael Will, "Commentary on the International Sales Law: The 1980 Vienna Sales Convention", CISG Art. 45 (Cesare Massimo Bianca ve Michael Joachim Bonell eds, Giuffrè 1987) para 2.1.2 <<https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/will-bb45.html>> son erişim tarihi 19.10.2018.

4 Yeşim M. Atamer, *Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları* (1. Baskı, Beta Yayıncılık 2005) 289-290.

5 Haluk N. Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (14. Baskı, Beta Yayıncılık 2015) 155; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (22. Baskı, Yetkin Yayınları 2017) 513; Kemal Oğuzman and Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, vol 2 (12. Baskı, Vedat Kitapçılık 2016) 137; Haluk Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet)* (1. Baskı, Vedat Kitapçılık 2010) 89-90; Atamer, CISG (n 4) 312-313; Yeşim M. Atamer, "Satıcının Sözleşmeye Aykırı Davranışı Ekseninde CISG'nin İfa Engelleri Sistemine Genel Bakış", in Yeşim M. Atamer (ed) 'Milletlerarası Satım Hukuku- Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2008) 253, 221.

gerekir. Örneğin para borcu ve çeşit borçlarının ifasında kusursuz sorumluluğun varlığı kabul edilir⁶. Şöyle ki, edimin ifası borçlunun hiçbir kusuru olmadan imkansızlaşmışsa, edim hasarı kendisinde olduğu sürece ifa borcu sona ermeyecektir⁷. Bunun yanı sıra, ayıplı ifade, ifa yardımcılarının borca aykırı davranışında kusursuz sorumluluğun kabul edilmiş olduğu göz ardı edilmemelidir⁸. Türk hukukunda hakim olan genel uygulamanın aksine, *common law*'un etkisinde kalan CISG'in ifa engelleri sisteminde ise, kusura dayanmayan ve kusurdan bağımsız bir sorumluluk rejiminin esas alınmış olduğu görülmektedir⁹. Dolayısıyla, her ne kadar iki sistem arasındaki sorumluluk rejimleri arasında farklılıkların olduğu yadsınamaz bir gerçek olsa da Türk hukukunda yer alan kusuruz sorumluluk hallerinin sayısına bakıldığında aslında iki sistemin birbirlerine yaklaştıkları noktaların da mevcut olduğu doktrinde ileri sürülen görüşler arasındadır¹⁰.

Bu itibarla Antlaşmada yer alan sorumluluk sisteminin bir garanti sorumluluğu ilkesine dayandığı kabul edilmektedir¹¹. Bir başka deyişle, Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda yer alan sözleşmesel sorumluluğun kusura dayalı olması ilkesinden farklı olarak (TBK m. 112), borcu ifa etmeyen tarafın, ifa etmemede kusurunun olmadığını ispat etmek suretiyle sorumluluktan kurtulması, CISG uyarınca mümkün olmayacaktır. Buradan hareketle, sözleşme hükümleri veya Antlaşma uyarınca düzenlenen bir yükümlülüğün ihlali halinde, bu ihlali gerçekleştiren tarafın kusuru aranmaksızın Antlaşmada öngörülen hukuki yollara başvurulabilecektir¹². Her ne kadar Antlaşma uyarınca tarafların bir garanti sorumluluğu olsa da bu sorumluluğun katlanılmaz durumların önüne geçilmesi amacıyla belli bir ölçüde sınırlandırılması gerekmektedir¹³. Bu sınırlamalardan ilki CISG m. 74'te¹⁴ düzenlenmiş olan tazminat sorumluluğuna ilişkin olup bu sorumluluk öngörülebilirlik ilkesi¹⁵ ile

6 Atamer, CISG'in İfa Engelleri Sitemine Genel Bakış (n 5) 253.

7 ibid 253. Edim hasarı kavramı, "satıcının hangi ana kadar telef olan veya zarar gören mal yerine yeni mal tedarik etmek zorunda olduğu sorusuna cevap arar." Detaylı bilgi için bkz. Atamer, CISG (n 4) 259 vd. Çeşit borçlarında hasarın itikali anı da göz önünde bulundurulmalıdır.

8 ibid 253. Yazar bu makalede, TBK m. 112' de yer alan kusursuzluğu ispat külfetinin borçluya yüklenmesini kusur dogmasını zayıflatan bir diğer unsur olarak değerlendirmektedir.

9 Atamer, CISG (n 4) 453; Ulrich Magnus, "CISG Uyarınca Tazminat, Faiz, Sorumluluktan Kurtulma", in Yeşim Atamer (ed), Milletlerarası Satım Hukuku: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2008) 302; Ahu Ayanoğlu Morali, "Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın Öngördüğü Sorumluluktan Kurtulma Sistemi" (2015) GSÜ Hukuk Fakültesi Dergisi 290, 289; Dayioğlu (n 3) 140; Yeşim M. Atamer, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) Commentary*, CISG Art. 79 (Kröll, Mistelis, Perales Viscasillas eds, Hart Publishing 2011) para 1; Dayioğlu (n 3) 34.

10 Atamer, CISG'in İfa Engelleri Sitemine Genel Bakış (n 5) 253.

11 Atamer, CISG (n 4) 453; Magnus (n 9) 302; Karl H. Neumayer, Catherine Ming, "Convention de Vienne sur les Contrats de Vente Internationale de Marchandises Commentaire" in François Dessemontet (ed), Centre du droit de l'entreprise, droit industriel, droit d'auteur, droit commercial, (Publication Cedidac 1993) 517. Zafer Zeytin, *Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku: CISG*, (2. Baskı, Seçkin Yayınları 2015) 325; Süleyman Yılmaz, *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Sözleşmenin İhlali Halinde Alıcının Hakları* (1. Baskı, Yetkin Yayınları 2013) 226.

12 Magnus (n 9) 302.

13 Atamer, CISG (n 4) 453; Ayanoğlu Morali (n 9) 290; Dayioğlu (n 3) 140; Atamer, CISG Art 79 (n 9) para 2.

14 CISG m. 74: "...Söz konusu tazminat, ihlal eden tarafın sözleşmenin kurulması sırasında sözleşme ihlalinin muhtemel sonucu olarak öngördüğü veya tarihte bildiği veya bilmesi gerektiği veriler ışığında öngörmesi gerektiği zararı aşamaz."

15 Ayrıntılı bilgi için bkz. Aysel Elif Uslu, *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin BM Antlaşmasında ve Avrupa Borçlar Hukuku Prensiplerinde Tazminat Sorumluluğunun Sınırlanmasında Öngörülebilirlik İlkesi* (1. Baskı, Beta Yayıncılık 2011).

sınırlandırılmıştır. Buna ek olarak, çalışmamızın da konusu oluşturan bir diğer sınırlama ise CISG m. 79’da düzenlenmiştir. Madde 79 taraflar açısından temel bir sorumluluktan kurtulma rejimi yaratmaktadır¹⁶. Bir başka deyişle, 74. madde ile getirilen sınırlama sorumluluğun kapsamına ilişkinen, 79. madde ile getirilen sınırlama sorumluluğun kurulması aşamasına ilişkindir¹⁷.

Şöyle ki, madde 79 f. 1 uyarınca, *“Taraflardan biri yükümlülüklerinden birini ifa etmemesinin, denetimi dışında kalan bir engelden kaynaklandığını ve bu engeli, sözleşmenin kurulması anında hesaba katmasının veya engelden ve sonuçlarından kaçınmasının veya bunları aşmasının kendisinden makul olarak beklenemeyeceğini ispatlaması halinde ifa etmemeden dolayı sorumlu tutulmaz.”* Buna göre, taraflardan birinin yükümlülüklerini ifa etmemesi denetimi dışında kalan bir engelden kaynaklandığı ve bu engelin sözleşmenin kurulması esnasında hesaba katılmasının mümkün olmadığı ve engel ile sonuçlarının kaçınılmaz olduğu ve bu hususların borçlu tarafından ispat edilebildiği hallerde tazminat sorumluluğu hiç doğmamaktadır. Hem maddenin Antlaşmadaki düzenleniş yerinden¹⁸ hem de hükmün lafzından anlaşılacağı üzere sözleşmeye aykırılığı gerçekleştiren taraf bakımından bir ayırım yapılmamıştır. Bu itibarla, madde 79’da belirtilen şartların gerçekleşmesi halinde, tazminat sorumluluğundan kurtulan taraf satıcı olabileceği gibi alıcı da olabilecektir.

CISG m. 79 kapsamında sağlanan bu koruma yalnızca tazminat borcuna ilişkin olup, alacaklının borçluya karşı sahip olduğu diğer seçimlik haklarını kullanmasının önüne geçmemektedir¹⁹. Ayrıca belirtmek gerekir ki, taraflar sözleşmelerine koydukları “mücbir sebep”, “beklenmeyen hal” ve “uyarlama” klotları, CISG m. 7 f.2 uyarınca, Antlaşmanın temelinde yatan genel ilkelere veya bu tür ilkelerin mevcut olmaması halinde milletlerarası özel hukuk kuralları uyarınca uygulanması gereken hukuka göre geçerli olmaları halinde, Antlaşmanın 79. maddesinin uygulanmasını bertaraf edebileceklerdir²⁰. Bir başka deyişle, CISG madde 79’daki sorumluluktan

16 Ayanoglu Morali (n 9) 291; Atamer, CISG (n 4) 453.

17 Yılmaz (n 11) 226; Atamer, CISG (n 4) 453. Sorumluluğun kurulması ve sorumluluğun kapsamı kavramlarına ilişkin detaylı bilgi için bkz. Yeşim M. Atamer, *Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması* (1996) 5 vd.

18 CISG m. 79 Antlaşma’nın III. Kısmında “Satıcının ve Alıcının Yükümlülüklerine İlişkin Ortak Hükümler” başlığını taşıyan V. Bölüm altında düzenlenmektedir.

19 CISG m. 79/5: “Bu madde, tarafların bu Antlaşma uyarınca tazminat talebi dışında herhangi bir hakkını kullanmasını engellemez.”; Atamer, CISG Art. 79 (n 9) para 4; Ingeborg Schwenzer, “CISG m. 79” in Schwenzer and Çağlayan Aksoy (eds), *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Vienna Satım Sözleşmesi) Şerhi* (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2015) para 8; Atamer, CISG’ın İfa Engelleri Sistemine Genel Bakış (n 5) 256.

20 CISG m. 7 f. 2: “Bu Antlaşmada düzenlenen konulara ilişkin olup Antlaşmada açıkça cevaplanmamış sorular Antlaşmanın temelinde yatan genel ilkelere veya bu tür ilkelerin mevcut olmaması halinde milletlerarası özel hukuk kuralları uyarınca uygulanması gereken hukuka göre çözümlenir.”; Dayioğlu (n 3) 140; Ayanoglu Morali (n 9) 290; Atamer, CISG (n 4) 455. Ayrıca bkz. UNCITRAL, *Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (2012) 393 para 23, <<https://www.uncitral.org/pdf/english/clout/CISG-digest-2012-e.pdf>> son erişim tarihi 19.10.2018; Djakhongir Saidov, “Cases on CISG Decided in the Russian Federation”, (2003) 7 *Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration*, 55-56 <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/saidov1.html>> son erişim tarihi 19.10.2018. Yazar ilgili makalede, tarafların sözleşmelerinde bir mücbir sebep klotuna yer vermiş olmalarının kesin olarak CISG m. 79’un uygulanmayacağı anlamına gelmediğini, her ne kadar çoğu davada uygulama bu yönde olsa da bu durumun her dava bakımından sözleşmenin yorumdan çıkarılabileceğini belirtmektedir.

kurtulma rejimi ancak, tarafların sorumluluğun dağılımına ilişkin herhangi bir akdi düzenlemede bulunmadıkları hallerde uygulama alanı bulacaktır²¹.

Bu hususta dikkat edilmesi gereken bir diğer nokta da madde 79 anlamında bir sorumluluktan kurtulmanın söz konusu olabilmesi için madde metninde yer alan sorumsuzluk hallerinin edim hasarı alıcıya geçmeden önce, yani satıcıdan sözleşmeye uygun ifayı talep etme imkânı henüz ortadan kalkmamışken, gerçekleşmiş olması gerektiğidir²². Zira beklenmeyen halin hasarın alıcıya intikal etmesinden²³ sonra gerçekleşmesi halinde, bu tür olayların rizikosu zaten alıcıya ait olacaktır.

CISG m. 79 f. 1’de dikkati çeken bir diğer nokta da madde metninde yer alan “*yükümlülük*” kavramının oldukça geniş tutulmuş olmasıdır. Bu durumda tarafların hangi tür borca aykırılık halinde sorumluluktan kurtulabileceklerinin tespiti önem arz etmektedir. Bir başka ifadeyle, sorumluluktan kurtulma bakımından, borca aykırılık türünün önem taşıyıp taşımadığı, öğretide tartışmalı olan bir husustur.

Doktrinadaki bir görüşe göre m. 79 uyarınca satıcının sorumluluktan kurtulması için satım sözleşmesinin konusu olan edimi hiç ifa etmemiş olması gerektiği; ayıplı ifa halinde ise m. 79 kapsamında bir sorumsuzluğun söz konusu olmayacağı ileri sürülmüştür²⁴. Fakat çoğunluğun da kabul ettiği aksi görüş uyarınca, madde metninden ve Antlaşma’nın ifa engelleri sistematığının ifa etmeme ile ayıplı ifa arasında bir ayırım yapmamasından da anlaşılacağı üzere, satıcının yükümlülüklerinden herhangi birini 79. madde anlamında bir engel nedeniyle ifa edememesi halinde sorumluluktan kurtulması mümkün olacaktır²⁵.

Sonuç itibarıyla CISG madde 79 Antlaşmanın temelinde yatan kusursuz sorumluluk ilkesini bir ölçüde sınırlandırırken, hükmün lafzından da anlaşılacağı üzere bu tür bir sorumluluktan kurtulma hali sıkı şartların gerçekleşmesine bağlı kılınmış ve bu durum böyle bir sorumsuzluk halinin çok sınırlı hallerde ortaya çıkmasına sebep olmuştur²⁶.

21 Ayanoglu Morali (n 9) 291.

22 Atamer, CISG (n 4) 454.

23 Hasarın intikali için bkz. CISG m. 66-70.

24 John O. Honnold, Uniform Law for the International Sales Under the 1980 United Nations Convention, (3rd ed, The Hague, 1999) para 427 <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/honnold.html>> son erişim tarihi 19.10.2018. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Sayfa 17, aşırı ifa güçlüğü başlığı.

25 Atamer, CISG (n 4) 455; Dayioğlu (n 3) 145; Zeytin (n 11) 325-326; Magnus (n 9) 303; Schwenger, CISG m. 79 CISG (n 19) para 5-6; CISG Danışma Kurulu Görüşü No. 7, CISG Madde 79 Uyarınca Tahminat Ödeme Borcundan Sorumsuzluk, para 1 <http://cisgac.com/file/repository/Turkish_No_7_SON.pdf> son erişim tarihi 19.10.2018; Pascal Pichonnaz, *Impossibilité et Exorbitance: Etudes Analytique des Obstacles a L’Exécution des Obligations en Droit Suisse* (art. 119 CO et 79 CVIM) (1997) para 1670; Neumayer, Ming, (n 11) 517-518 para 2; Atamer, CISG Art. 79 (n 9) para 11-12; Dionysios P. Flambouras, “The Doctrines of Impossibility of Performance and clausula rebus sic stantibus in the 1980 Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Principles of European Contract Law: A Comparative Analysis” (2001) 13 Pace International Law Review 276 <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/flambouras1.html#*> son erişim tarihi 19.10.2018; Belin Koroğlu, “Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (CISG) Madde 79 ve 80 Kapsamında Sorumluluktan Kurtulma” (2013) 17(1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 783, 775.

26 Schwenger, CISG m. 79 (n 19) para 1; Magnus (n 9) 303; Zeytin (n 11) 325.

B. Sorumluluktan Kurtulmanın Şartları

1. Genel Şartlar

CISG m. 79 uyarınca sözleşmeyi ihlal eden tarafın tazminat sorumluluğundan kurtulması hükmün 1. fıkrasında yer alan koşulların gerçekleşmesine bağlıdır. Buna göre borçlu ancak denetimi dışında kalan bir engelin var olduğunu, bu engelin öngörülemez olduğunu ve engelin ve sonuçlarının önlenemez ve kaçınılmaz olduğunu ispat etmesi halinde yükümlülüğünü ifa etmemesinden ötürü ortaya çıkan tazminat borcundan kurtulabilecektir.

a. Denetim Dışında Kalan Bir Engelin Varlığı

CISG m. 79 f. 1 uyarınca sorumluluktan kurtulmak için aranan ilk şart tarafların kontrolü dışında gerçekleşen bir engelin varlığıdır. Bir başka deyişle, yalnızca tarafların kontrol alanı dışında kalan haller açısından sorumsuzluk söz konusu olacaktır. Bu anlamda, öncelikli olarak tespit edilmesi gereken m. 79’da ifade edilen “engel” kavramından ne anlaşılması gerektiğidir. Engel, objektif olarak ifayı engelleyen, borçlunun hakimiyet alanları dışında kalan ve sözleşmenin akdi anında öngörülemeyen, kaçınılmaz ve önüne geçilmez bir olay olarak tanımlanmaktadır²⁷. Bir başka deyişle, bir şeyin m. 79 kapsamında bir engel teşkil edebilmesi için ifayı engelleyen, bir başka deyişle, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesine sebep olan ve borçlunun etki alanı dışında kalan objektif bir durum olması gerekir²⁸.

Her ne kadar madde metninde hangi hallerin m. 79 anlamında bir engel teşkil edeceği açıkça belirtilmiş olmasa da klasik mücbir sebep hallerinden sayılan deprem, yangın, yıldırım, sel, fırtına gibi doğal afetlerin (*Acts of God*)²⁹; savaş³⁰, terör, sabotaj, isyan gibi sosyal ve politik olayların; müsadere, ithalat/ihracat yasakları, ambargo gibi yasal sınırlamaların bu kapsamda yer alan engeller olduğu kabul edilmektedir³¹.

CISG m. 79 söz konusu ifa engelinin gerçekleşme zamanına ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer vermemiştir. Şöyle ki, *common law*’un aksine³², Antlaşma, engelin

27 H. Ercüment Erdem, “Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (Viyana Satım Sözleşmesi)”in Milletlerarası Ticaret Hukuku İle İlgili Makaleler (Beta Yayıncılık 2008) 91; Dayıoğlu (n 3) 140-141; Schwenzler, CISG m. 79 (n 19) para 11; Atamer, CISG Art. 79 (n 9) para 47; OLG München, 5 Mart 2008 <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/080305g1.html>> son erişim tarihi 19.10.2018.

28 Schwenzler, CISG m. 79 (n 19) para 11.

29 U.S. District Court, N.D. of Illinois (USA) 6 July 2004, Raw Materials Inc. v. Manfred Forberich <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040706u1.html>> son erişim tarihi 19.10.2018. İlgili kararda liman donmuş olduğu için satıcı malları teslim borcunu gerçekleştirememiştir. Buradan hareketle limanın donmuş olmasının satıcının sorumluluktan kurtulması için CISG m. 79 anlamında bir engel olup olmadığı tartışılmıştır.

30 U.S. District Court, S.D. of New York, 20 August 2008, Hilaturas Miel, S.L. v. Republic of Iraq <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/080820u1.html>> son erişim tarihi 19.10.2018.

31 Atamer, CISG (n 4) 456; Yılmaz (n 11) 227; Atamer, CISG Art. 79 (n 9) para 46; Zeytin (n 11) 327; Magnus (n 9) 304; Denis Tallon, “Commentary on the International Sales Law: The 1980 Vienna Sales Convention”, CISG Art. 79 (Cesare Massimo Bianca and Michael Joachim Bonell eds, Giuffré 1987) para 2.6.7 <<https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/tallon-bb79.html>> son erişim tarihi 19.10.2018; Flambouras (n 25) 267.

32 Common law’un başlangıçtaki imkansızlık hallerine hata nedeniyle iptal yaptırımını uygulamasına ilişkin bkz. Atamer, CISG (n 4) 547.

başlangıçta veya sonradan gerçekleşmesi açısından bir ayırım gözetmemiştir³³. Sözleşmenin konusunun baştan beri imkânsız olması CISG uyarınca sözleşmenin geçerliliğini etkilemeyecektir³⁴. Buradan hareketle denebilir ki, ifa engeli, başlangıçtaki veya sonraki bir engel olabileceği gibi; objektif veya sübjektif, ya da geçici veya sürekli bir engel dahi olabilecektir³⁵.

Bu kapsamda dikkat edilmesi gereken bir diğer nokta ise söz konusu ifa engelini tarafların denetimi dışında kalan bir sebepten ötürü gerçekleşmiş olması gerektiğidir. Engelin denetim dışı olmasıyla kast edilen, bu engelin borçlunun etki alanı içinde yer alan ve denetleyebildiği alanlarda gerçekleşmemiş olmasıdır³⁶. İşyeri, işletme, fabrika gibi alanlar borçlunun sorumluluk alanı içinde olan, dolayısıyla denetimine tabi yerlerden kabul edilmektedir³⁷. Bu yerleri düzenli olarak denetlemek ve çıkması muhtemel sorunların önüne geçmek için gerekli önemleri almak borçlunun sorumluluğu kapsamındadır³⁸. Buradan hareketle denebilir ki, borçlu, önemli sayıda işçinin işi bırakması, yaşadığı finansal ve ekonomik güçlükler³⁹, sistemde meydana gelen teknik arızalar, üretimde meydana gelen aksamalar, işyerindeki grevler gibi iş organizasyonundan kaynaklanan ve kendi etki alanı içinde olan risklere katlanmak durumundadır⁴⁰. Bir başka deyişle, bu nispette bir engelin gerçekleşmesi borçluyu m. 79 uyarınca sorumluluktan kurtarmayacaktır. Söz konusu risk dağılımı taraflar arasındaki satım sözleşmesi, teamül ve alışkanlıklar dikkate alınarak tayin edilmelidir⁴¹. Bunun yanı sıra, Türk hukukunun aksine⁴², borçlunun bir hastalık nedeniyle borcunu ifa edememiş olması halinde de bu durumun onun risk alanı içinde olduğu kabul edilir ve bu sebeple sorumluluğunu etkilemez⁴³.

33 Atamer, CISG Art. 79 (n 9) para 48; Atamer, CISG (n 4) 457.

34 Atamer, CISG (n 4) 457.

35 Schwenger, CISG m. 79 (n 19) para 12.

36 Erdem, Viyana Satım Sözleşmesi (n 27) 92; Atamer, CISG (n 4) 459. İfa yardımcılarının borca aykırı fiillerinin bu kapsamda değerlendirilip değerlendirilmeyeceği hususu, sayfa 24 vd. yer alan “Üçüncü kişilerin fiillerinden sorumluluk” başlığı altında ayrıntılı biçimde incelenmiştir.

37 Atamer, CISG (n 4) 459.

38 Atamer, CISG (n 4) 459; Flambouras (n 25) 267 vd.; Ayanoğlu Morali (n 9) 298.

39 Hamburg Arbitration Proceeding, Germany, Chinese Good Case, 21 March 1996 <<https://cisgw3.law.pace.edu/cases/960321g1.html>> son erişim tarihi 19.10.2018. İlgili kararda alt tedarikçinin yaşadığı ekonomik sıkıntılar CISG m. 79 anlamında bir denetim dışında kalan engel olarak görülmemiştir.

40 Yılmaz (n 11) 228; Schwenger, CISG m. 79 (n 19) para 11; Atamer, CISG Art. 79 (n 9) para 47; Flambouras (n 25) 268; Neumayer, Ming (n 11) 518; Magnus (n 9) 304; Dayıoğlu (n 3) 141.

41 Schwenger, CISG m. 79 (n 19) para 11; Dayıoğlu (n 3) 141.

42 Türk hukukunda hastalığın borçluyu sorumluluktan kurtardığına ilişkin bkz. Necip Kocayusufpaşaoğlu, Hüseyin Hatemi, Rona Serozan and Abdülkadir Arpacı, *Borçlar Hukuku Bölüm- İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme* (7. Baskı, Filiz Kitabevi 2016) para 15. Hastalık bir sübjektif imkânsızlık hali olarak kabul edilebilmektedir. Ancak unutulmamalıdır ki, hastalık nedeniyle borçlunun sorumluluktan kurtulması kusurlu olmamasına bağlıdır. Bu durum, borçlunun ediminin kişisel olduğu durumlarda söz konusu olacaktır. Edimin bizzat borçlu tarafından yerine getirilmesi gereken durumlarda, borçlu bu yeteneğini kendi kusuru olmadan kaybederse, sorumluluktan kurtulabilecektir. TBK m. 83 uyarınca, “Borcun, bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunmadıkça borçlu, borcunu şahsen ifa etmekle yükümlü değildir.”

43 Atamer, CISG’in İfa Engelleri Sistemine Genel Bakış (n 5) 254.

Denetim kapsamının belirlenmesi hususunda tartışmalı olan bir nokta ise ekonomik kriz ve fiyatlarda meydana gelen ani dalgalanmaların denetim dışında kalan bir engel olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir. Doktrindeki bir görüşe göre böyle bir engelin borçlunun denetimi kapsamı dışında olduğu kabul edilmektedir⁴⁴. Buna rağmen İtalyan Mahkemesi verdiği bir kararında satış konusu malın piyasa fiyatının sözleşmenin kurulmasından malın teslimine kadar geçen sürede %43,71 oranında artmasını satıcının sorumluluktan kurtulmasını gerektirecek denetim dışında bir engel olarak görmemiştir⁴⁵.

b. Engelin Öngörülemez Olması

CISG m. 79 f. 1 uyarınca tarafların sorumluluktan kurtulabilmelerinin bir diğer şartı da denetim dışında meydana gelen engelin sözleşmenin kurulduğu anda öngörülemez olmasıdır. Bir başka deyişle, sözleşmenin kurulduğu anda tarafların borçlarını yerine getirmeleri hususunda öngörülebilir bir engel varsa ve bu engele ilişkin sözleşmeye herhangi bir çekince veya sorumsuzluk kaydı konmamışsa bu sebeple borcunu ihlal eden tarafın engel nedeniyle ifanın gecikebileceği veya önlenebileceği riskini de üstlendiği kabul edilmektedir⁴⁶. Somut olaya ilişkin öngörülmezlik, sözleşmenin kuruluşu esnasında aynı şartlar altında bulunan objektif ve makul bir üçüncü kişinin yükümlülük ihlaline neden olan engeli öngörüp göremeyeceğine göre tespit edilmektedir⁴⁷.

CISG m. 8 f. 2’de de belirtildiği üzere, öngörülmezliğin tespiti yapılırken borçlu ile aynı konumda makul bir kişinin aynı koşullardaki durumu objektif kriter olarak dikkate alınmalıdır⁴⁸. Örneğin her yıl meydana gelen ve meteoroloji tarafından da gerekli uyarıların yapıldığı doğal afetlere karşı yapılan öngörülmezlik iddiası bu doğal felaketler daha önce hiç görülmemiş boyutlarda bir zararın meydana gelmesine sebep olmadığı sürece borçluyu sorumluluktan kurtarmayacaktır⁴⁹. Buna ek olarak, çatışmaların olduğu bir bölgede mal gönderme borcu altına giren bir satıcı, söz konusu borcunu ihlal etmesi halinde ortaya çıkacak tazminat borcundan bu engelin öngörülmez olduğu iddiası ile kurtulamayacaktır⁵⁰. Buna ek olarak, sözleşmenin kurulması anında mevcut olan ithalat-ihracat yasakları veya devlet tarafından yapılan ekonomik düzenlemelerin borçlu tarafından hesaba katılması gerektiğinden, sonradan bu tür engellerin öngörülemez olduğunun ileri sürülmesi de mümkün değildir⁵¹.

44 Magnus (n 9) 304; Honnold (n 24) par. 432.2.

45 Tribunale Civile di Monza, Italy, Nuova Fucinati S.p.A. v. Fondmetall International A.B., 14 January 1993 <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/930114i3.html>> son erişim tarihi 19.10.2018.

46 Dayoğlu (n 3) 143; Schwenger, CISG m. 79 CISG (n 19) para 13; Tallon (n 31) para 2.6.3; Neumayer, Ming (n 11) 521.

47 Zeytin (n 11) 327; Dayoğlu (n 3) 143; Magnus (n 9) 305; Schwenger, CISG m. 79 (n 19) para 13; Tallon (n 31) para 2.6.3.; Flambouras (n 25) 271; Atamer, CISG Art. 79 (n 9) para 52; Pichonnaz (n 25) para 1732-1736.

48 Atamer, CISG Art. 79 (n 9) para 52.

49 Atamer, CISG (n 4) 460; Magnus (n 9) 305; Court of Appeals of Lamia, Greece, case no: 63/2006, 2006 <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060001gr.html>> son erişim tarihi 19.10.2018.

50 Zeytin (n 11) 327.

51 Ayanoğlu Morali (n 9) 299.

c. Engelin ve Sonuçlarının Önlenebilir ve Kaçınılmaz Olması

Yükümlülük ihlaline sebep olan engelin sözleşmenin kurulduğu anda öngörülmez olması borçluyu tazminat sorumluluğundan kurtarmak için tek başına yeterli değildir. Öngörülemeyen bu engelin sonuçlarının borçlu tarafından kaçınılmaz ve önlenebilir olması gerekir⁵². Şöyle ki, borçlu, sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan bu engeli aşmak ve sözleşmeyi ifa etmek için elinden gelen en üst çabayı göstermeli ve her türlü makul ekonomik tedbiri almalıdır⁵³. Buradaki kaçınmanın ve önüne geçmenin ölçütü belirlenirken objektif makul bir kişi dikkate alınmalıdır⁵⁴. Borçludan engeli ve sonuçlarını ortadan kaldırması için beklenen çabanın miktarı, niteliği ve hangi ana kadar makul sayılabileceği somut olayın özelliklerine ve sözleşmesel risk dağılımına göre belirlenmelidir⁵⁵. Borçlunun engeli aşmak ve sözleşmeyi ifa etmek için başvurmak durumunda kaldığı yöntemler kendisi için daha masraflı olsa bile ondan bu masraflara katlanması beklenebilecektir⁵⁶. Her ne kadar CISG'nin uygulandığı bir dava olmasa da Süveyş Kanalı davasında İngiliz mahkemesi, kanal kapalı olduğu için alternatif bir yolun tespitini borçludan makul olarak beklenebilecek bir davranış olarak nitelendirmiştir⁵⁷. Bunun yanı sıra, bazı yargı kararlarında, satıcının sözleşme konusu mal yerine ikame bir malı alıcıya temin etmesinin dahi kendisinden beklenebilir olduğu kabul edilmiştir. Fakat bu durumda m. 79 f. 4 uyarınca borçlu alacaklıya bildirimde bulunmalı ve onun bu sebeple ileri sürebileceği her türlü itirazı uymalıdır⁵⁸. Örneğin Alman mahkemesinin verdiği bir kararda, şiddetli yağış nedeniyle domates mahsullerinin ülke genelinde zarar gördüğü ve bu durumun domates fiyatlarında artışa sebep olduğu bir halde dahi, fiyatı yüksek olsa bile ülkede hala domatesin bulunmasından hareketle, satıcının ikame alış yoluyla bu engelin üstesinden gelebileceği hükme bağlanmıştır⁵⁹. Şüphesiz domates bir çeşit

52 Zeytin (n 11) 328; Dayıoğlu (n 3) 144; Detaylı bilgi için bkz. Harold J. Berman, "Excuse for Non Performance in the Light of Contract Practices in International Trade" 63(8) Columbia Law Review 1413-1439.

53 Atamer, CISG (n 4) 461; Tallon (n 31) para 2.6.4; Magnus (n 9) 305; Neumayer, Ming (n 11) 521-522.

54 Tallon (n 31) para 2.6.4.

55 Yılmaz (n 11) 230; Tallon (n 31) para 2.6.4; Schwenger, CISG m. 79 (n 19) para 14; Ayanoglu Morali (n 9) 301.

56 Schwenger, CISG m. 79 (n 19) para 14; Dayıoğlu (n 3) 144.

57 Tsakiroglou & Co Ltd v Noble Thörl GmbH, [1962] AC 93 HL. İlgili davada satıcı 1956 yılının Kasım-Aralık ayları arasında sözleşme konusu edimi Hamburg'a taşıma borcu altına girmiştir. 2 Kasım tarihinde Süveyş Kanalı kapanmıştır. Satıcı, her ne kadar yolu uzatsa ve kendisi için daha masraflı olsa da Ümit Burnu'ndan geçerek malları sözleşmede kararlaştırılan zamanda Hamburg limanına teslim edebilecekti. Buradan hareketle mahkeme, satıcının aksine sözleşmenin geçersiz hale gelmediğini ve her ne kadar satıcı için daha masraflı olsa da bu engelin satıcı tarafından önlenebilir sözleşmenin gereği gibi ifa edilmesi gerektiğini hükme bağlamıştır. İlgili karar için bkz. <https://www.trans-lex.org/311500/_tsakiroglou-co-ltd-v-noble-thorl-gmbh-the-law-report-1962-at-page-7-et-seq/> son erişim tarihi 19.10.2018. Ayrıca bkz. U.S. District Court New York, 16 April 2008, Macromex Srl. v. Globex International, Inc. <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/080416u1.html>> son erişim tarihi 19.10.2018. İlgili davada, satıcı (Globex) ile bir Romanya şirketi olan alıcı (Macromex) tavuk ürünleri satımı konusunda anlaşmışlardır. Sözleşme uyarınca satıcı tarafından son gönderimin Mayıs ayı itibarı ile yapılmış olması gerekmektedir. Fakat satıcı Haziran ayında halen malı göndermemiştir. Buna mukabil Romanya hükümeti Haziran ayı itibarıyla Romanya'ya dışarıdan tavuk ürünleri getirilmesini yasaklamıştır. Hakem mahkemesi satıcının bu yükümlülüğünü yerine getirmemiş olmasının CISG m. 79 anlamında bir sorumsuzluk meydana getirmeyeceğini çünkü bu engelin önlenebilir olduğunu hükme bağlamıştır. Şöyle ki satıcı malı alıcının da önerdiği üzere malı önce yakın bir liman olan Gürcistan's yollayıp oradan teslim alınmasını sağlayabilirdi.

58 Schwenger, CISG m. 79 (n 19) para 14; Pichonnaz (n 25) para 1762-1763.

59 OLG Hamburg, 4 July 1997 <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970704g1.html>> son erişim tarihi 19.10.2018.

(nevi) borcudur ve Roma hukukundan günümüze kadar uzanan kurala göre nevi telef olmaz (*Genus non Perit*)⁶⁰. Fakat dikkat edilmelidir ki, ifa engelinin sonuçlarının önlenmesi için gösterilen çaba ve başvuru yolları borçlunun mahvına yolacak boyutlara ulaşıyorsa m. 79 uyarınca sorumluluktan kurtulabilmesi gerekmektedir⁶¹.

d. İlliyet Bağı

CISG m. 79 uyarınca borçlunun tazminat sorumluluğundan kurtulabilmesi için borcunu ifa etmemesinin yegâne sebebi öngörülemez ve aşılabilir türden bir engelin mevcut olmasına dayanmasıdır⁶². Engelin, sözleşmenin ifa edilmemesine sebep olduğu, borcunu ifa etmeyen tarafça ispat edilmelidir⁶³. Şöyle ki, mesela, borçlunun borcunu ifa etmede temerrüde düştüğü bir halde, gecikmenin ardında eğer bu borç imkansızlaşmışsa ve eğer vaktinde ifa edilseydi böyle bir engel söz konusu olmayacaktıysa borçlu m. 79 kapsamında sorumluluktan kurtulamayacaktır⁶⁴. Zira böyle bir durumda borcun imkansızlaşması engelden değil borcun geç ifasından kaynaklanmaktadır.

2. Özel Bazı Hallerin Varlığı

a. Çeşit ve Parça Borçlarında Sorumsuzluk

Borcun konusunu oluşturan edimin somut ve bireysel olarak belirlenmediği, ancak borçlu veya diğer yetkili kişilerin bu türdeki şeyler içerisinde kararlaştırılan miktar ve nitelikteki şeyi seçerek edimin konusunu belirledikleri borçlara çeşit veya cins borcu adı verilir⁶⁵. Doktrinde ve uygulamada genel olarak kabul gördüğü üzere, borcun konusunun bir çeşit borcu olduğu sözleşmelerde, edim hasarı satıcıda olduğu sürece satıcının bu malları tedarik yükümlülüğü devam etmektedir⁶⁶. Bir başka ifadeyle, çeşit borçlarının imkansızlaşması o çeşitten olan malların tamamen yok olması halinde mümkün olabilmektedir. Zira, daha önce de ifade edildiği üzere, Roma hukukundan günümüze kadar uzanan kurala göre, *Genus non Perit*, yani nevinin telef olması mümkün değildir. Buradan hareketle, borcun konusunun çeşit borcu olduğu hallerde malın yanması, nakledildiği geminin batması veya malın satıcıya tedarikçiden kaynaklanan bir engelden ötürü gönderilmemesi⁶⁷ gibi sebeplerle satıcı malı tedarik etme borcundan kurtulmayacaktır⁶⁸. Fakat önemle belirtmek gerekir ki, satıcının malı teslim etme yükümlülüğünün kapsamı tarafların arasındaki sözleşmeye göre belirlenecektir. Şöyle

60 Yılmaz (n 11) 230.

61 Atamer, CISG (n 4) 461; Schwenger, CISG m. 79 (n 19) para 14.

62 Schwenger, CISG m. 79 (n 19) para 15; Tallon (n 31) para 2.6.6.; Flambouras (n 25) 273; Magnus (n 9) 305.

63 Flambouras (n 25) 273; Atamer, CISG Art. 79 (n 9) para 99.

64 Schwenger, CISG m. 79 (n 19) para 15; Flambouras (n 25) 273; Tallon (n 31) para 2.6.6.

65 Eren (n 5) 111.

66 Atamer, CISG (n 4) 461-462; Atamer, CISG Art. 79 (n 9) para 59.

67 Arbitral Tribunal Hamburg, 21 March 1996 <<https://cisgw3.law.pace.edu/cases/960321g1.html>> son erişim tarihi 19.10.2018. İlgili kararda Çinli imalatçının malı göndermemesi satıcıyı sorumluluktan kurtarmamıştır.

68 Atamer, CISG (n 4) 462.

ki, eğer satıcı sadece sınırlı bir çeşit borcu altına girmişse, bir başka ifadeyle, tür borcu o çeşitten olmakla beraber belirli bir stok içinden borçlanılmışsa⁶⁹, CISG m. 79'a göre sorumluluktan kurtulma ihtimali de mevcuttur⁷⁰. Örneğin, satıcı yalnızca kendi fabrikasında imal edilen malları teslim etme yükümlülüğü altına girmişse, bu fabrikanın yanması halinde teslim borcundan kurtulacaktır⁷¹. Zira somutlaştırılarak sözleşmeye özgülenmiş bir çeşit borcunun satıcıdan kaynaklanmayan bir nedenden ötürü yok olması veya kötüleşmesi halinde alıcı artık ifayı talep etme hakkını kaybedecektir⁷². Bu gibi bir şartın bulunmaması halinde satıcının çeşit borcunun ifasından kurtulması o malın piyasada hiç veya çok zor şartlar altında bulunması gibi oldukça istisnai hallerin gerçekleşmesi halinde mümkün olacaktır⁷³.

Çeşit borcundan farklı olarak parça borçlarında, borçlunun borçlandığı edimin konusu taraflarca bireysel nitelik ve özellikleriyle sözleşmede tam olarak belirlenir⁷⁴. Bu sebeple, CISG m. 79 anlamında bir engelin meydana gelmesi sebebiyle borç konusu edim imkânsızlaşıyorsa borçlu sorumluluktan kurtulabilecektir.

Çeşit ve parça borçları açısından dikkat edilmesi gereken bir diğer husus da Anlaşma metninde parça ve çeşit borcu kavramlarının kullanılmamış olmasıdır⁷⁵. Bu yaklaşımdan hareketle malın türü sözleşmenin özelliklerine göre belirlenmelidir. Şöyle ki, her ne kadar sözleşme konusu mal bir parça borcu olsa da taraflar arasındaki sözleşmenin yorumundan borç konusu somut parça olmasa bile onun yerine bir başka edimin ifasının mümkün olduğu sonucuna varılıyorsa, örneğin fabrikadan seçilen iki adet makine veya galeride beğenilen bir adet araba, somut parçanın ifa edilmemesi halinde satıcı m. 79 uyarınca tazminat borcundan kurtulmayacaktır⁷⁶. Ancak önemle belirtmek gerekir ki, burada genişletilmiş bir parça borcundan söz edilmektedir ve bu durumda ortada tipik bir parça borcu bulunmamaktadır.

Türk hukukunda ise, parça borçlarında, borçlu bu belirli şeyi ifa etmedikçe borcundan kurtulamaz. Aynı çeşitten başka bir malın teslimini alacaklı kabul etmek durumunda değildir⁷⁷. TBK m. 136 f. 1 uyarınca, borç konusu edim henüz ifa edilmeden borçlunun kusuru dışında bir sebepten ötürü yok olursa borçlu borcundan kurtulur. Borcun konusu olan şey sözleşmenin akdi anında belirlenen niteliği taşıyorsa alacaklı TBK m. 30-35, 39 arasında yer alan yanılma hükümlerinden;

69 Kemal Oğuzman and Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, vol 1 (12. Baskı, Vedat Kitapçılık 2016) 283.

70 ibid.

71 ibid.

72 Doğan Kara, "Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG) Uyarınca Hasar Sorunu ve Türk Borçlar Kanunu ile Karşılaştırılması" (2018) PPIL 38 107, 145 <https://dx.doi.org/10.26650/ppil.2018.38.1.0006>

73 ibid.

74 Eren (n 5) 110.

75 Yılmaz (n 11) 233.

76 Atamer, CISG (n 4) 463.

77 Nomer (n 5) 274.

borç konusu borcun doğumundan sonra bozulmuşsa, TBK m. 112 vd. yer alan kötü ifa hükümlerinden ve TBK m. 219-23 arasında yer alan satım sözleşmelerinde ayıp hükümlerinden yararlanabilecektir⁷⁸. Bunun yanı sıra çeşit borçlarında ise, borçlu, borçlanılan türe dahil nitelik ve miktardaki şeyleri ifa etmek suretiyle borcundan kurtulur⁷⁹. TBK m. 86 uyarınca aksi anlaşılmadıkça edimin seçimi borçluya bırakılmış olup borçlu tarafından seçilecek olan bu edimin ortalama nitelikten daha aşağı kalitede olamayacağı hükme bağlanmıştır. Şayet bir çeşit borcunda borçlu orta kaliteden aşağı nitelikteki şeyi ifa konusu yaptığı takdirde alacaklı bu ifayı kabule mecbur değildir⁸⁰. Buna karşın borçlu niteliğe uygun ifayı önermedikçe borçlu temerrüdüne düşmek gibi ifa etmemenin sonuçlarına katlanır⁸¹. Buna ek olarak ifa imkansızlığı kapsamında, Roma hukukundan bu yana gelen ve Türk hukukunda da benimsenen genel *Genus non Perit* ilkesi uyarınca çeşit borçlarında imkânsızlık söz konusu olmaz yeter ki o çeşit tamamıyla yok olmuş olsun.

b. Aşırı İfa Güçlüğü (*Hardship*)

Öncelikle belirtmek gerekir ki CISG m. 79’da aşırı ifa güçlüğüne ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir⁸². Bu sebeple m. 79’un aşırı ifa güçlüğü halini kapsayıp kapsamadığı meselesi hüküm kapsamında yer alan en önemli tartışmalardan birini oluşturmaktadır. Buna göre aşırı ifa güçlüğü, sözleşmenin kurulmasından sonra tarafların yükümlülüklerini ifa etmelerinin önemli ölçüde zorlaşması (*excessively onerous*) ve edimler arasındaki dengenin bozulmasını ifade eder⁸³. Milletlerarası ticarete bu gibi durumlarının gerçekleşmesinin oldukça muhtemel olmasından hareketle, doktrindeki hakim görüş, aşırı ifa güçlüğü hallerinin CISG m. 79 kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır⁸⁴. CISG Danışma Kurulu görüşünde⁸⁵ de açıkça belirtildiği üzere, “*hal ve koşullarda meydana gelen, makul olarak öngörülmesi beklenemeyecek ve ifayı aşırı derecede zorlaştıran değişiklikler, m. 79 f.1 anlamında bir engel olarak değerlendirilebilir.*” Aşırı ifa güçlüğüne ilişkin madde 79 kapsamında uygulanabileceğini savunan görüşler, madde metninde yer alan “engel” kavramının sadece ifayı kesin olarak imkansızlaştıran hususları içine alacak şekilde sınırlandırılmaması gerektiğini ileri sürmektedirler⁸⁶. Her ne kadar tarafların

78 Oğuzman, Öz (n 5) 282.

79 Eren (n 5) 986.

80 Oğuzman, Öz (n 5) 283-284.

81 Nomer (n 5) 274.

82 Atamer, CISG (n 4) 463; Atamer, CISG Art. 79 (n 9) para 78; Ingeborg Schwenzer, “Force Majeure and Hardship in International Sales Contracts” (2008) 39 VUWLR 712, 709. CISG m. 79’un aksine, PICC m. 6.2.2’de ve PECL m. 6:111’de aşırı ifa güçlüğüne ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir.

83 Schwenzer (n 82) 714-715.

84 Başak Baysal, *Sözleşmenin Uyarlanması BK m. 138 Aşırı İfa Güçlüğü* (2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2017) 108; Atamer, CISG (n 4) 464; Atamer, CISG Art. 79 (n 9) para 79; Fritz Enderlein and Dietrich Maskow, *International Sales Law*, (Oceana Publications 1992) Art 79 CISG para 6.3 <<https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/enderlein.html#art80>> son erişim tarihi 19.10.2018; Honnold (n 24) para 432.2.

85 CISG Danışma Kurulu Görüşü No: 7 <https://cisgac.com/file/repository/Turkish_No_7_Son.pdf> son erişim tarihi 19.10.2018.

86 Baysal, *Sözleşmenin Uyarlanması* (n 84) 108.

ekonomik durumlarında meydana gelen değişimler m. 79 f.1 kapsamında tarafların etki alanı içinde kalan engeller arasında görülse de piyasalarda tarafların kontrolü dışında gerçekleşen artışlar veya düşüşler aşırı ifa güçlüğüne sebep olan hallere örnek olarak gösterilebilmektedir⁸⁷. Zira böylesine güç bir durumda borçludan ifayı beklemek hakkın kötüye kullanılması anlamına gelebilmektedir⁸⁸. Aşırı ifa güçlüğü kapsamında borçlunun m. 79 uyarınca sorumluluktan kurtulması için değişen şartların borçlunun yükünü “aşırı” ölçüde ağırlaştırmış olması aranır. Buna ilişkin değerlendirmeyi yaparken de hakimin, sözleşmeyi, tarafların rizikolarının kapsamını dikkate alarak yorumlaması gerekir⁸⁹. Eğer tarafların sözleşmesinde rizikoya ilişkin bir düzenleme yoksa hakim, ifa etmenin borçlu için altından kalkılamaz ve onun ekonomik varlığını tehdit edecek bir külfet yaratıp yaratmadığını araştırmalıdır⁹⁰.

Her ne kadar aşırı ifa güçlüğü halinin m. 79 kapsamına girdiği kabul edilse bile, bu durumun sözleşmenin uyarlanması sonucunu doğurup doğurmayacağı da doktrinde oldukça tartışmalı olan bir diğer meseledir⁹¹. Doktrindeki bir görüşe göre, aşırı ifa güçlüğünün mevcut olduğu bir durumda yalnızca sözleşmeden dönme hakkı kullanabilmelidir⁹². Doktrindeki bir diğer görüş uyarınca ise, m. 79’da bu hususta bir boşluk vardır ve bu boşluk CISG m. 7 f. 2 uyarınca genel ilkelere göre ve özellikle Unidroit ilkelerinde yer alan yeniden müzakere yükümlülüğü ve uyarılma imkânı uyarınca doldurulmalıdır⁹³. Buna ek olarak doktrindeki bazı yazarlar ise yeniden müzakere ve sözleşmenin uyarlanması imkânının CISG m. 7 f. 1’de yer alan dürüstlük kuralına dayandığını ileri sürmektedir⁹⁴. Sonuç olarak, hangi görüş kabul edilirse edilsin, CISG m. 79’da sözleşmelerin uyarlanmasına ilişkin bir düzenlemenin yer alması bir eksiklik olarak görülmektedir⁹⁵.

Türk hukukunda ise aşırı ifa güçlüğü TBK m. 138’de düzenlenmektedir. İlgili madde hükmü uyarınca, aşırı ifa güçlüğünün söz konusu olabilmesi için, borcun ifasının borçlunun sorumlu olmadığı ve sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan bir sebepten ötürü aşırı derecede güçleşmiş olması gerekmektedir⁹⁶. CISG m. 79

87 Atamer, CISG (n 4) 463; Köroğlu (n 25) 783.

88 Atamer, CISG (n 4) 463.

89 Atamer, CISG (n 4) 464; Dayıoğlu (n 3) 146. Bkz. Appellate Court Colmar, 12 June 2001 <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/010612f1.html>> son erişim tarihi 19.10.2018. İlgili kararda, Fransız satıcı tarafından tır imalatçısı olan alıcıya klima cihazları tedarik edilmektedir. Satıcı da bu cihazlar için gerekli parçaları 8 yıl boyunca İsviçreli bir satıcıdan almayı taahhüt etmiştir. Piyasalardaki bunalım nedeniyle alıcı cihazları daha ucuza alacağını beyan edince satıcı da kendine parça sağlayan İsviçreli şirket ile çalışamayacağını beyan etmiştir. 8 yıl süreli yapılan bir sözleşmede Fransız şirketin piyasalarda böyle bir dalgalanma olabileceğini hesaba katarak sözleşmesine bir uyarılma klozu koyabileceği hususundan hareketle mahkeme İsviçreli şirketin tazminat talebini kabul etmiştir.

90 Atamer, CISG (n 4) 464; Dayıoğlu (n 3) 147.

91 Baysal, Sözleşmenin Uyarlanması (n 84) 108.

92 Pichonnaz (n 25) para 1821. Yazar m. 79’un uyarılma hakkı vermediğini ancak PICC ve PECL’daki düzenlemeler de dikkate alındığında hükmün bu doğrultuda geliştirilmesinin faydalı olacağını savunmaktadır.

93 Bu hususa ilişkin bkz. Atamer, CISG (n 4) 466; Baysal, Sözleşmenin Uyarlanması (n 84) 108.

94 Bkz. Atamer, CISG (n 4) 466.

95 Baysal, Sözleşmenin Uyarlanması (n 84) 110. Yazara göre bu m. 79’daki bu boşluk PICC ve PECL düzenlemeleri dikkate alınarak doldurulmalıdır.

96 Oğuzman, Öz (n 5) 566; Nomer (n 5) 324. Ayrıntılı bilgi için bkz. Baysal, Sözleşmenin Uyarlanması BK m. 138 Aşırı İfa Güçlüğü (n 84).

f. 1'e paralel olarak borçlunun aşırı ifa güçlü nedeniyle TBK m. 138'den kaynaklanan haklarını kullanabilmesi için borcun ifa edilememesine sebep olan engelin borçlu tarafından sözleşmenin yapıldığı sırada öngörülmez ve öngörülmesi beklenemez olağanüstü bir durum olması gerekir. Fakat CISG m. 79'dan farklı olarak, TBK m. 138, açıkça taraflara böyle bir durumun gerçekleşmesi halinde sözleşmelerini değişen koşullara göre uyarılma veya sona erdirmeye imkânı vermektedir⁹⁷. Aşırı ifa güçlüğü nedeniyle mağdur olan tarafça kullanılan uyarılma hakkı sonunda borç ilişkisi ya değişen şartlara göre devam eder ya da sona erer⁹⁸. Uygulamaya bakıldığında, özellikle döviz kurunda meydana gelen beklenmedik değişimler nedeniyle uyarılma davalarının açıldığı görülmektedir⁹⁹.

c. Ayıplı Mal Tesliminde Sorumsuzluk

Madde 79 kapsamında yaptığımız genel açıklamalarımızda da bahsettiğimiz üzere, doktrindeki hakim görüş uyarınca, m. 79, borçlunun sorumluluktan kurtulması rejimini düzenlerken, edimin ayıplı olması veya imkansızlaşması hususunda herhangi bir ayırım yapmamıştır. Ancak pek tabii şüphesizdir ki satıcı sözleşmeye uygun malları teslim etmekle yükümlüdür ve uygun olmayan malların teslim edilmesinin hiçbir mazereti yoktur¹⁰⁰. Bu noktada önemli olan, hangi hallerde, borçlunun ayıplı mal teslimine ilişkin tazminat sorumluluğundan kurtulacağına tespit edilmesidir zira bu hallerin oldukça sınırlı olduğu kabul edilmektedir¹⁰¹.

Borçlunun ayıplı mal tesliminde tazminat sorumluluğundan kurtulması durumuna örnek olarak, götürme borcunun söz konusu olduğu bir satımda, malın yüklü olduğu geminin çıkan bir grev nedeniyle limanda bekletilmesi yüzünden mallar bozulmuşsa ve satıcı tarafından bozulan malların yerine başkasının konulması mümkün değilse, m. 79 f.1'deki diğer şartların da mevcut olması halinde satıcı sorumluluktan kurtulabilecektir¹⁰². Doktrinde bu duruma ilişkin verilen bir diğer örnek ise, satıcı tarafından teslim edilmek üzere gemiye yüklenen malların, her türlü gerekli önlemin alınmasına rağmen, yolculuk sırasında teröristlerce zehirlenmesi halinde de satıcının m. 79 kapsamında sorumluluktan kurtulabileceğine ilişkindir¹⁰³. Bu noktada unutulmamalıdır ki, ayıplı mal teslimi kapsamında satıcının sorumluluktan kurtulması için ayıplı mal yerine geçecek ikame mal tesliminin de mümkün olmaması gerekir¹⁰⁴.

Bu örneklerin yanı sıra, uygulamada sıklıkla rastlanan bir diğer durumsa ayıba

97 Baysal, Sözleşmenin Uyarlanması (n 84) 145. Yazara göre, hükmün lafzına bakıldığında her ne kadar yalnızca sözleşmelerin değişen koşullara uyarlanabileceğinden bahsetse de m. 138'in sadece sözleşmeler bakımından değil tüm borç ilişkileri bakımından geçerli bir hüküm olduğu ileri sürülmektedir.

98 Nomer (n 5) 325.

99 ibid (n 5) 326, dn. 1063.

100 Magnus (n 9) 303.

101 Atamer, CISG (n 4) 466; Magnus (n 9) 304.

102 Atamer, CISG (n 4) 467.

103 Magnus (n 9) 304.

104 Atamer, CISG Art. 79 (n 9) para 12.

sebeplere ilişkin işlemin malların üretimi veya imalatı aşamasında meydana gelmiş olması halidir. Doktrindeki hakim görüş uyarınca, bu süreçte meydana gelen aksaklıkların satıcının hakimiyet alanı dışında kaldığının; öngörülemez ve kaçınılmaz olduğunun ileri sürülmesi mümkün değildir¹⁰⁵. Ancak satıcının imalatçı veya üretici olmadığı, kendisi tarafından satılan bu malları üçüncü kişi bir imalatçıdan tedarik ettiği hallerde ise, satıcıya sorumluluktan kurtulma imkânı tanınmalıdır¹⁰⁶.

Türk hukuku açısından öncelikli olarak, genel hükümlerde yer alan TBK m. 112 uyarınca, borçlunun borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi halinde, kendisine hiçbir kusurun isnat edilemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklı zararını gidermekle yükümlü kılınmıştır. Daha önce de değindiğimiz üzere CISG’tan farklı olarak sorumluluk borçlunun kusurlu olup olmamasına göre belirlenecektir. Buna ek olarak, TBK m. 219 ve devamında, taşınır satışlarında meydana gelen ayıplara ilişkin özel düzenlemelere yer verilmiştir. Satıcının satılan maldaki ayıplardan sorumlu olduğu hallerde, alıcının sahip olduğu seçimlik haklar TBK m. 227’de sayılmıştır. İlgili hükümde sayılan, alıcının sahip olduğu seçimlik imkanları yerine getirmekten, borçlu, kusuru olmasa dahi sorumlu tutulmuştur. Buna göre alıcı satılanı geri vermeye hazır olduğunu bildirerek sözleşmeden dönebilir, satılanı alıkoymuş satış bedelinin indirilmesini talep edebilir, ücretsiz onarım talep edebilir ve son olarak satılanın ayıpsız bir misli ile değiştirilmesini isteyebilir. Alıcının sahip olduğu bu seçimlik hakların yanı sıra, m. 227 f. 2’de, alıcının genel hükümlere göre (m. 112) tazminat isteme hakkı da saklı tutulmuştur.

C. İhbar Külfeti

CISG m. 79 f. 4 uyarınca, *“İfa etmeyen taraf, engeli ve kendisinin ifa kabiliyeti üzerindeki etkilerini diğer tarafa bildirmek zorundadır. Bu bildirim, ifa etmeyen tarafın engeli bildiği veya bilmesi gerektiği andan itibaren makul bir süre içinde karşı tarafa ulaşmazsa, ulaşmama olgusundan kaynaklanan zararı ifa etmeyen taşır.”* İlgili madde hükmünden hareketle borcunu hiç ya da gereği gibi ifa etmeyen borçlu, bu duruma sebebiyet veren ifa engelini, bu engeli bildiği veya bilmesi gerektiği andan itibaren makul süre içinde karşı tarafa bildirmelidir. Bu hüküm aynı zamanda CISG m. 7 f. 1’de yer alan dürüstlük kuralının¹⁰⁷ ve CISG’in temelinde yatan genel iş birliği yapma ödevinin de bir yansımasıdır¹⁰⁸. İhbar yükümlülüğünün temelinde yatan düşünce karşı tarafın kendisini bu duruma ivedilikle adapte etmesini sağlayarak başka sözleşmeler akdetmek

105 Atamer, CISG (n 4) 467.

106 Atamer, CISG (n 4) 467. Aksi için bkz. BGH, 24 March 1999, Wine Wax Case <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990324g1.html>> son erişim tarihi 19.10.2018. Alman Yüksek Mahkemesi tarafından verilen kararda Avusturyalı alıcı ile Alman satıcı arasında üzümleri korumak için kullanılan bir maddenin satımına ilişkin yapılan sözleşmede, satıcının sorumluluktan kurtulma talebini reddetmiştir. Satıcının sözleşme konusu malı temin ettiği tedarikçisi onun bilgisi dışında söz konusu malın formülünde değişiklik yapmış bu da alıcının zararına yol açmıştır. Mahkeme bu ayıbın satıcının hakimiyet alanı dışında gerçekleşmediğini tespit ederek m. 79 uyarınca sorumluluktan kurtulmanın mümkün olmadığına hükmetmiştir. Mahkemenin gerekçesine göre, satıcı burada alıcıya karşı sözleşmeye uygun mal tedarik etme yükümlülüğü altındadır. Bu nedenle satıcı, alıcıya karşı, kendisine mal tedarik eden üçüncü kişilerden kaynaklanan ayrıklılıkları aşmakla yükümlüdür.

107 Atamer, CISG Art. 79 (n 9) para 95; Tallon (n 31) para 2.8.

108 Schwenger, CISG m. 79 (n 19) para 43.

suretiyle zararını en aza indirmesini sağlamaktır¹⁰⁹. Bu nedenle borçlu tarafından yapılacak söz konusu bildirimde içeriğinde engelin kapsamı, ağırlığı, süreklilik arz edip etmediği, geçici ise ne kadar süreceğine ilişkin hususlara yer verilmelidir¹¹⁰.

CISG m. 79 f. 4 kapsamında yapılması gereken bildirim herhangi bir şekil şartına bağlı değildir. Madde 27'deki genel kuralın aksine¹¹¹ karşı tarafa ulaşmakla hüküm ifade eder ve bildirim iletilmesi riski de borçluya aittir¹¹². Madde metninde bildirim makul sürede yapılması gerektiği belirtilirken bu makul süreden ne anlaşılması gerektiğine ilişkin herhangi bir düzenlenmeye yer verilmemiştir. Buradan hareketle bildirimde dürüstlük kuralı ışığında mümkün olan en kısa sürede yapılması uygun olacaktır¹¹³. Bunun yanı sıra, karşı tarafın varlığını bildiği engellere ilişkin borçlunun bildirimde bulunmasına gerek yoktur¹¹⁴. Ancak bu durumda bile, borçlunun açıklayıcı veya tedbir amaçlı bir bildirimde bulunması önerilmektedir¹¹⁵.

İhbarın makul sürede yapılmaması durumunda dahi söz konusu engel m. 79 f. 1'deki özellikleri taşıyorsa tazminat borcu ortadan kalkar fakat borçlu makul sürede yapmadığı bildirimden dolayı karşı tarafın uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür¹¹⁶. Bu zararları alıcının sözleşmenin ifa edileceğini düşünerek kendi alıcılarına karşı yaptığı ve sözleşmenin ifa edilmemesi nedeniyle de kendisinin ödemek durumunda kaldığı alt satım taahhüdüne ilişkin bedeller örnek olarak gösterilebilir¹¹⁷. Zira satıcı sözleşmeyi ifa edemeyeceğine ilişkin bildirimini makul sürede yapsaydı alıcı kendi alıcılarına karşı böyle bir taahhüt altına girmeye bilecekti. Bunun yanı sıra, doktrindeki bir görüş uyarınca, karşı taraf, usulüne uygun bildirimde bulunulmaması nedeniyle kaçırıldığı fırsatlar veya muhtemel kar kayıpları gibi müspet zararlarını da talep edebilmelidir¹¹⁸. Engelin sadece ifayı değil bildirimde de imkânsız kıldığı hallerde borçlunun bildirimde bulunmamasından dolayı ödemesi gereken tazminat yükümlülüğü de ortadan kalkacaktır¹¹⁹.

İhbar külfeti bakımından üzerinde durulması gereken bir diğer nokta bu bildirimde engelin önlenebilir olması halinde de yapılıp yapılmayacağıdır. Madde 79 f. 1 kapsamında engelin ve sonuçlarının önlemez ve kaçınılmaz olması gerekliliği başlığı altında da açıkladığımız üzere, doktrindeki bir görüş uyarınca, borçlu tarafından

109 Atamer, CISG (n 4) 474.

110 Ayanoğlu Morali (n 9) 302; Dayıoğlu (n 3) 146; Neumayer, Ming (n 11) 532; Atamer, CISG Art. 79 (n 9) para 95; Schwenzler, CISG m. 79 (n 19) para 44; Atamer, CISG (n 4) 474.

111 CISG m. 27: "Antlaşmanın bu Kısmında açıkça aksi düzenlenmedikçe, sözleşme taraflarından birinin bu Kısmaya uygun bildirim, talep veya diğer bir açıklaması koşullara uygun araçlarla yapılmışsa, bu açıklamanın iletimindeki bir gecikme veya hata veya ulaşmamış olması açıklamada bulunan tarafı ona dayanmak hakkından yoksun bırakmaz."

112 Atamer, CISG (n 4) 474; Schwenzler, CISG m. 79 (n 19) para 45.

113 Ayanoğlu Morali (n 9) 302.

114 Schwenzler, CISG m. 79 (n 19) para 46.

115 ibid.

116 Dayıoğlu (n 3) 146; Schwenzler, CISG m. 79 (n 19) para 47; Atamer, CISG (n 4) 474.

117 ibid.

118 Zeytin (n 11) 331.

119 Atamer, CISG (n 4) 475; Tallon (n 31) para 2.8.

engelin ikame mal temin etmek suretiyle önlenebildiği hallerde dahi borçlunun karşı tarafa m. 79 f. 4 kapsamında bildirimde bulunması gerekmektedir¹²⁰. Bunun aksine, doktrindeki bir diğer görüş uyarınca, söz konusu bildirim yükümlülüğü, yalnızca ifa engelının kesin, önlenemez ve kaçınılmaz olduğu hallerde yerine getirilmelidir¹²¹.

CISG'nin aksine Türk hukukunda tüm borca aykırılık hallerini içine alacak genel bir bildirim yükümlülüğü öngörülmemiştir¹²². Yalnızca TBK m. 136 f. 3 incelendiğinde CISG m. 79 f.4'deki bildirim yükümlülüğüne benzer bir düzenlemeye yer verildiği görülmektedir. TBK m. 136 f. 3 uyarınca, *“Borçlu ifanın imkansızlaştığını alacaklıya gecikmeksizin bildirmez ve zararın artmaması için gerekli önlemleri almazsa, bundan doğan zararları gidermekle yükümlüdür.”* denmektedir. Mülga BK m. 117'de böyle bir yükümlülük bulunmamasına rağmen doktrindeki hakim görüş uyarınca aynı yükümlülük MK m. 2'de yer alan dürüstlük kuralına dayandırılarak kabul edilmekteydi¹²³. Buradan hareketle, borçlunun bu bildirim yükümlülüğüne aykırı hareket etmesi halinde, alacaklının bu yüzden uğradığı zararı tazmin etme borcu doğacaktır. Bu zarar, borçlu imkansızlığı ilk uygun zamanda bildirseydi ve/veya zararı azaltıcı tedbirleri alsaydı alacaklının uğramayacağı zarardır¹²⁴.

D. Üçüncü Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk

CISG m. 79 f. 2 uyarınca, *“Taraflardan birinin yükümlülüklerini ifa etmemesi, sözleşmeyi kısmen veya tamamen ifa etmek ile görevlendirdiği bir üçüncü kişinin ifa etmemesinden kaynaklanıyorsa, bu tarafın sorumluluktan kurtulması ancak; (a) Fıkra 1 uyarınca sorumluluktan kurtulmuş olduğu takdirde ve (b) Görevlendirmiş olduğu kişiye 1. fıkra hükmünün uygulanması durumunda görevlendirilen kişi de sorumluluktan kurtulacak olduğu takdirde mümkündür.”* Şöyle ki borçlu, borcunu ifa etmek için başvurduğu çalışanları, görevlileri, işçileri, ham madde veya satılan malın kendisini temin eden şahıslar¹²⁵ gibi ifa yardımcılarının fiillerinden, bu kişiler

120 Schwenger, CISG m. 79 (n 19) para 14; Pichonnaz (n 25) para 1762-1763; Secreteriat Commentary, para 16.

121 Tallon (n 31) para 2.8.

122 Ayanoglu Morali (n 9) 302. Serozan'a göre, bu koruma yükümlülüğü dürüstlük kuralına dayanan edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisinden kaynaklandığı gibi esasen tüm ifa engelleri ve hükümsüzlük olguları için geçerlidir. Bkz. Rona Serozan, “Yeni Borçlar Kanunu'nda İfa Engelleri Alanında “Malumu İlam” Örnekler” in *Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan*, (I. Baskı, Filiz Kitabevi 2013) 1043-1044.

123 Oğuzman, Öz (n 5) 561.

124 Oğuzman, Öz (n 5) 561-562; Nomer (n 5) 322.

125 Schwenger, CISG m. 79 (n 19) para 37; Advisory Council Opinion No:7, N. 18 <<https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op7.html>> son erişim tarihi 19.10.2018. Buna göre borçlunun ham madde ya da malın kendisini sağlayan tedarikçilere karşı olan sorumluluğu m. 79 f. 1 kapsamında üstlendiği malı teslim borcunu içine alan genel riskin bir parçası kabul edilir. Bkz. OLG Hamburg, 28 February 1997, <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970228g1.html>> son erişim tarihi 19.10.2018. İlgili kararda mahkeme satıcının m.79 f. 1 kapsamında sorumluluktan kurtulmadığını, satıcının kendi tedarikçisinden temin edeceği mallara ilişkin riskin kendisine ait olduğunu hükme bağlamıştır. BGH, 24 March 1999, Wine Wax Case <<http://www.cisg.law.pace.edu/cases/990324g1.html>> son erişim tarihi 19.10.2018. Alman Yüksek Mahkemesi tarafından verilen kararda Avusturyalı alıcı ile Alman satıcı arasında üzümleri korumak için kullanılan bir maddenin satımına ilişkin yapılan sözleşmede, satıcının sorumluluktan kurtulma talebini reddetmiştir. Satıcının sözleşme konusu malı temin ettiği tedarikçisi onun bilgisi dışında söz konusu malın formülünde değişiklik yapmış bu da alıcının zararına yol açmıştır. Her ne kadar mahkeme sorumluluğun m. 79 f. 1'ini yoksa f.2'ye mi dayandığına ilişkin bir açıklama getirmese de tedarikçi tarafından kontrol edilmeyen bir engelin mevcut olmadığı sonucuna varmıştır.

borçlunun kendi hakimiyet alanı içinde olduğundan m. 79. f. 1 uyarınca sorumludur¹²⁶. Buna karşın, m. 79 f. 2 anlamında kastedilen üçüncü kişiler borçlunun organizasyon ve hakimiyet alanı dışında bulunan, bağımsız hareket eden ve borçlunun sorumluluğu altında bulunmayan ikame kişilerdir¹²⁷. Madde 79 f. 2 kapsamında yer alan bağımsız üçüncü kişiler banka veya taşıyıcı gibi ifa sürecine dahil olan ve borçlunun üzerinde sınırlı bir hakimiyet ve denetime sahip olduğu kişilerdir¹²⁸.

Borçlunun madde 79 f. 2 kapsamında sorumluluktan kurtulması için ispat etmesi gereken iki şey vardır. Borçlu ilk olarak f. 1 uyarınca ifa engelini öngörülemez, önlenemez ve kaçınılmaz olduğunu; ikinci olarak da üçüncü kişi bakımından da f. 1’de sayılan hususların mevcut olduğunu ispat etmelidir ki bağımsız ifa yardımcısının fiilinden dolayı oluşan tazminat sorumluluğundan kurtulsun. Buradan hareketle f. 2’de yer alan şartların tamamının bir arada gerçekleşmesi gerektiğinden, üçüncü kişilerin fiillerinden sorumluluk açısından daha katı bir sorumluluk rejimi ortaya konmaktadır¹²⁹.

Türk hukuku ile karşılaştırmalı olarak incelendiğinde, borçlunun kendi hakimiyet alanı içinde olan ve sorumluluklarının kapsamı CISG m. 79 f. 1’de yer alan ifa yardımcılarının sorumlulukları TBK m. 116’da düzenlenmektedir¹³⁰. TBK m. 116 f. 1 uyarınca, *“Borçlu, borcun ifasını veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasını, birlikte yaşadığı kişiler ya da yanında çalışanlar gibi yardımcılarına kanuna uygun surette bırakmış olsa bile, onların işi yürüttükleri sırada diğer tarafa verdikleri zararı gidermekle yükümlüdür.”* Buradan hareketle, bir kişinin yardımcı kişi sayılabilmesi için borçlunun emri altında olması veya borçluya bir sözleşme ile bağlı bulunması şart değildir¹³¹. TBK m. 116 uyarınca bir kişinin yardımcı kişi sayılabilmesi için bu kişinin borcun ifasına katılırken borçlunun onayını almış olması gerekir¹³². Bu onay en geç yardımcı kişinin zarar doğuran fiili işlemeden önce verilmiş olmalıdır¹³³. Burada borçlunun sorumluluğu bir kusursuz sorumluluktur. Şöyle ki, yardımcı kişinin verdiği zararda borçlunun kusuru bulunmasa bile o bu zarardan sorumlu tutulacaktır¹³⁴. TBK m. 66’nın aksine, m. 116 borçluya bir kurtuluş kanıtı getirme imkânı tanımamıştır. Borçlu, yardımcı kişiyi seçmede, ona talimat ve bilgi vermede, denetlemede gerekli özen ve dikkati gösterdiğini ispat

126 Atamer, CISG (n 4) 472; Ayanoğlu Morali (n 9) 303; Dayıoğlu (n 3) 147-148; Schwenger, CISG m. 79 (n 19) para 34; Tallon (n 31) para 2.7.

127 Schwenger, CISG m. 79 (n 19) para 34; Tallon (n 31) para 2.7.1; Flambouras (n 25) 274; Neumayer, Ming (n 11) 523; Atamer, CISG (n 4) 472.

128 Atamer, CISG (n 4) 472; Schwenger, CISG m. 79 (n 19) para 34.

129 Schwenger, CISG m. 79 (n 19) para 39; Atamer, CISG (n 4) 473.

130 Ayrıntılı bilgi için bkz. Zarife Şenocak, Borçlunun İfa Yardımcısından Doğan Sorumluluğu (1. Baskı, Dayınlarlı Hukuk Yayınları 1995).

131 Oğuzman, Öz (n 5) 417; Tandoğan (n 5) 436-437; Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme (n 42) 22, para 7.

132 Oğuzman, Öz (n 5) 418; Tandoğan (n 5) 436; Eren (n 5) 1100; Şenocak (n 130)104.

133 Oğuzman, Öz (n 5) 419.

134 ibid 425.

etse bile sorumluluktan kurtulamayacaktır¹³⁵. Bunun yanı sıra taraflara, TBK m. 116 f. 2 uyarınca, önceden yapılan bir sorumsuzluk anlaşması ile yardımcı kişilerin fiillerinden kaynaklanan zararlardan dolayı oluşacak sorumluluğu kısmen veya tamamen bertaraf etme imkânı da tanınmıştır.

E. Geçici İfa Engelleri

CISG m. 79 f. 3 uyarınca, “*Bu maddede öngörülen sorumluluktan kurtulma, engelin var olduğu dönem için geçerlidir.*” Buna göre, engelin geçici olması halinde borçlu yalnızca engelin devam ettiği süre içerisinde oluşan zararlardan doğan tazminat yükümlülüğünden kurtulur¹³⁶. Buna mukabil, engelin ortadan kalkmasıyla birlikte borçlunun ifada bulunma yükümlülüğü tekrar canlanır¹³⁷. Örneğin geçici bir ithalat/ ihracat yasağının mevcut olduğu bir durumda, yasağın ortadan kalktığı andan itibaren borçlunun ifa yükümlülüğünü yerine getirmesi gerekir¹³⁸. Ancak önemle belirtmek gerekir ki, ifa tarihinin sözleşmenin esaslı unsurunu teşkil ettiği hallerde bu imkânın kullanılması mümkün olmayacaktır¹³⁹. Edimin sözleşmede belirlenen tarihte ifa edilmemesi halinde sözleşme konusu malın bozulması ve yerine ikame bir malın tedarik edilmesinin mümkün olmadığı haller bu duruma örnek teşkil edebilir. Bunun yanı sıra, bu hususta dikkat edilmesi gereken bir diğer nokta da geçici bir ifa engelinin söz konusu olduğu hallerde, alıcı bu süreçte halen sözleşme ile bağlıdır ve teoride söz konusu engelin geçmesini beklemesi gerekir meğer ki, söz konusu geçici ifa engeli m. 25 anlamında bir esaslı ihlal teşkil etsin ve alıcı da m. 49’dan kaynaklanan haklarını kullanmamış olsun¹⁴⁰.

F. Sorumluluktan Kurtulmanın Hukuki Sonuçları

1. Tazminat Borcunun Ortadan Kalkması

CISG m. 79’da belirtilen şartların varlığı halinde, borçlu engelin varlığı süresince tazminat ödeme yükümlülüğünden kurtulur¹⁴¹. Borçlunun tazminat ödeme yükümlülüğünden kurtulmuş olması borcun ifa edilmemesinin bir sözleşmeye aykırılık unsuru teşkil ettiği gerçeğini değiştirmez¹⁴². İfa engeli yalnızca borcun bir kısmının ifasını engelliyorsa, borçlu yalnızca o kısım bakımından tazminat ödeme borcundan kurtulur¹⁴³.

135 Eren (n 5) 1110; Tandoğan (n 5) 450.

136 Dayıoğlu (n 3) 148; Zeytin (n 11) 330; Schwenger, CISG m. 79 (n 19) para 41; Neumayer, Ming (n 11) 531; Atamer, CISG (n 4) 473; Magnus (n 9) 306.

137 Schwenger, CISG m. 79 (n 19) para 41; Atamer, CISG Art. 79 (n 9) para 87.

138 Atamer, CISG (n 4) 473.

139 Köroğlu (n 25) 790.

140 Atamer, CISG Art. 79 (n 9) para 87; Schwenger, CISG m. 79 (n 19) para 41; Honnold (n 24) 435.

141 Schwenger, CISG m. 79 (n 19) para 49; Zeytin (n 11) 331; Atamer, CISG (n 4) 475.

142 Schwenger, CISG m. 79 (n 19) para 49

143 Zeytin (n 11) 331; Schwenger, CISG m. 79 (n 19) para 49; Tallon (n 31) para 2.10.3.

CISG m. 79 kapsamında borçlunun tazminat borcundan kurtulması hususunda üzerinde durulması gereken önemli bir nokta da söz konusu tazminat borcunun ortadan kalkmasının sözleşmede borçlu aleyhine kararlaştırılmış olan cezai şart, garanti sorumluluğu veya götürü tazminat gibi hususlara etki edip etmeyeceğinin tespitidir. CISG m. 79 f. 5 incelendiğinde bu konunun Antlaşma metni kapsamına alınmadığı ve sadece tazminat talep etme hakkına ilişkin bir düzenlemeye yer verildiği görülmektedir. Doktrindeki hakim görüş uyarınca bu belirsizlik bir yorum sorunu olarak kabul edilmeli ve tarafların sözleşmelerinde kararlaştırdıkları bu gibi hususların geçerliliği CISG m. 4 uyarınca belirlenmelidir¹⁴⁴. CISG m. 4 uyarınca bu gibi hususların geçerliliği meselesi Antlaşma kapsamı dışında bırakılmıştır. Buradan hareketle, geçerlilik, uygulanacak ulusal hukuka göre tespit edilecektir. Bu tespitin olumlu olması durumunda, borçlunun m. 79 hükmüne dayanarak tazminat yükümlülüğünün yanı sıra sözleşme ile kararlaştırılan bu gibi şartlardan da sorumlu olup olmayacağı CISG m. 8 hükmü esas alınarak yorumlanmalıdır¹⁴⁵. Madde 79 uyarınca borçlunun tazminat sorumluluğundan kurtulmasına rağmen sözleşme ile kararlaştırılan mali yükümlülükleri yerine getireceği açıkça anlaşılıyorsa, borçlunun tazminat borcu ile birlikte bu mali yükümlülüklerden de kurtulduğu kabul edilmelidir¹⁴⁶. Bir başka deyişle, sözleşme ile kararlaştırılan cezai şart veya götürü tazminata ilişkin hükümlerin ulusal hukukça geçerli olduğunun tespit edilmesi halinde ise, borçlu her ne kadar CISG m. 79 hükmüne istinaden tazminat ödeme borcundan kurtuluyorsa da cezai şart ya da götürü tazminat olarak kararlaştırılan miktarı ödemesi gerekir¹⁴⁷.

2. Borçlunun Sorumluluktan Kurtulmasının Alacaklının Seçimlik Hakları Üzerindeki Etkisi

CISG m. 79 f. 5 uyarınca, ifa etmemenin sebebi, borçlunun hakimiyet alanı dışında kalan, öngörülemez ve kaçınılmaz bir engelden kaynaklanıyorsa, borçlu yalnızca tazminat sorumluluğundan kurtulacak olup; CISG m 46 uyarınca, alıcı, bu talebi ile bağdaşmayan bir hukuki imkândan yararlanmamış olması halinde, satıcıdan yükümlülüklerini ifa etmesini talep edebileceği gibi, malların sözleşmeye uygun olmaması halinde, bu uygunsuzluğun sözleşmeye esaslı bir aykırılık oluşturması ve m. 39'a uygun olarak yapılacak bildirim veya bildirimden itibaren makul bir süre içinde talepte bulunması halinde ikame mal teslimi isteyebilir veya satıcıdan, yine m. 39 uyarınca yapılacak bildirimle veya bildirimden itibaren makul süre içinde, sözleşmeye aykırılığın onarım yoluyla giderilmesini isteyebilecektir.

144 Atamer, CISG (n 4) 476; Zeytin (n 11) 332; Schwenger, CISG m. 79 (n 19) para 50.

145 Zeytin (n 11) 332; Advisory Council Opinion No: 10, para 5 <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op10.html>> son erişim tarihi 19.10.2018.

146 Zeytin (n 11) 332; Advisory Council Opinion No: 10, para 5.

147 Atamer, CISG (n 4) 476.

a. Aynen İfa Talebi

Borçlunun tazminat sorumluluğundan kurtulmasının alacaklının diğer haklarına etki etmeyeceğine ilişkin m. 79 f. 5 düzenlemesi, doktrinde, özellikle aynen ifa talebi hususunda tartışmalara neden olmuştur. Aynen ifa talebinin korunmasına ilişkin eleştirilerin hareket noktası, m. 79 anlamında borçluyu tazminat sorumluluğundan kurtaran bir engelin aynı zamanda borcu kesin olarak imkansızlaştıracağına düşünülmesidir¹⁴⁸. Bu sebeple de aynen ifa talebinin bir anlamı kalmadığı ileri sürülmüştür. Bu görüş, CISG’da yeknesak bir sözleşmeye aykırılık anlayışının olduğu ve sözleşme ihlallerinin ayıp, imkânsızlık, temerrüt gibi ayrımlara tabi olmadığı gerçeğinden hareketle ikna edici bulunmamıştır¹⁴⁹. Buna ek olarak, m. 79 yalnızca, hangi şartların gerçekleşmesi halinde borçlunun tazminat sorumluluğundan kurtulabileceğini düzenlemektedir. Sorumluluktan kurtulma imkânı veren ifa engeli borcun imkansızlaşmasına sebep olabileceği gibi, yukarıda da açıklandığı üzere ayıplı ifaya da sebep olabilecektir¹⁵⁰. Buradan hareketle aynen ifa talebinin mümkün olup olmayacağı m. 79’a göre değil, aynen ifa talebinin düzenlediği m. 46 ve 62’ye göre belirlenmelidir¹⁵¹.

Şüphesizdir ki, edim konusunun imkansızlaşmış olması halinde alacaklı aynen ifa talebinde bulunamayacaktır¹⁵². Ancak bu oldukça nadir rastlanan bir durumdur zira, “çeşit ve parça borçlarında sorumsuzluk” başlığı altında da ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, edimin bir çeşit borcu olduğu hallerde, alacaklı borçludan her zaman imkansızlaşan mallar yerine ikame mal talebinde bulunabilecektir. İmkânsızlık nedeniyle alacaklının aynen ifa talebinde bulunmasının mümkün olmadığı yegâne hallerden biri ise borç konusu edimin bir parça borcu olduğu hallerdir¹⁵³. Şöyle ki, doktrindeki hakim görüş uyarınca, tazminat sorumluluğu ortadan kalksın veya kalkmasın, parça borcunun ifası objektif olarak imkânsız hale gelirse, aynen ifa talebi engellenmelidir¹⁵⁴. Her ne kadar m. 79 f. 5, tazminat talebi ortadan kalksa bile alacaklının her zaman aynen ifa talebinde bulunma hakkının olduğunu söylese de ifa talebi ancak m. 46 ve 62’deki şartların mevcut olması halinde ileri sürülebilecektir¹⁵⁵.

148 Dionysios Flambouras, “Comparative Remarks on CISG Article 79 & PECL Articles 6:111, 8:108” 2002, para 4 <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/peclcomp79.html>> son erişim tarihi 19.10.2018; Honnold (n 24) para 435.5.

149 Yeşim M. Atamer, “Borçlunun CISG Madde 79 Uyarınca Tazminat Sorumluluğundan Kurtulması Halinde Alacaklının Diğer Taleplerinin Akıbeti Ne Olur?” (2013) 8 Özel Sayı Yaşar Üniversitesi Dergisi 490, 487. (Alacaklının Talepleri)

150 ibid 491.

151 ibid 493.

152 Schwenzer, CISG m. 79 (n 19) para 53; Tallon (n 31) para 2.10.2; Neumayer, Ming (n 11) 532-534.

153 Peter Huber and Alastair Mullis, *The CISG: A New Textbook for Students and Practitioners* (2nd edn, Sellier European Law Publishers 2007) 193. Ayrıntılı bilgi için bkz. sayfa 16-17.

154 Atamer, Alacaklının Talepleri (n 149) 500.

155 ibid 501. Aynen ifa talebinin m. 28 uyarınca ulusal hukuka başvurulacak çözümlenmesi gerektiği hususunda bkz. Schwenzer, CISG m. 79 (n 19) para 53; Atamer, Alacaklının Talepleri (n 149) 499.

Edimin sübjektif olarak imkânsız hale geldiği hallerde ise, ifa, borçlu için daha külfetli hale gelmiş olsa bile alacaklı aynen ifa talebinde bulunabilecektir¹⁵⁶. Bunun yanı sıra, alacaklın, engel sebebiyle sözleşmeye aykırı bir malın teslim edilmesi halinde, m. 46 f. 2 ve 3 kapsamında borçludan malın onarılmasını veya yenisi ile değiştirilmesini talep edebilir¹⁵⁷.

b. Alacaklının Diğer Hukuki İmkanları

Alacaklı, borçlunun m. 79 f. 5 kapsamında tazminat sorumluluğundan kurtulduğu hallerde, aynen ifa talebi dışında sözleşmeden dönme veya semenin tenzili haklarını da kullanabilir¹⁵⁸. Öncelikli olarak, alacaklının sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi için m. 49'da yer alan sebeplerden birinin gerçekleşmiş olması gerekir. Bunun yanı sıra, satıcının sözleşmeye aykırı bir mal teslim etmiş olması halinde alıcı m. 50'ye göre yapılacak bir hesaplama sonucu tespit edilen miktarın bedelden indirilmesini talep edebilecektir¹⁵⁹. Semen tenzili, zararın tazmininden farklı olarak, sözleşmeye aykırı bir malın teslim edilmiş olması sebebiyle bozulan edimler arasındaki dengenin yeniden kurulmasına hizmet eder¹⁶⁰. Son olarak, m. 79 f. 5 kapsamında, alacaklının sahip olduğu bir diğer hak da m. 78'e göre satış bedeli ve muaccel olmuş diğer meblağlar üzerinden faiz talep edebilecek olmasıdır¹⁶¹.

III. CISG M. 80 Uyarınca Alacaklının İfaya Engel Olması Halinde Sorumsuzluk

A. Genel Olarak

CISG m. 80 uyarınca, *“Bir taraf, diğer tarafın yükümlülüklerini ifa etmemesine, bu ifa etmeme durumu kendi eyleminden veya eylemsizliğinden kaynaklandığı ölçüde dayanamaz.”* Madde 80 hükmü hem Antlaşmanın 77. maddesinde¹⁶² yer alan zararı azaltma külfetinin bir yansımasını oluştururken¹⁶³ aynı zamanda genel nitelikli

156 Schwenzer, CISG m. 79 (n 19) para 54. Unutulmalıdır ki, mahkeme, bu tür durumlarda aynen ifaya hükmedebilecektir olsa dahi, hükmün icrası sübjektif imkânsızlık halı devam ettiği müddetçe mümkün olmayacaktır.

157 Atamer, Alacaklının Talepleri (n 149) 496.

158 Schwenzer, CISG m. 79 (n 19) para 55; Tallon (n 31) para 2.10.

159 Atamer, Alacaklının Talepleri (n 149) 507.

160 ibid.

161 Schwenzer, CISG m. 79 (n 19) para 56; Atamer, Alacaklının Talepleri (n 149) 507.

162 CISG m. 77: “Sözleşmenin ihlaline dayanan taraf, mahrum kalınan kar dahil, ihlalden doğan zararı azaltmak için koşullar dikkate alındığında makul olan bütün önlemleri almak zorundadır. Bu önlemleri almaması halinde, ihlal eden taraf, zararın azaltılabileceği miktarda tazminattan indirim yapılmasını isteyebilir.” İki madde arasındaki temel fark, m. 80 ihlalin sebebi ve bu sebebin alacaklıya isnat edilip edilemeyeceği ile ilgilendirken, m. 77 ihlalin borçlu tarafından gerçekleştiği varsayımından hareket etmekte ve bu ihlalin meydana getirdiği zararın alacaklının davranışları ile azaltılması ihtimali üzerinde durmaktadır.

163 Başak Baysal, *Zarar Görenin Kusuru (Müterafik Kusur)* (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2012) 370; Yeşim M. Atamer, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) Commentary*, CISG Art. 80 (Kröll, Mistelis, Perales Viscasillas eds, Hart Publishing 2011) para 1.

dürüstlük kuralının (m. 7 f.1) da bir ifadesidir¹⁶⁴. Buradan hareketle, borçlunun sözleşmeyi ihlal etmesi alacaklının davranışlarından kaynaklanıyorsa borçlu sorumluluktan kurtulacaktır¹⁶⁵. Zira hiç kimse kendisinin sebep olduğu olumsuz durumdan lehe bir sonuç çıkaramamalıdır¹⁶⁶. Madde 80 kapsamında borçlu yalnızca tazminat sorumluluğundan değil, bütün sorumluluklarından kurtulur¹⁶⁷. Bu durumda alacaklı, tazminat talebi dışında sahip olduğu aynen ifa, semenin tenzili, onarım veya sözleşmeden dönme gibi haklarını da borçludan talep edemeyecektir. Bu açıdan bakıldığından m. 80’de düzenlenen sorumluluktan kurtulma rejiminin kapsamı m. 79 f. 5’dekine oranla daha geniş olduğu için, m. 80 düzenlemesinin m. 79 hükmüne nazaran daha üstün olduğu kabul edilmektedir¹⁶⁸. Buna ek olarak m. 80 kapsamında borçlunun sorumluluktan kurtulması için, alacaklının kusurlu olması da aranmaz¹⁶⁹.

B. Sorumluluktan Kurtulmanın Şartları

1. Yükümlülük İhlali

Öncelikli olarak madde 80 kapsamında bir sorumluluktan kurtulmanın söz konusu olabilmesi için borçlunun sözleşmeden veya Antlaşmadan kaynaklanan bir yükümlülüğünü ihlal etmiş olması gerekir¹⁷⁰.

2. Alacaklının Davranışı

CISG m. 80 uyarınca borçlunun sorumluluktan kurtulabilmesi için kendisinin borcunu ifa etmemesi alacaklının eylem veya eylemsizliğinden kaynaklanmalıdır¹⁷¹. Alacaklının bu olumsuz davranışı sözleşmeden, kanundan, Antlaşmadan, dürüstlük kuralından veya ticari teamüllerden kaynaklanan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi halinde ortaya çıkabilir¹⁷². Buna ek olarak, yukarıda da belirttiğimiz üzere alacaklının

164 Zeytin (n 11) 334; Ingeborg Schwenzer, “CISG m. 80” in Schwenzer and Çağlayan Aksoy (eds), Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Viyana Satım Sözleşmesi) Şerhi (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2015) para 8; Atamer, CISG Art. 80 (n 163) para 1; Fritz Enderlein and Dietrich Maskow, *International Sales Law*, (Oceana Publications 1992) Art 80 CISG, para 1.1; Atamer, CISG (n 4) 470; Denis Tallon, *Commentary on the International Sales Law: The 1980 Vienna Sales Convention*, CISG Art. 80 in Cesare Massimo Bianca ve Michael Joachim Bonell eds, Giuffrè 1987 para 1.1 <<https://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/tallon-bb80.html>> son erişim tarihi 19.10.2018. Madde 80’in genel nitelikli bir dürüstlük kuralı teşkil edip etmeyeceğine ilişkin tartışmalar ve detaylı bilgi için bkz. Thomas Neumann, *The Duty to Cooperate in International Sales: The Scope and Role of Article 80 CISG* (Sellier European Law Publishers 2012) 116 vd.

165 Baysal, Zarar Görenin Kusuru (n 163) 370.

166 Atamer, CISG (n 4) 470.

167 Magnus (n 9) 307; Erdem, Viyana Satım Sözleşmesi (n 27) 96; Schwenzer, CISG m. 80 (n 164) para 2; Dayıoğlu (n 3) 150; Atamer, CISG Art. 80 (n 163) para 1.

168 Magnus (n 9) 307; Honnold (n 24) par. 436.2; Schwenzer, CISG m. 80 (n 164) para 2; Zeytin (n 11) 333.

169 Baysal, Zarar Görenin Kusuru (n 163) 371; Atamer, CISG Art. 80 (n 163) para 1; Dayıoğlu (n 3) 150; Huber, Mullis (n 153) 266; OLG Koblenz, 31 January 1997, *Acrylic Blankets Case* <<https://cisgw3.law.pace.edu/cases/970131gl.html>> son erişim tarihi 19.10.2018.

170 Zeytin (n 11) 334; Enderlein, Makow, CISG Art. 80 (n 164) para 2.

171 Schwenzer, CISG m. 80 (n 164) para 3.

172 Zeytin (n 11) 335; Atamer, CISG Art. 80 (n 163) para 4; Atamer, CISG (n 4) 471.

kusurlu olup olmamasının borçlunun sorumluluktan kurtulması anlamında bir önemi yoktur¹⁷³. Alacaklının şu davranışları m. 80 kapsamında borçlunun sorumluluktan kurtulmasına örnek olarak gösterilebilir¹⁷⁴: malın temin edilmesine veya üretilmesine ilişkin yanlış talimatların verilmesi¹⁷⁵, malların teslim alınmaması, sözleşmenin ifası için gerekli iş birliğinden kaçınmış olma¹⁷⁶, FOB bir satışlarda malların yükleneceği geminin ya da yükleme limanının belirtmeme, gerekli ithalat ruhsatının alınmamış olması¹⁷⁷, ikame mal teslimatının haksız yere reddedilmesi¹⁷⁸. Bunun yanı sıra, alacaklının hakimiyet alanında bulunan ifa yardımcılarının davranışlarından kaynaklanan engellerden de alacaklı sorumlu olacaktır¹⁷⁹.

3. İliyet Bağı

Borçlunun sözleşmesel yükümlülüğünü ifa etmemesinin nedeni alacaklının davranışının hem mantıklı anlamda hem de objektif olarak ifayı kısmen ya da tamamen engelleyecek nitelikte olmalıdır¹⁸⁰. Bir başka deyişle, borçlunun yükümlülük ihlali ile alacaklının davranışı arasında illiyet bağı bulunmalıdır¹⁸¹. Alacaklının davranışı borçlunun sözleşmeyi ifa etme kabiliyetine zarar vermedikçe, borçlunun bu davranışı alacaklıya isnat edilemeyecektir¹⁸². Bunun yanı sıra, CISG m. 79'dan farklı olarak, ticari hayattaki dürüstlük kuralından kaynaklanan istisnalar saklı kalmak kaydıyla¹⁸³, borçludan alacaklının sebep olduğu ifa engelini aşması beklenemez¹⁸⁴.

İliyet bağına ilişkin doktrinadaki en tartışmalı mesele, borcun ifa edilmemesi sebebine hem alacaklının hem de borçlunun katkıda bulunduğu hallerde CISG m. 80'nin uygulanıp uygulanmayacağına ilişkindir. Bir başka ifadeyle, borcun ifa edilmemesinde alacaklı ve borçlunun müteselsilen sorumlu oldukları hallerde m. 80 hükmü uygulama alanı bulacak mıdır? Bu soruna ilişkin henüz kesin bir cevap

173 Schwenzer, CISG m. 80 (n 164) para 3; Atamer, CISG Art. 80 (n 163) para 4; Neumayer, Ming (n 11) 540.

174 Schwenzer, CISG m. 80 (n 164) para 3; Huber, Mullis, Huber 266; Atamer, CISG Art. 80 (n 163) para 4; Atamer, CISG (n 4) 471.

175 Tallon (n 164) para 2.3.

176 OGH, 6 February 1996, Propane Case <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960206a3.html>> son erişim tarihi 19.10.2018. İlgili davada satıcı kendi yükümlülüğünde olmasına rağmen alıcıya yükleme limanına ilişkin gerekli bilgileri sağlamadığı için, alıcı teminat mektubunu alamamıştır. Bu nedenle söz konusu ihlal satıcının yükümlülüğüne yerine getirmemesinden kaynaklandığı için m. 80 kapsamında alıcının sorumluluğuna dayanılmayacaktır. OLG München, 8 February 1995, Automobiles case <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950208g1.html>> son erişim tarihi 19.10.2018. Alıcı tarafından otomobiller teslim alınmamıştır.

177 Kyprianou v Cyprus Textiles Ltd., [1957] 2 Lloyd's Rep. 353. İlgili davada alıcı tarafından alınması gerekli ithalat ruhsatı zamanında alınmamıştır.

178 OLG Koblenz, 31 January 1997 <<https://cisgw3.law.pace.edu/cases/970131g1.html>> son erişim tarihi 19.10.2018. Alıcı satıcı tarafından önerilen ikame mal teslimini herhangi bir gerekçe olmadan reddetmiştir.

179 Schwenzer, CISG m. 80 (n 164) para. 3; Zeytin (n 11) 335.

180 Schwenzer, CISG m. 80 (n 164) para 4; Atamer, CISG Art. 80 (n 163) para 8.

181 Zeytin (n 11) 335.

182 Schwenzer, CISG m. 80 (n 164) para 6; Atamer, CISG Art. 80 (n 163) para 8.

183 Borçlunun ticari uzmanlık alanı sebebiyle alacaklı tarafından kendisine verilen talimatların hatalı olduğunu anladığı haller bu duruma örnek gösterilebilir. Detaylı bilgi için bkz. Atamer, CISG Art. 80 (n 163) para 9.

184 Schwenzer, CISG m. 80 (n 164) para 5; Atamer, CISG Art. 80 (n 163) para 9; Huber, Mullis (n 153) 266.

verilmemiş olmakla beraber doktrindeki bir görüş, m. 80 tarafından benimsenen “*ya hep ya hiç*” ilkesinden hareketle bu hükmün, ifa engelinin yalnızca alacaklıdan kaynaklandığı hallerde uygulanması gerektiğini savunur¹⁸⁵. Buna karşın hükmün tarihçesini ve lafzını¹⁸⁶ temel alan hakim görüş, madde 80’in borcun ifa edilmemesinde alacaklı ve borçlunun müteselsil sorumlu olduğu hallerde de uygulanabileceğini savunur¹⁸⁷. Buna göre, Türk hukukunda yer alan birlikte kusura benzer şekilde¹⁸⁸, sözleşmenin ihlalinde her iki tarafın davranışı etkili olmuşsa, m. 80’nin hukuki sonuçları her bir tarafın ifa etmeme sebebine katkısı oranında belirlenecektir¹⁸⁹. Özellikle tazminat alacağı, indirim veya faize ilişkin alacakların söz konusu olduğu uyuşmazlıklarda, CISG m. 77 ve 80 hükmü birlikte değerlendirilerek, meblağlar, tarafların davranışlarını ağırlığı esas alınarak paylaşılmalıdır¹⁹⁰. Bu paylaşırma mahkemenin takdirinde olduğundan ve hesaplama matematiksel bir kesinlik içermediğinden ortalama sonuçlar doğurma riskini de beraberinde getirmektedir¹⁹¹.

C. Hukuki Sonuçları

Alacaklının borcun ihlaline sebep olduğu hallerde, borçluya karşı ileri sürebileceği tazminat ve aynen ifa, sözleşmeden dönme, bedelden indirim veya faiz gibi diğer hukuki talepleri de ortadan kalkar¹⁹². Bunun yanı sıra, Madde 80’in alacaklının aynen ifaya ilişkin talebini ne ölçüde engellediği, alacaklının ifa engeline sebep olan davranışının etkisine göre belirlenmelidir¹⁹³. Şöyle ki, malların alacaklıdan kaynaklanan bir sebepten ötürü yok olduğu ya da zarar uğradığı hallerde, alacaklının borçludan ikame mal talebinde bulunması veya malların onarımını istemesi pek tabii m. 80 uyarınca mümkün olmayacaktır. Fakat, alacaklının davranışının yalnızca ifanın gecikmesine sebep olduğu bir durumda, söz konusu gecikme aynı zaman sözleşme hükümleri uyarınca esaslı bir ihlal de teşkil etmiyorsa, borçlunun alacaklının aynen ifa talebini yerine getirmesi gerektiği ileri sürülmektedir¹⁹⁴. Buna ek olarak, eğer alacaklının davranışı borçluyu sorumluluktan kurtarmasının yanında aynı zamanda sözleşmenin ihlaline neden olan

185 Magnus (n 9) 307; Huber, Mullis (n 153) 267.

186 CISG m. 80 hükmünde yer alan “kaynaklandığı ölçüde” ifadesinin bu işaret ettiği ileri sürülmüştür. Bkz. Atamer, CISG Art. 80 (n 163) para 10.

187 Schwenger, CISG m. 80 (n 164) para 7; Tallon (n 164) para 2.4.; Neumayer, Ming (n 11) 541; Atamer, CISG Art. 80 (n 163) para 10.

188 Detaylı bilgi için bkz. Baysal, Zarar Görenin Kusuru (n 163). TBK m 52 f. 1 uyarınca, “Zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasına ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminat indirebilir veya tamamen kaldırabilir.” M 52 f. 2 uyarınca ise, “Zarara hafif kusuruyla sebep olan tazminat yükümlüsü, tazminatı ödemediğinde yoksulluğa düşecek olur ve hakkaniyet de gerektirirse hâkim, tazminatı indirebilir.”

189 Bkz. Case 189/2003 <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/041229r1.html>> son erişim tarihi 19.10.2018; Dayioğlu (n 3) 151.

190 Zeytin (n 11) 336; Schwenger, CISG m. 80 (n 164) para 9; Neumayer, Ming (n 11) 541; Tallon (n 164) para 2.5.

191 Schwenger, CISG m. 80 (n 164) para 9.

192 Schwenger, CISG m. 80 CISG (n 164) para 8; Zeytin (n 11) 336; Huber, Mullis (n 153) 265; Neumayer, Ming (n 11) 539; Atamer, CISG Art. 80 CISG (n 163) para 11.

193 Atamer, CISG Art. 80 CISG (n 163) para 13.

194 ibid.

bir davranışsa¹⁹⁵, borçlu, CISG m. 61 f. 1/b ve m. 74 ile 77 kapsamında alacaklıdan zararını tazmin etmesini talep edebilecektir¹⁹⁶. Borca aykırılığın hem alacaklının hem de borçlunun davranışlarından ötürü meydana geldiği haller bakımından ise illiyet bağı başlığı altında yaptığımız açıklamalarımızı yinelemekteyiz.

D. İspat Yükü

Borçlunun CISG m. 80 hükmü uyarınca sorumluluktan kurtulması için, borcun ifa edilmemesinin yalnızca alacaklının veya tarafların ortaklaşa sebep olduğu bir eylem neticesinde gerçekleştiğinin borçlu tarafından ispat edilmesi gerekir¹⁹⁷. Bir başka ifadeye, m. 80 uyarınca ispat yükü, alacaklının bir eylemi veya eylemsizliği nedeniyle yükümlülüklerini ifa etmeyen borçlunun üzerindedir.

Sonuç

Her ne kadar CISG'daki sorumluluk sistemi temel olarak garanti sorumluluğu üzerine kurulmuş olsa da Antlaşmanın 79. ve 80. maddeleri taraflara sorumluluktan kurtulma imkânı sunmaktadır. Alıcı ve satıcı bakımından ortak etkileri olan CISG m. 79, taraflardan birinin yükümlülüklerini ifa etmemesinin denetimi dışında kalan, öngörülmez ve kaçınılmaz bir engelden kaynaklandığının ispat edilmesi halinde tazminat sorumluluğunun ortadan kalkacağını düzenlemektedir. Bir başka deyişle hüküm, borçluya, kendi riziko alanı dışında meydana gelen engeller neticesinde oluşan sözleşmeye aykırılıkların yarattığı sorumluluktan kurtulma imkânı sunmaktadır. Madde kapsamında yer alan sorumluluktan kurtulma yalnızca tazminat borcuna ilişkin olup, alacaklının diğer seçimlik haklarını kullanması bakımından herhangi bir sınırlama öngörmemektedir. Buradan hareketle borçlu her ne kadar ifa etmemenin kendi denetimi dışında kalan, öngörülmez ve kaçınılmaz bir engelden ötürü gerçekleştiğini ispat ederek tazminat sorumluluğundan kurtulabilecek olsa da Antlaşmada belirtilen şartların gerçekleşmesine bağlı olarak alacaklının kendisine yöneltebileceği aynen ifa, semenin tenzili, malın onarılması veya sözleşmeden dönme gibi hukuki imkanlarla bağlı kalacaktır.

Madde 79 f. 2 uyarınca ise, borçlu kendi denetim alanı içinde yer alan ifa yardımcılarının fiillerden sorumlu kabul edilirken, hüküm kapsamında belirtilen ve kendi denetimi altında olmayan bağımsız üçüncü kişilerin fiillerinden ötürü meydana gelen sözleşmeye aykırılıklardan sorumlu olmayacaktır. Bu noktada belirtmek gerekir ki, engeli aşmanın 3. kişi tarafından mümkün olduğu hallerde borçlu sorumluluktan kurtulması mümkün değildir. Bunun yanı sıra, m. 79 f. 3, geçici bir ifa engelinin söz konusu olması halinde, borçlunun yalnızca engelin devam ettiği süre bakımından tazminat sorumluluğundan kurtulacağını düzenlerken; f. 4 ise, ifa etmeyen tarafın bu engeli ve engelin kendisinin

195 Örneğin alacaklı m. 60 uyarınca ifayı kabul etme görevini ihlal ederse.

196 Schwenzer, CISG m. 80 (n 164) para 8; Zeytin (n 11) 336.

197 Schwenzer, CISG m. 80 (n 164) para 11; Atamer, CISG Art. 80 (n 163) para 20; Zeytin (n 11) 336.

ifa kabiliyeti üzerindeki etkilerini karşı tarafın gerekli önlemleri alabilmesini mümkün kılmak amacıyla bildirimde bulunması gerektiğini belirlemektedir.

CISG m. 79’da tarafların tazminat sorumluluğundan kurtulması düzenlenirken; m. 80’de ise borçlunun yükümlülüklerini ifa etmemesinin alacaklının bir davranışı neticesinde gerçekleşmesi halinde, alacaklının borçlunun sözleşmeye aykırılığını ileri süremeyeceği hususu düzenlenmiştir. Şöyle ki, CISG m. 80’de yer alan sorumsuzluğun kapsamı m. 79’a oranla daha geniştir. Buna göre borçlu yalnızca tazminat borcundan değil diğer tüm sorumluluklarından kurtulacaktır.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almamıştır.

Kaynakça/References

- Atamer MY, *Borçlunun CISG Madde 79 Uyarınca Tazminat Sorumluluğundan Kurtulması Halinde Alacaklının Diğer Taleplerinin Akıbeti Ne Olur?* (2013) 8/Özel Sayı Yaşar Üniversitesi Dergisi 487–509.
- ___ “*Commentary on Article 79 and 80*”, UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)- Commentary (Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas eds, 2011).
- ___ *İfa Engelleri Hukukunu Yeniden Sistemize Etmeyi Düşünmek: Borca Aykırılık Türleri Yerine Yaptırımları Esas Alan Bir Sistematik* (On İki Levha Yayıncılık 2010) Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan 217-260.
- ___ Satıcının Sözleşmeye Aykırı Davranışı Ekseninde CISG’ın İfa Engelleri Sistemine Genel Bakış”, in Yeşim Atamer (ed), *Milletlerarası Satım Hukuku- Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)* (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2008).
- ___ *Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması*” (1. Baskı, Beta Yayıncılık 1996).
- ___ *Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülüklerine ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları* (1. Baskı, Beta Yayıncılık 2005) 268.
- Ayanoğlu Morali A, “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması’nın Öngördüğü Sorumluluktan Kurtulma Sistemi” 2015 Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 289.
- Baysal B, *Sözleşmenin Uyarlanması BK M. 138 Aşırı İfa Güçlüğü* (2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2017).
- ___ *Zarar Görenin Kusuru (Müterafik Kusur)* (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2012)
- Berman J. H, “*Excuse for Non-Performance in the Light of Contract Practices in International Trade*” 63(8) Columbia Law Review 1413.
- Bonell J. M, *Commentary on the International Sales Law: The 1980 Vienna Sales Convention*, Introduction to the Convention (Cesare Massimo Bianca ve Michael Joachim Bonell eds, Giuffré 1987).
- Dayıoğlu Y, *CISG Uygulamasında Sözleşmenin İhlali Halinde Alıcının Hakları ve Özellikle Alıcının Tazminat Talep Etme Hakkı* (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2011).

- Enderlein F, Maskow D, *International Sales Law* (Oceana Publications 1992).
- Erdem H. E, “*Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (Viyana Satım Sözleşmesi)*”, *Milletlerarası Ticaret Hukuku İle İlgili Makaleler* (1. Baskı, Beta Yayıncılık 2008) 25.
- Flambouras P. D, “Comparative Remarks on CISG Article 79 & PECL Articles 6:111, 8:108” (2002).
- — “*The Doctrines of Impossibility of Performance and Clausula Rebus Sic Stantibus in the 1980 Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Principles of European Contract Law: A Comparative Analysis*” (2001) 13 *Pace International Law Review*.
- Honnold O. J, *Uniform Law for the International Sales Under the 1980 United Nations Convention* (3rd edn, The Hague 1999).
- Huber P, Alastair M, *The CISG: A New Textbook for Students and Practitioners* (2nd edn, Sellier European Law Publishers 2007).
- Kara D, “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG) Uyarınca Hasar Sorunu ve Türk Borçlar Kanunu ile Karşılaştırılması” 2018 38 *PPIL* 107, 145.
- Kocayusufoğlu N, Hatemi H, Serozan R, Arpacı A, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm- İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme* (7. Baskı, Filiz Kitabevi 2016).
- Köröğlu B, “*Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (CISG) Madde 79 ve 80 Kapsamında Sorumluluktan Kurtulma*” 2013 17(1-2) *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 775.
- Magnus U, “CISG Uyarınca Tazminat, Faiz, Sorumluluktan Kurtulma”, in Yeşim Atamer (ed), *Milletlerarası Satım Hukuku: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)* (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2008).
- Neumann T, *The Duty to Compare in International Sales: The Scope and Role of Article 80 CISG* (Sellier European Law Publishers 2012).
- Neumayer K, Ming C, *Convention de Vienne sur les Contrats de Vente Internationale de Marchandises Commentaire* (François Dessemontet ed, (Centre du droit de l’entreprise, droit industriel, droit d’auteur, droit commercial, Publication Cedidac 1993).
- Nomer N. H, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (14. Baskı, Beta Yayıncılık 2015).
- Oğuzman K, Öz T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, vol 1 (14. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2016).
- — *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, vol 2 (12. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2016).
- Pichonnaz P, *Impossibilité et Exorbitance: Etudes Analytique des Obstacles a L’Exécution des Obligations en Droit Suisse (Art. 119 CO et 79 CVIM)*, Fribourg 1997.
- Saidov D, “Cases on CISG Decided in the Russian Federation” 2003 7 *Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration* 1.
- Schlechtriem P, Schwenger I, *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Viyana Satım Sözleşmesi) Şerhi*, (Ingeborg Schwenger ve Pınar Çağlayan Aksoy eds, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2015).
- Schwenger I, “*Force Majeure and Hardship in International Sales Contracts*” (2008) 39 *VUWLR* 709.

- Şenocak Z, *Borçlunun İfa Yardımcısından Doğan Sorumluluğu* (1. Baskı, Dayınlarlı Hukuk Yayınları 1995).
- Serozan R, “*Yeni Borçlar Kanunun’da İfa Engelleri Alanında “Malumu İlam” Örnekler*”, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan (Filiz Kitabevi 2013) 1041.
- Tallon D, *Commentary on the International Sales Law: The 1980 Vienna Sales Convention*, CISG Art. 79 (Cesare Massimo Bianca ve Michael Joachim Bonell eds, Giuffrè 1987).
- ___ *Commentary on the International Sales Law: The 1980 Vienna Sales Convention*, CISG Art. 80 (Cesare Massimo Bianca ve Michael Joachim Bonell eds, Giuffrè 1987).
- Tandoğan H, *Türk Mes’uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes’uliyet)* (1. Baskı, Vedat Kitapçılık 2010).
- Ulus A. E, *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin BM Antlaşmasında ve Avrupa Borçlar Hukuku Prensiplerinde Tazminat Sorumluluğunun Sınırlandırılmasında Öngörülebilirlik İlkesi* (1. Baskı, Beta Yayıncılık 2011).
- Uncitral, *Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (2012).
- Will M, *Commentary on the International Sales Law: The 1980 Vienna Sales Convention*, CISG Art. 45 (Cesare Massimo Bianca ve Michael Joachim Bonell eds, Giuffrè 1987).
- Yılmaz S, *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Sözleşmenin İhlali Halinde Alıcının Hakları* (1. Baskı, Yetkin Yayınları 2013).
- Zeytin Z, *Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku- CISG* (2. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2015).



Vekâlet Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk

Doğan Kara¹

Öz

Günümüzün ticari ve ekonomik hayatı, ülke sınırlarını aşan bir karaktere sahiptir. Bu ekonomik yapı dâhilinde bilgi ve uzmanlık önem kazanmaktadır. Bu sebeple uzmanlık gerektiren danışmanlık, bankacılık, tıp sektörü, eğitim, hukuk, mimarlık gibi birçok alanda vekâlet sözleşmesi geniş bir uygulama alanına sahiptir. Vekâlet sözleşmesinin birçok durumda temsil yetkisi ile beraber kendini göstermesi ya da daha doğru bir ifadeyle vekâlet sözleşmesinin birçok durumda temsil yetkisini gerektirmesi, vekâlet sözleşmesi kapsamında yer alan hükümlerden hangilerinin akit statüsüne, hangilerinin ise temsil yetkisine uygulanacak olan hukuka tabi olacağı sorununun gündeme getirmektedir. Bu açıdan doğrudan doğruya temsil yetkisi ile ilgili olan gri alanlar bir bütün olarak değerlendirilmeli ve temsil yetkisine uygulanacak hukuka tabi olmalıdır. Bunun dışında vekâlet sözleşmesine uygulanacak olan hukuk, genel akit statüsünün, başka bir deyişle sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde uygulanacak hukukun tespiti ile belirlenecektir. Unutulmamalıdır ki tüm bu değerlendirmeler kapsamında en önemli nokta, vasıflandırma sorununun nasıl çözümleneceği konusudur.

Anahtar Kelimeler

Vekâlet sözleşmesi • Temsil • Kanunlar ihtilafı • Lex causae • Vasıflandırma

The Applicable Law to the Contract of Mandate

Abstract

Today's commercial and economic life has a character that transcends the borders of the countries. Knowledge and expertise gain importance in this economic structure. Therefore, in many fields such as consultancy, banking, medical sector, education, law, architecture, which require expertise, the contract of mandate has a wide application area. The fact that the contract of mandate manifests itself in many cases together with the power of representation or, in a more precisely, requires the power of representation raises the question of which regulations will be subject to the contract status and which law to be applied to the power of representation. In this respect, the grey areas, which are directly related to the authority of representation, should be considered as a whole and subject to the law applicable to the power of representation. In addition, the law to be applied to contract of mandate shall be determined by the determination of the general "contract status", in other words "the law applicable to contractual obligations". It should be remembered that the most important point in all these evaluations is the problem of qualification.

Keywords

Contract of mandate • Representation • Conflict of laws • Lex causae • Qualification

1 Sorumlu Yazar: Doğan Kara (Araş. Gör.), Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı, İstanbul, Türkiye. Eposta: dogankara@yahoo.com ORCID: 0000-0001-5322-4954

Atf: Kara D, "Vekâlet Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk" (2019) 39(1) PPIL 145. <https://doi.org/10.26650/ppil.2019.39.1.0003>

Extended Summary

Today's commercial and economic life has a character that transcends the borders of countries. Knowledge and expertise gain importance in this economic structure. Therefore, in many fields such as consultancy, banking, the medical sector, education, law, architecture, which require expertise, the contract of mandate has a wide application area. As a matter of fact, the contract of mandate manifests itself in many cases together with the representative authority or, more precisely, requires the representative authority raising the question of which regulations will be subject to the contract status and which law to be applied to the representative authority.

Due to the similarity between the contract of mandate and the representative authority, the resolution of the qualification dispute is very important in the determination of the applicable law to the contract of mandate. Since, according to the qualification methods (*lex causae* method or *lex fori* method), gray areas can be evaluated within the scope of the representative authority or contract of mandate. In the determination of the subject, it is necessary to evaluate the areas touching the representative authority as a whole and to be subject to the same law. At the beginning of these areas, sub-power of attorney, substitution of mandate and the cases required special representative authority come together. These institutions should be considered within the concept of representative authority and subject to the law of the state in which the agent has his place of business according to Article 30, paragraph 2 of the International Private and Civil Procedure Law (Act No. 5718) that regulates the representative authority. This is because these institutions dispose the conditions under which acts of the agent bind the principal in relation to third parties. Therefore, possible legal conflicts that may arise as a result of subjecting gray areas to different legal systems will be prevented. On the other hand, the case that several persons conclude a contract of mandate as agents according to the substantive law and those of agents do not act together as a representative, cause an agency without authority. In the same way, when the substitution of mandate is available, the lack of authority to delegate the power of representation to another person as a representative or the authorization that is not given in cases where special representation is required lead to the agency without authority. Since the conditions required to be accountable the principal to third parties for the acts of agents are deficient in these cases, this deficiency falls into the application area of the Article 30, paragraph 2 of the International Private and Civil Procedure Law. The law to be applied to the indirect representation is always connected with the basic legal relationship with the substantive law and should be considered as its integral part. Therefore, the indirect representation should be subject to the law applied to the basic legal relationship. Outside of the grey areas, the applicable law to the contract of mandate shows parallelism with the general "contract status", in other words "the law applicable to contractual obligations".

In the absence of a choice of law, the applicable law to the mandate will be governed by the most connected and closest law to the contract of mandate in accordance with the objective connecting factor that should be specified according to the characteristic obligation of mandate. In the contract of mandate, it is accepted that the characteristic obligation is the service obligation of the agent. This objective connecting factor is the habitual resident of the agent or if the contract of mandate was concluded in the exercise of a professional or commercial activity, where the agent has his place of business.

Having regard to the complexity of today's economic relations, the possibility of a more closely related law will be strengthened. Considering the state of all affairs, if there is a law more tightly related to the contract of mandate, that particular law shall govern the relationship between the parties in accordance with Article 24, paragraph 4 of the International Private and Civil Procedure Law. The exceptional application of the exception clause will be more important than the expected situation of this disposition in the present case. It should be noted that doctors, engineers, architects, lawyers, counselors, notaries, dentists, veterinarians and banks who have the capacity to act as agent in the contract of mandate will often perform their obligation of service on their own place of business. Accordingly, in the absence of a choice of law in these professional activities, the law which the objective connecting factor determines, will often be considered as the more closely related law with the contract of mandate.

Vekâlet Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk

Giriş

Değişen toplum ve gelişen ekonomik düzene bağlı olarak Roma Hukuku'ndan günümüze kadar varlığını sürdürmüş olan klasik sözleşme tipleri, uygulama alanlarını geliştirerek farklı kalıplarda kendilerini göstermektedir. Klasik sözleşme tiplerinden değişime en açık olanı “*vekâlet sözleşmesi*” olarak adlandırılrsa yeridir. İnsan emeğinden özgürce yararlanmayı kendisine gaye edinmiş olan vekâlet sözleşmesi, güven temeline dayalı bir Romanist sözleşme tipi olmaktan kurtulmakta ve *-her ne kadar zenginliğini üzerinde yükseldiği Romanist statüye borçlu olsa da-* günümüzde kendisini uzmanlık ve bilginin en iyi şekilde değerlendirilmesini sağlayan bir sözleşme temeline oturtmaktadır. Günümüz dünyasının ülke sınırlarını aşan ticari ve ekonomik yapısı ise bu kurumun önemini artırmaktadır. Danışmanlık hizmetlerinden bankacılığa, tıp sektöründen eğitime, hukuktan mimarlığa kadar birçok alanda kendisini gösteren vekâlet sözleşmesi ülke sınırlarını zorladıkça, bu sözleşmeye uygulanacak olan hukuk da bir o kadar önem kazanmaktadır.

Vekâlet sözleşmesinin birçok durumda temsil yetkisi ile beraber kendini göstermesi ya da daha doğru bir tabirle vekâlet sözleşmesinin birçok durumda temsil yetkisini gerektirmesi, vekâlet sözleşmesinin içinde yer alan düzenlemelerden hangilerinin akit statüsüne, hangilerinin ise temsil yetkisine uygulanacak olan hukuka tabi olacağı sorununun gündeme getirmektedir. Bu sorunun çözümü için ilk olarak maddi hukuk bakımından konu değerlendirmeye tabi tutulacak, vasıflandırma ihtilafının çözümünün öneminden bahsedilecek, daha sonra vekâlet sözleşmesi kavramı incelenerek, tanımı ve unsurları değerlendirilecek, ardından temsil yetkisi kavramı ile vekâlet sözleşmesi arasındaki farklar ve söz konusu hukuki kurumların iç içe geçtiği “*gri alanlar*” tespit edilecektir.

İkinci bölümde ise vekâlet sözleşmesine uygulanacak hukuk ve akit statüsünün tayini, Avrupa Birliği Hukuku *-Roma I Tüzüğü-* ve İsviçre Hukuku *-Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında Kanun (Loi fédérale sur le droit international privé - LDIP)-* ile karşılaştırmalı olarak 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) m. 24 uyarınca incelenecek, bu kapsamda subjektif bağlama kuralı, objektif bağlama kuralı ve istisna kuralı değerlendirilecektir. Son olarak üçüncü bölümde ise temsil yetkisine uygulanacak hukuk üzerinde durulacak ve akit statüsüne tabi olmayan gri alanlar açıklığa kavuşturulacaktır.

I. Maddi Hukuk Bakımından Konunun Değerlendirilmesi

A. Genel Olarak

Vekâlet sözleşmesi, diğer iş görme sözleşmelerine nazaran sözleşme ilişkisine tipik unsurunu kazandıran iş görme edimi borçlusunun uzmanlık alanına saygı duyarak,

borçlandığı edimi ifa edebilmesi için ona bağımsız hareket edebilme salahiyeti sağlayan bir “*tip*” sözleşmedir¹. *De lege lata*, vekâlet sözleşmesi bağımsız bir şekilde ifası gereken ve sonuç taahhüdü olmaksızın (*obligation de résultat*) bir araç taahhüdü (*obligation de moyens*) içeren bütün iş görme sözleşmelerinin genel çerçevesini oluşturur². Değişen ekonomik ihtiyaçlara paralel olarak vekâlet sözleşmesinin birçok hukuki ilişkiyi kapsamına alabilen geniş çerçevesi de farklılaşmakta ve “*dostlar arasında bir güven ilişkisi*” olarak adlandırılan bu hukuki ilişki, salt güven temelinden sıyrılarak daha profesyonel ve objektif temellere oturmaktadır³. Günümüzde birçok vekâlet sözleşmesinin temelinde diğer sözleşmelerde olduğundan daha farklı bir güven temeli bulunmamaktadır. Artık önceleri büyük önem atfedilen bu güven temelini yerini uzmanlığa dayalı meslek kolları çeşitlendikçe “*özen yükümlülüğü*” almaktadır. Esasen özen yükümlülüğü, her ne kadar vekâlet sözleşmesinin nitelendirilmesinde belirleyici olmasa da, vekâlet verenin ihtiyaç duyduğu iş görme amacının gerçekleşmesi açısından gerekli ve yeterlidir⁴.

Yatırım, hukuki veya ekonomik danışmanlık, sağlık turizmi, uluslararası bankacılık sektörü, akreditif işlemleri, uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümü, uluslararası inşaat sektörüne bağlı olarak mimarlık ve mühendislik işleri, yurtdışı eğitim sektörü gibi alanların uluslararası ekonomik ilişkilerde hacminin artması sebebiyle vekâlet sözleşmesi giderek alanını genişleten ve zeminini sağlamlaştıran bir sözleşme bloğu özelliği taşımaktadır. Şüphesiz saydığımız bu ekonomik ilişkiler, ülkelerin sınırlarını aşan uluslararası akdi borç ilişkilerine dâhil olmaları sebebiyle yabancılik unsuru

1 Herman Becker, *İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi: İkinci Bölüm, Çeşitli Sözleşme İlişkileri, Madde: 184-551* (Suat Dura tr, Yargıtay Yayınları 1993) m. 394, para 1; Hugo Oser, Wilhelm Schönenberger, *İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi: Akdın Muhtelif Nevileri* (Kemal Fikret Arık tr, Adalet Bakanlığı Yayınları 1966) m. 394, para 1; Andreas von Tuhr, *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Cilt: 1-2* (Cevat Edege tr, Yargıtay Yayınları, Olgaç Matbaası 1983) 322; Pierre Tercier, Laurent Bieri, Blaise Carron, *Les contrats spéciaux* (Sème Edition, Schulthess Verlag Editions Romandes 2016) 606; Franz Werro, *Commentaire Romand Code des Obligations I Art. 1-529 CO* (Luc Thévenoz et Franz Werro Eds, 2ème Edition, Helbing Lichtenhahn 2012) art. 394 CO, para 3; Franz Werro, *Le mandat et ses effets- Une étude sur le contrat d'activité indépendante selon le Code suisse des obligations-Analyse critique et comparative* (Edition Universitaire Fribourg Suisse 1993) para 12; Haluk Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri: Cilt II, İstisna (Eser) ve Vekâlet Sözleşmeleri, Vekâletsiz İş Görme, Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri* (4. Tıpkı Basım, Evrim Basım Yayım Dağıtım 1989) 355-56; Cevdet Yavuz, Faruk Acar, Burak Özen, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (10th, Beta Yayınevi 2014) 1120; Cevdet Yavuz, Faruk Acar, Burak Özen, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Derstleri Özel Hükümler* (6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 13th, Beta Yayınevi 2014) 632; Mustafa Alper Gümüş, *Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu* (Beta Yayınevi 2001) 1ff; Mustafa Alper Gümüş, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt II, Eser Vekâlet, Sımsarlık, Vekâletsiz İş Görme, Havale, Saklama, Kefalet ve Garanti*, (3rd, Vedat Kitapçılık 2012) 116; Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı* (Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 2nd, Filiz Kitabevi 2017) 410; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (4th, Yetkin Yayınları 2017) 705; Aydın Zevkiler, Kadir Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (17th, Turhan Kitabevi 2017) 599 ff.; Fahrettin Aral, Hasan Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 11th, Yetkin Yayınları 2015) 434; Murat Aydoğdu, Nalan Kahveci, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Sözleşmeler Hukuku* (Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 3rd, Adalet Yayınevi 2017) 790ff; Zekeriyâ Kürşat, “Eser ve Vekâlet Sözleşmelerinin Nitelendirilmesi Sorunu ve Nitelendirmenin Hükümü” (2009) C. LXVII İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 143, 143; Roma Hukukunda: Türkân Rado, *Roma Hukuku Derstleri: Borçlar Hukuku* (Filiz Kitabevi 2014) 115ff; Ziya Umur, *Roma Hukuku Ders Notları* (Tıpkı 3rd, Beta Yayıncılık 2010) 372ff; Şahin Akıncı, *818 Sayılı BK ve 6098 Sayılı TBK ile Mukayeseli Roma Borçlar Hukuku* (7th, Sayram Yayınları 2017) 162ff; Bülent Tahiroğlu, *Roma Borçlar Hukuku* (Der Yayınları 2016) 246ff.

2 Tercier, Bieri, Carron (n 1) 606-10; Werro, *CR CO-I* (n 1) art. 394 CO, para 3.

3 Tercier, Bieri, Carron (n 1) 606; Werro, *CR CO-I* (n 1) art. 394 CO, para 11.

4 Werro, *CR CO-I* (n 1) art. 394 CO, para 12a. Bu husus ayrıca sosyal ilişkilerin insanların kişiliklerinden uzaklaşarak ticarileşmesi ile de açıklanmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkzn.: Tercier, Bieri, Carron (n 1) 606.

ihtiva edebilmekte ve ihtiva ettikleri yabancılık unsuru sebebiyle Milletlerarası Özel Hukuk kapsamında tabi oldukları “*akit statüsü*” ve bu statünün belirlenmesi ihtiyacı doğmaktadır.

Vekâlet sözleşmesinin niteliği hususunda Romanist geleneğe sahip hukuk sistemlerinde dahi bir görüş birliği bulunmamaktadır. Roma Hukuku’nda dostlar arasındaki ücretsiz iş görme borcu doğuran bir ilişkiyi ifade eden vekâlet sözleşmesi, daha sonra bir “*temsîl sözleşmesi (contrat de représentation)*” halini almıştır⁵. Bu anlayış etkilerini bugün İtalyan (İtalyan Medeni Kanunu m. 1703), Fransız (Fransız Medeni Kanunu m. 1984) ve Avusturya (Avusturya Medeni Kanunu m. 1002) hukuk sistemlerinde devam ettirmektedir⁶. Örneğin Fransız Medeni Kanunu m. 1984’te⁷ vekâlet sözleşmesi “*Vekâlet öyle bir işlemdir ki onunla bir kişi başka bir kişiye kendisi adına ve hesabına bir işi yapma yetkisi verir.*” şeklinde tanımlanmıştır. Görüldüğü üzere temsil ilişkisi ile vekâlet sözleşmesinin iç içe geçtiği bu hukuk sistemlerinde temsil yetkisinin vekâlet sözleşmesinden ayrı bir hukuki temelde mümkün olabileceği görüşü kabul edilmemiştir⁸. Esasen bu farklılığın Roma Hukuku’nda doğrudan temsil kurumunun bulunmaması ve bu kurumun sonradan Alman Hukuku’nda savunulan teorilerle hukuk hayatımıza girmesi sebebiyle ortaya çıktığı söylenebilir⁹.

Alman Hukuku’nda ifade bulan teorilerden etkilenen 1881 tarihli eski İsviçre Federal Borçlar Kanunu¹⁰, vekâlet sözleşmesi ile temsil ilişkisini birbirinden ayırması (Eski İsviçre Federal Borçlar Kanunu m. 36 ve 392) ancak vekilin maddi fiiller için iş görme borcu altına giremeyeceğini düzenlenmiştir. Zira 1881 tarihli eski kanuna göre hizmet sözleşmesi (*contrat de location de service, Dienstvertrag*), vekâlet sözleşmesinden bir hizmet ifasını yani maddi bir fiili konu edinmesi sebebiyle ayrılıyordu¹¹.

1911 tarihli mehz İsviçre Borçlar Kanunu¹² ise vekâlet sözleşmesini maddi fiil vekâletini de (*doktor, mühendis vs.*) içine alır şekilde genişletmiş, aynı şekilde hizmet sözleşmesini de (*contrat de location de service, Dienstvertrag*) zaman unsuruna bağlı bütün iş görme edimlerini içerir şekilde düzenlemiştir¹³. 1971’de hizmet sözleşmesinin

5 Tercier, Bieri, Carron (n 1) 605; Werro, *Mandat* (n 1) para 30; Werro, *CR CO I* (n 1) Intro. art. 394-406h CO, para 5.

6 Tercier, Bieri, Carron (n 1) 605; Werro, *CR CO I* (n 1) Intro. art. 394-406h CO, para 5.

7 Code Civil Français du 7 Février 1804, Journal Officiel du 17 Février 1804 (7 Şubat 1805 tarihli Fransız Medeni Kanunu, 17 Şubat 1804 tarihli Fransa Resmi Gazetesi), (Çevrimiçi, www.legifrance.gouv.fr, 12.03.2018).

8 Temsil yetkisi ve vekâlet sözleşmesi ayırımının tarihi temelleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Werro, *Mandat* (n 1) para 35ff; Tandoğan (n 1) 357.

9 Tahiroğlu (n 1) 252.

10 Code fédéral des obligations du 14 juin 1881 (14 Haziran 1881 tarihli İsviçre Federal Borçlar Kanunu), Feuille Fédéral no. 26 du 18 Juin 1881 (Çevrimiçi, www.admin.ch, 12.03.2018).

11 Tercier, Bieri, Carron (n 1) 605-6; Werro, *CR CO I* (n 1) Intro. art. 394-406h CO, para 6.

12 Loi fédérale complétant le Code civil suisse du 30 mars 1911, Livre cinquième: Droit des obligations, RO 27 321, 09.03.1911, (9 Mart 1911 tarihli İsviçre Medenini Kanunu’nu Tamamlayan Federal Kanun, Beşinci Kitap: Borçlar Hukuku), (Çevrimiçi, www.admin.ch, 31.12.2017).

13 Tercier, Bieri, Carron (n 1) 605-6; Werro, *CR CO I* (n 1) Intro. art. 394-406h CO, para 6.

konusu sadece bağımlılık ilişkisi çerçevesinde belirli ya da belirli olmayan bir süre için iş görme edimleriyle sınırlandırılmıştır. Böylece bu sözleşme tipi tam anlamıyla hizmet sözleşmesi (*contrat de travail, Arbeitsvertrag*) halini almıştır. Aynı zamanda vekâlet sözleşmesi ise bağımsız olarak ifa edilen bütün iş görme edimlerini -bir işi yönetmek ya da bir iş görmek- kapsar hale gelmiştir¹⁴. WERRO'nun ifadesiyle vekâlet sözleşmesi “*her işe bakan bir hizmetçi (une bonne à tout faire)*” halini almıştır¹⁵.

Görüldüğü üzere Romanist hukuk sistemlerinde dahi vekâlet sözleşmesini temsil ilişkisiyle ayırıp ayırmama konusunda fikir birliği yoktur. Bu durum ise vekâlet sözleşmesine uygulanacak hukukun tespitinde vasıflandırma (*qualification*) konusunun ne kadar önemli olduğunu göstermektedir. Zira vekâlet sözleşmesine uygulanacak hukuk, kanunda özel bir düzenleme bulunmadığı için MÖHUK¹⁶ m. 24'te yer alan akit statüsüne göre tayin edilecek iken, temsil yetkisine uygulanacak hukuk (*yetkisiz temsil ve temsilcinin bir fiilinin temsil olunana taahhüt altına sokması*) MÖHUK m. 30 uyarınca tespit edilecektir.

B. Vasıflandırma Sorunu

Türk-İsviçre Hukuk sisteminde çeşitli hukuki fiillerin (*hukuki işlem veya hukuki işlem benzeri fiil*) ve maddi fiillerin yapılmasını konu edinen vekâlet sözleşmesinde vekil, vekâlet verenin dolaylı veya doğrudan temsilcisi olarak hareket etmektedir¹⁷. Böylece vekâlet sözleşmesi çoğu zaman temsil yetkisinin dayandığı temel ilişkiyi ifade eder. Bu sebeple çoğu uyuşmazlıkta uyuşmazlığın tarafları arasında bir vekâlet sözleşmesinin mevcut olması ve uyuşmazlığın kökeninin ise vekâlet sözleşmesine değil, temsil ilişkisine dayanması söz konusu olabilir. Yukarıda belirttiğimiz üzere bazı hukuk sistemlerinde bu iki hukuki işlem türü ayrı ayrı değil, tek bir kurum olarak düzenlenmiştir. Bu durum vekâlet sözleşmesine uygulanacak hukuk açısından vasıflandırma ya da bağlama konusunun vasıflandırılması sorununu gündeme getirmektedir.

Hâkim önüne gelen olayda, uygulanacak hukukun (*Lex Causae*) kendi hukuku olan Türk Hukuku'ndan (*Lex Fori*) farklı olması durumunda, vekâlet sözleşmesi ve temsil yetkisi kavramlarını hangi hukuka göre nitelendirecektir? Hâkim, *Lex Fori*'ye göre yaptığı ayrımı dikkate alarak MÖHUK m. 24. veya m. 30 uyarınca tespit ettiği hukuku nihai olarak uyuşmazlığa tatbik mi edecektir? Yoksa örneğin yetkisiz temsil kapsamında MÖHUK m. 30'a göre tespit ettiği *Lex Causae*'da konu vekâlet sözleşmesi kapsamında değerlendiriliyorsa bu sefer MÖHUK m. 24'e göre tespit ettiği hukuku mu uyuşmazlığa nihai olarak uygulayacaktır? İşte konumuz açısından

14 Tercier, Bieri, Carron (n 1) 606; Werro, *Mandat* (n 1) para 70ff; Werro, *CR CO I* (n 1) Intro. art. 394-406h CO, para 6.

15 Werro, *Mandat* (n 1) para 70ff.

16 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, RG T. 12.12.2017, S. 26728.

17 Tandoğan (n 1) 356-57.

önem arz eden bu soru milletlerarası hukukta “*bağlama konusunda vasıf ihtilafı ya da vasıflandırma sorunu*” olarak adlandırılmaktadır¹⁸.

Gerek Kıta Avrupası hukuk sisteminde gerekse Anglo-Amerikan hukuk sisteminde vasıflandırma sorunu için önerilmiş en yaygın çözüm, bağlama kurallarının da hâkimin hukukunun bir parçası olması sebebiyle “*Lex Fori’ye Göre Vasıflandırma*” metodudur¹⁹. Ayrıca bu yöntem hukuki ilişkinin tarafları açısından da öngörülebilirlik sağlamaktadır. Bunun konumuz açısından hukuki önemi, uyuşmazlığın vekâlet sözleşmesi konusuna mı yoksa dış temsil ilişkisi (*yetkisiz temsil yahut temsilcinin fiilinin temsil olunamı bağlaması*) konusuna mı dâhil olduğu sorusuna hâkimin Türk Hukuku’nda cevap araması ve bu cevaba göre uygulanacak hukuku tayin etmesinde kendisini gösterecektir.

Sorunun giderilmesinde ortaya koyulabilecek ikinci çözüm “*Lex Causae’ya Göre Vasıflandırma*” metodudur. Bu görüşe göre ilk aşamada hâkim *Lex Fori’ye* göre uyuşmazlık konusunu vasıflandırarak *Lex Causae’yi* bulacak, daha sonra ikinci aşamada vasıflandırma işlemini *Lex Causae’ya* göre yapacaktır²⁰. Ancak hâkimin hukuku ile ilk aşamada bulunan uygulanacak hukuk aynı ise vasıflandırma sorunu ortaya çıkmayacaktır. Bu görüşün kabul edilmesi halinde hâkim Türk Hukuku’na göre uyuşmazlığın dış temsil ilişkisi konusuna dâhil olduğu kanaatine varırsa, MÖHUK m. 30 uyarınca tespit ettiği temsilcinin işyeri hukukuna göre vasıflandırma yapacaktır. Örneğin temsilcinin işyeri hukukunun Fransız Hukuku olduğu varsayılırsa, bu hukuk sisteminde temsil ilişkisi vekâlet sözleşmesi dâhilinde değerlendirildiği için hâkim uyuşmazlık konusunu vekâlet sözleşmesi olarak vasıflandıracak ve uyuşmazlığa uygulanacak hukuku nihai olarak MÖHUK m. 24 uyarınca akit statüsüne göre tayin edecektir. Bu örneğin aksi de mümkündür.

Öğretide ayrıca vasıflandırmanın mukayeseli hukuk biliminden yararlanılarak genel hukuk kurallarına göre yapılması da önerilmektedir²¹. Kanımca kanunda vasıflandırma sorunun çözümünde bir metot benimsenmediği için, hâkim kendisini

18 Aysel Çelikel, B. Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk* (Yenilenmiş 15th Beta Yayınevi 2017) 74ff.; Ergin Nomer, *Devletler Hususi Hukuku* (22nd, Beta Yayınevi 2017) 97; Cemal Şanlı, Emre Esen; İnci Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk* (6th, Vedat Kitapçılık 2018) 47; Nihal Uluocak, *Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri*, (Filiz Kitapevi 1989) 200; Rona Aybay, Esra Dardağan, *Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması, Kanunlar İhtilafı* (2nd, Bilgi Üniversitesi Yayınları 2008) 147ff; Gülören Tekinalp, Ayfer Uyanık-Çavuşoğlu, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları* (Güncelleştirilmiş 11th, Vedat Kitapçılık 2011) 40ff; Vahit Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk* (Gözden Geçirilmiş 3rd, Savaş Yayınevi 2015) 178; Berk Demirkol, *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk* (1st, Vedat Kitapçılık 2011) 322; Burak Huysal, *Milletlerarası Özel Hukukta Temsile Uygulanacak Hukuk, Mukayeseli Maddi Hukuk ve Kanunlar İhtilafı Kurallarıyla Birlikte*, (On İki Levha Yayıncılık 2015) 57ff.

19 Çelikel, Erdem (n 18) 79; E Nomer (n 18) 100; Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe (n 18) 50; Tekinalp, Uyanık-Çavuşoğlu (n 18) 42; Aybay, Dardağan (n 18) 150; Doğan (n 18) 178.

20 Çelikel, Erdem (n 18) 81; E Nomer (n 18) 101; Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe (n 18) 50; Tekinalp, Uyanık-Çavuşoğlu (n 18) 43; Aybay, Dardağan (n 18) 151; Doğan (n 18) 178.

21 Bu vasıflandırma türüne öğretilde “*Bağımsız Yorum, Otonom Yorum, Mukayeseli Hukuka Göre Vasıflandırma ya da Bağımsızlık Görüşü*” adı verilmektedir: Çelikel, Erdem (n 18) 82; E Nomer (n 18) 102; Tekinalp, Uyanık-Çavuşoğlu (n 18) 43; Aybay, Dardağan (n 18) 152; Doğan (n 18) 179.

bir görüşle bağlı hissetmemeli ve milletlerarası özel hukuk hakkaniyetinin gerektirdiği ölçüde farklı çözümlere başvurabilmelidir. Hangi çözümü benimserse benimsesin, hâkimin çıkış noktası en iyi bildiği hukuk sistemi olan *Lex Fori* olacaktır. Bu sebeple vekâlet sözleşmesi ve temsil ilişkisi kavramlarının açıklanması faydalı olacaktır.

C. Vekâlet Sözleşmesi Kavramı

1. Vekâlet Sözleşmesinin Tanımı

Vekâlet sözleşmesinin kanuni tanımı 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu²² (TBK) m. 502’de yer almaktadır. TBK m. 502 f. 1’e göre vekâlet sözleşmesi “*Vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemi yapmayı üstlendiği sözleşmedir.*” şeklinde tanımlanmıştır. Ancak bu tanımın vekâlet sözleşmesini diğer iş görme sözleşmelerinden ayırt etmek açısından yeterli olmadığı ifade edilmektedir²³. Öğretide vekâlet sözleşmesi için önerilen tanım şu şekilde ifade edilmektedir²⁴: “*Vekâlet sözleşmesi öyle bir sözleşmedir ki, vekile müvekkilin menfaatine ve iradesine uygun bir sonuca yönelik bir iş görmeyi, bir zaman kaydına tabi olmaksızın ve nispeten bağımsız olarak yapma borcunu, sonucun elde edilememesi rizikosu ona ait olmak üzere yükler.*”

Belirtmek gerekir ki bu tanımın kapsamına, kamu hizmetinin görülmesine yönelik olarak bir kamu tüzel kişisi tarafından görevlendirilmiş kişilerin kamu hukuku ilişkileri çerçevesinde gerçekleştirdikleri eylem ve işlemleri girmemektedir²⁵. Bu açıdan kamu hastanelerinde çalışan memur statüsündeki doktorlar²⁶ ile hastalar arasındaki ilişki ve 1512 sayılı Noterlik Kanunu uyarınca faaliyet gösteren noterlerle ilgililer arasındaki ilişki²⁷ vekâlet sözleşmesi kapsamında değerlendirilmemektedir²⁸.

22 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, RG T. 04.02.2011, S. 27836.

23 Tandoğan (n 1) 355; Gümüş, *Borçlar Özel* (n 1) 115.

24 Oser, Schönberger (n 1) m. 394, para 1; Werro, *CR CO-I* (n 1) art. 394 CO, para 3; Tandoğan (n 1) 356; Tercier, Bieri, Carron (n 1) 606-8; Yavuz, Acar, Özen (n 1) 1120-21; Gümüş, *Borçlar Özel* (n 1) 116.

25 Gümüş, *Borçlar Özel* (n 1) 116.

26 Yargıtay bazı kararlarında devlet, üniversite, belediye ve Sosyal Güvenlik Kurumu’na bağlı hastanelerle hasta arasındaki ilişkiyi bir kamu hukuku ilişkisi olarak görmemekte ve tarafların arasında vekâlet sözleşmesinin bulunduğunu kabul etmektedir. Bu kararlar için bkz.: Yargıtay 13. HD, E. 2015/17154, K. 2017/12914, T. 20.12.2017, (Çevrimiçi, Kazancı, 21.03.2018); Yargıtay 13. HD, E. 2017/4104, K. 2017/3944, T. 4.4.2017, (Çevrimiçi, Kazancı, 21.03.2018).

27 Noterler ile ilgililer arasındaki ilişkinin vekâlet sözleşmesine dayanması gerektiği görüşünde: Gümüş, *Özen* (n 1) 116; Saibe Oktay-Özdemir, “Yargıtay Uygulaması Işığında Noterlerin Hukuki Sorumluluklarının Dayandığı Esas ve Sorumluluğun Koşulları” (Beta Yayınevi 2007) Prof. Dr. Yavuz Alagonya İçin Armağan, İstanbul 693 vd; aksi görüşte: Tandoğan (n 12) 366; Noterlik Kanunu’ndaki kamu hukuku nitelikli özel düzenlemeler dışında vekâlet sözleşmesine dayandığı görüşünde: Yavuz, Acar, Özen (n 1) 1151. Fransız Hukuku açısından da serbest çalışan profesyonellerden oluşan icra görevlileri devlet kamu tüzel kişiliği içerisinde değerlendirilmekte, bu sebeple taraflar ile icra görevlileri arasındaki ilişkinin vekâlet ilişkisi olduğu kabul edilmektedir. Böylece icra görevlisi vekâlet sözleşmesinden doğan sır saklama, sadakat ve özen yükümlülüğü gibi birçok borç altına girmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Mehmet Emin Alpaslan, *İcra Dairelerinin Özerkleştirilmesi: Fransız İcra Görevlisi Modeli* (On İki Levha Yayıncılık 2018) 198ff.

28 Gümüş, *Borçlar Özel* (n 1) 116.

2. Vekâlet Sözleşmesinin Unsurları

a. İş Görme

Vekâlet sözleşmesinin konusu ve en önemli unsuru hiç şüphesiz yapma edimi niteliğindeki “iş görme” unsurudur²⁹. TBK m. 502’de de ifade edildiği üzere vekilin üstlendiği “iş görme veya işlem yapma” borcunun kapsamına her türlü hukuki fiil (*acte juridique*) ve maddi fiil (*acte de fait*) girmektedir³⁰. Buna karşılık yapmama borcu veya kaçınma edimi vekâlet sözleşmesinin konusunu teşkil etmemekte ve ancak bir yan edim olarak değerlendirilebilmektedir³¹. Vekâlet sözleşmesi, konusunun bir iş veya işlem olmasına göre hukuki fiil (*hukuki işlem ve hukuki işlem benzeri fiil*) vekâleti ve maddi fiil vekâleti olarak ayrılabilir³².

Hukuki fiil vekâletinin konusunu bir hakkın iktisabı, devri veya kullanılması yani geniş anlamda hukuki işlemler ve hukuki işlem benzeri fiiller oluşturur. Örneğin belirli bir malvarlığının yönetilmesi, inancılı mülkiyet devirleri, davaya vekâlet ya da bir gayrimenkulün satımında vekâlet, bir miktar paranın ödenmesinde vekâlet, yatırım fonlarında fona katılanlar için hisse senedi alınması, tahsil için kıymetli evrakın temlik veya ciro edilmesi gibi işlemler hukuki fiil vekâlet kapsamında değerlendirilebilir³³.

Maddi fiil vekâletinde ise vekil müvekkil adına haklar kazanamaz ve borçlar edinemez, ancak ve ancak maddi fiil niteliğinde bir hizmetin görülmesini sağlar³⁴. Bu vekâlet türüne belirli bir konuda hukuki mütalaa ya da uzman görüşü verilmesi, bir doktorun hastayı muayene ve tedavi etmesi, bir mimarın bir yapıyı kontrol etmesi veya yapı inşaatını denetlemesi, bir bankanın müşterisine bilgi vermesi veya danışmanlık faaliyetinde bulunması, bir dedektifin bilgi toplaması, bir öğretmenin özel ders vermesi, bir sanatçının şarkı söylemesi, hizmet veya istisna sözleşmesi olmaksızın bir yerin temizlenmesi gibi faaliyet türlerinde rastlanmaktadır³⁵.

Bu ayırımın önemi ise kendisini temsil yetkisi açısından gösterir. Zira hukuki fiil vekâletinde hukuki işlem veya hukuki işlem benzeri fiillerin vekil hesabına sonuç doğurması arzulandığından vekilin yalnızca hukuki fiil vekâletinde doğrudan veya

29 Oser, Schönberger (n 1) m. 394, para 3; Werro, *CR CO-I* (n 1) art. 394 CO, para 3; Tandoğan (n 1) 356; Tercier, Bieri, Carron (n 1) 609; Yavuz, Acar, Özen (n 1) 1121; Gümüş, *Borçlar Özel* (n 1) 117.

30 Oser, Schönberger (n 1) m. 394, para 3; Werro, *CR CO-I* (n 1) art. 394 CO, para 3; Tandoğan (n 1) 356; Tercier, Bieri, Carron (n 1) 610; Yavuz, Acar, Özen (n 1) 1121; Gümüş, *Borçlar Özel* (n 1) 118.

31 Becker (n 1) m. 394, para 6; Oser, Schönberger (n 1) m. 394, para 2; Werro, *CR CO-I* (n 1) art. 394 CO, para 4; Tandoğan (n 1) 356; Tercier, Bieri, Carron (n 1) 610; Yavuz, Acar, Özen (n 1) 1122; Gümüş, *Borçlar Özel* (n 1) 118.

32 Werro, *CR CO-I* (n 1) art. 394 CO, para 3; Tandoğan (n 1) 359; Tercier, Bieri, Carron (n 1) 610; Gümüş, *Borçlar Özel* (n 1) 118.

33 Tandoğan (n 1) 359; Yavuz, Acar, Özen (n 1) 1123; Gümüş, *Borçlar Özel* (n 1) 118.

34 Werro, *CR CO-I* (n 1) art. 394 CO, para 3; Tandoğan (n 1) 359; Yavuz, Acar, Özen (n 1) 1121; Gümüş, *Borçlar Özel* (n 1) 118.

35 von Tuhr (n 1) 322; Tandoğan (n 1) 359-60; Yavuz, Acar, Özen (n 1) 1121; Gümüş, *Borçlar Özel* (n 1) 119.

dolaylı temsilci olarak hareket etmesi söz konusu olabilir³⁶. Öte yandan temsil yetkisi hukukumuzda yalnızca hukuki fiiller için mümkün olduğundan, maddi fiil vekâletinde vekile vekâlet sözleşmesinden kaynaklanan bir temsil yetkisi tanınamayacaktır³⁷. Esasen bu sebeple vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlerin bir kısmı (TBK m. 509, 510/I) ancak hukuki fiil vekâleti için uygulama alanı bulacaktır³⁸.

Son olarak, vekâlet sözleşmesi vekilin bir sözleşme ilişkisi çerçevesinde iş görme borcu altına girmesini gerektirdiğinden, kendisine yalnızca başkası adına hukuki işlem yapmak için yetki verilmişse ve vekil kendisine yetki verilen bu hususta borç altına girmemişse bu durumda sadece temsil ilişkisi mevcut olup, bir sözleşmenin varlığından söz edilemez³⁹.

b. İşin Vekâlet Veren Menfaatine ve İradesine Uygun Olarak Yapılması

Vekâlet sözleşmesi başkasına ait bir işin yapılmasını hedeflediği için işin ait olduğu kimsenin menfaatine görülmesi ve onun iradesine uygun yapılması bu sözleşmenin doğal bir sonucudur⁴⁰. Bu sebeple vekâlet sözleşmesi kapsamında ancak vekâlet verenin menfaati ile ilgili iş veya hizmetlerin görülmesi mümkündür (*mandatum mea gratia*). Vekilin ücretsiz mütalaa vermesi durumunda dahi vekilin vekâlet verenin menfaatine hareket etmesi sebebiyle bir vekâlet sözleşmesinin mevcut olduğu savunulmaktadır⁴¹. Vekilin yalnızca kendi menfaatine hareket etmesi ise bir vekâlet sözleşmesi oluşturmaz (*mandatum tua gratia*)⁴². Roma Hukuku'ndan farklı olarak sözleşme veya teamül varsa vekilin ücret talep edebilmesi (TBK m. 502 f. 3) veya ücretsiz vekâlette vekilin vekâlet verenin bir alacağını tahsil edip elde ettiği parayı vekâlet verenden olan bir alacağına mahsup etmesi vekâlet sözleşmesinin hem vekilin hem de vekâlet verenin menfaatine olabileceğini göstermektedir⁴³ (*mandatum mea et tua gratia*).⁴⁴ Meslek icabı para karşılığı mütalaa veren kişiler,

36 von Tuhr (n 1) 318; Tandoğan (n 1) 356-57; Yavuz, Acar, Özen (n 1) 1123; Gümüş, *Borçlar Özel* (n 1) 118.

37 von Tuhr (n 1) 318; Tandoğan (n 1) 356-57; M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1* (11th, Vedat Kitapçılık 2015) 217; Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem Sözleşme* (7th, Filiz Kitapevi 2017) 628; Yavuz, Acar, Özen (n 1) 1123; Gümüş, *Borçlar Özel* (n 1) 118; Halûk Nami Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 15th, Beta Yayınevi 2017) 136.

38 Tandoğan (n 1) 357-58; Gümüş, *Borçlar Özel* (n 1) 119.

39 Oser, Schönerberger (n 1) m. 394, para 3; Tandoğan (n 1) 364; Oğuzman, Öz (n 37) 226; Yavuz, Acar, Özen (n 1) 1123; H Nomer (n 37) 136.

40 Becker (n 1) m. 394, para 6; Werro, *CR CO-I* (n 1) art. 394 CO, para 16; Tandoğan (n 1) 360; Tercier, Bieri, Carron (n 1) 610; Yavuz, Acar, Özen (n 1) 1127; Gümüş, *Borçlar Özel* (n 1) 120.

41 Tandoğan (n 1) 361; Tercier, Bieri, Carron (n 1) 611. Ayıca mütalaa verilmesi hususunda açık bir sözleşme yapılmışsa veya mütalaa ücret karşılığı ya da mesleki faaliyetler sebebiyle veriliyorsa vekâlet sözleşmesinin bulunduğu görüşünde: Oser, Schönerberger (n 1) m. 394, para 5, 13.

42 Tandoğan (n 1) 361-62; Tercier, Bieri, Carron (n 1) 611; Yavuz, Acar, Özen (n 1) 1128; Gümüş, *Borçlar Özel* (n 1) 120.

43 Tandoğan (n 1) 361; Tercier, Bieri, Carron (n 1) 611; Yavuz, Acar, Özen (n 1) 1128; Gümüş, *Borçlar Özel* (n 1) 120.

44 Werro, *CR CO-I* (n 1) art. 394 CO, para 16; Tercier, Bieri, Carron (n 1) 611; Ş Akıncı (n 1) 162; Iustinianus ve Gaius'un *Institutiones*'lerinde bu husus şöyle aktarılmaktadır (Ius., Ins., 3, 26) "Vekâlet (*mandatum*) akdi beş şekilde akdolunur. Bir kimse sana ya kendi menfaatine, ya hem senin hem kendisinin menfaatine, ya başkası menfaatine, ya kendi ya başkası menfaatine, ya senin ya başkasının menfaatine vekâlet verir. Sadece senin menfaatine vekâlet vermesi hükümsüzdür. Bundan dolayı aranızda ne bir borç münasebeti, ne vekâlet davası (*actio mandati*) doğar."

doktor, avukat, vergi müşaviri, reklamcı, mimar, mühendis, istihbarat bürosu işleten kimseler ücretli vekâlete örnektir. Öte yandan vekâlet sözleşmesinin üçüncü bir kişi menfaatine yapılması da mümkündür. Örneğin vekâlet verenin bir yakınına bir miktar para ödenmesi ya da bir yakınının tedavi ettirilmesi amacıyla kurulan vekâlet sözleşmeleri üçüncü kişi yararına yapılmaktadır⁴⁵. Bu durumda üçüncü kişi yararına sözleşme söz konusu olacağı için TBK m. 129 uygulama alanı bulacaktır. Ayrıca bir tüzel kişinin anonim ortaklıktaki temsilcisi ise hem vekâlet verenin hem de üçüncü kişinin menfaatlerini koruduğu için böyle bir durumda hem vekâlet veren hem de üçüncü kişi menfaatine bir vekâlet sözleşmesi söz konusu olmaktadır⁴⁶.

c. Zaman Kaydına Bağlı Olmama ve Sonucun Elde Edilememesi Rizikosunu Taşımama

Bu unsur her ne kadar TBK m. 502'nin lafzında öngörülmemiş olsa da söz konusu hükmün mefhumu muhalifinden, ayrıca hizmet ve eser sözleşmelerinin tanımları nazara alınarak çıkarılmaktadır⁴⁷. Vekâlet sözleşmesinin zaman kaydına bağlı olmaması unsuru vekâlet sözleşmesini hizmet sözleşmesinden; sonucun elde edilememesi rizikosunu taşımaksızın belirli bir yönde iş görme unsuru ise vekâlet sözleşmesini eser sözleşmesinden ayırt etmektedir⁴⁸.

Vekil de aynı işçi veya yüklenici gibi belirli bir sonuca ulaşmak amacıyla iş görür ancak belirli bir sonucun sağlanmasını borçlanmaz⁴⁹. Dolayısıyla vekil, gerekli özeni göstererek sözleşmeye uygun olarak iş görme edimini yerine getirmişse artık sonucun gerçekleşmemesinden sorumlu olmayacak, sonucun gerçekleşmemesi rizikosuna vekâlet veren katlanacaktır⁵⁰. Bu durum iş görme ediminin sonucunda ortaya çıkan hukuki durumun sözleşme ilişkisinin dışında kaldığı şeklinde yorumlanmaktadır⁵¹. Ancak belirtmek gerekir ki öğretide azınlık görüşü vekilin her zaman bir sonucu borçlanacağı yönündedir⁵². Son olarak belirtmek gerekir ki vekâlet sözleşmesinde sonuç taahhüdünün bulunmaması ve vekilin sonucun gerçekleşmeme rizikosunu üstlenmemesinin doğal sonucu, kanunun vekile iş görme edimini özen yükümlülüğüne uygun ifa etme borcu yüklemiş olmasıdır⁵³.

45 Tandoğan (n 1) 362-63; Yavuz, Acar, Özen (n 1) 1128; Gümüş, *Borçlar Özel* (n 1) 120.

46 Tandoğan (n 1) 363; Yavuz, Acar, Özen (n 1) 1129.

47 Werro, *CR CO-I* (n 1) art. 394 CO, para 5; Tandoğan (n 1) 363; Yavuz, Acar, Özen (n 1) 1129.

48 Werro, *CR CO-I* (n 1) art. 394 CO, para 8ff; Tandoğan (n 1) 363; Yavuz, Acar, Özen (n 1) 1129. Ayrıca vekâlet sözleşmesinin diğer iş görme sözleşmelerinden ayırt edilmesi konusunda ayrıntılı bilgi için bkzn.: Tandoğan (n 1) 375ff; Werro, *CR CO-I* (n 1) art. 394 CO, para 22ff; Kürşat (n 1) 146ff.

49 Oser, Schönberger (n 1) m. 394, para 10; Tandoğan (n 1) 364; Tercier, Bieri, Carron (n 1) 611; Werro, *CR CO-I* (n 1) art. 394 CO, para 29ff; Gümüş, *Borçlar Özel* (n 1) 124.

50 Werro, *CR CO-I* (n 1) art. 394 CO, para 5; Tandoğan (n 1) 364; Tercier, Bieri, Carron (n 1) 611 Yavuz, Acar, Özen (n 1) 1129; Gümüş, *Borçlar Özel* (n 1) 124.

51 Tercier, Bieri, Carron (n 1) 611; Werro, *CR CO-I* (n 1) art. 394 CO, para 7.

52 Derendiger, para 89-90, s. 39, 40 (Naklen, Gümüş, *Borçlar Özel* (n 1) 124). Bu görüşün sunumu ve reddine yönelik ayrıntılı bilgi için bkzn.: Gümüş, *Özen* (n 1) 151ff.

53 Werro, *CR CO-I* (n 1) art. 394 CO, para 7.

d. İş Görmenin Bağımsızlığı

İş görmenin bağımsızlığı unsuru vekâlet sözleşmesini hizmet sözleşmesinden ayıran bir unsur olarak kullanılmaktadır. Geçekten de hizmet sözleşmesinin aksine vekâlet sözleşmesinde vekil, bağımsız hareket etme imkânına sahip olup hizmet sözleşmesinde olduğu gibi işverenin iş organizasyonunun bir parçası değildir⁵⁴. Vekil zamansal, mekânsal ve maddi bakımdan sahip olduğu bağımsızlığı vekâlet verenin talimat verme hakkıyla sınırlı olarak kullanır⁵⁵. Özel bir uzmanlığı gerektiren işlerde ise bu bağımsızlık kendisini daha belirgin bir şekilde gösterir. Zira uzmanlık gerektiren işlerde vekâlet verenin iş görme ediminin ifasına müdahale etmesi işin niteliğine aykırıdır. İfade edildiği üzere bu bağımsızlık sınırsız olmayıp, sınırlarını vekâlet verenin talimat verme hakkıyla tayin eder. Bu sebeple öğretide bu durum “*nisbi bağımsızlık*” olarak adlandırılmaktadır⁵⁶. Ancak belirtmek gerekir ki söz konusu sınırlama vekilin iş gücünü belirli veya belirli olmayan bir zaman dilimi içerisinde ve bağımlılık ilişkisi çerçevesinde vekâlet verene tahsis etmesi sonucunu doğuruyorsa bu durumda vekâlet sözleşmesinden değil, bir hizmet sözleşmesinden bahsetmek daha doğru olacaktır⁵⁷.

e. Vekâlet Sözleşmesinin Zorunlu Olmayan Unsuru: Ücret

TBK m. 502 f. 3 ücreti vekâlet sözleşmesinin zorunlu unsuru olarak saymamış ve ancak vekilin sözleşme veya teamül gereği ücrete hak kazanabileceğini düzenlemiştir. Esasen Roma Hukuku’nda vekâlet sözleşmesinin temeli dostluk olarak kabul edilmiş⁵⁸ ve vekilin borcu hatır için ücretsiz yapılan bir iş görme edimi olarak görülmüştü⁵⁹. Dolayısıyla vekil, bu hizmet için dava edilebilir bir ücrete hak kazanmıyor⁶⁰ ancak vekâlet veren “*honorarium*” adı altında bir onur parası verirse bunu geri alamıyordu⁶¹. Söz konusu Romanist gelenek halen etkisini Alman Hukuku’nda devam ettirmekte

54 Tercier, Bieri, Carron (n 1) 613; Werro, *CR CO-I* (n 1) art. 394 CO, para 3, 26; Tandoğan (n 1) 374; Gümüş, *Borçlar Özel* (n 1) 119.

55 Tandoğan (n 1) 375; Yavuz, Acar, Özen (n 1) 1130; Gümüş, *Borçlar Özel* (n 1) 119.

56 Tandoğan (n 1) 375; Yavuz, Acar, Özen (n 1) 1130.

57 Werro, *CR CO-I* (n 1) art. 394 CO, para 26; Tercier, Bieri, Carron (n 1) 612-14; Tandoğan (n 1) 375; Yavuz, Acar, Özen (n 1) 1162; Gümüş, *Borçlar Özel* (n 1) 119, n 632.

58 Tercier, Bieri, Carron (n 1) 606; Werro, *CR CO I* (n 1) Intro. art. 394-406h CO, para 5; Tahiroğlu (n 1) 248, n 287: Bu husus Paulus’un Beyanname Şerhinin 32. Kitabında (D. 17,1,1,4) şöyle ifade edilmiştir: “*Mandatum nişi gratuitum nullum est: nam originem ex officio atque amicitia trahit. Contrarium, ergo est officio merces: interveniendi enim pecunia res ad locationem et conductionem potius respicit.*” Karşılıksız vekâlet geçerlidir: kökenini -dostlar arasındaki- görev ve dostlukta bulur. Ancak ücret; görevle bağdaşmaz. Araya ücret girerse, sözleşme daha ziyade locatio conductio’ya (eser veya hizmet sözleşmesi) yaklaşır.

59 Umur (n 1) 373; Tercier, Bieri, Carron (n 1) 606; Werro, *CR CO I* (n 1) Intro. art. 394-406h CO, para 5; Tandoğan (n 1) 365; Tahiroğlu (n 1) 248; Rado (n 1) 116; Ş Akıncı (n 1) 163.

60 Belirtmek gerekir ki “*honorarium*” daha sonraları İmparatorluk devrinde olağanüstü usulle talep edilebilir bir alacak haline gelmiş, Fransız Hukuku’nda işin başında açıkça dava edilebilir bir ücret alacağı kararlaştırılabileceği öngörülmüş, daha sonra Avusturya Hukuku’nda bu anlaşmanın zımni de olabileceği belirtilmiş ve en son İsviçre Hukuku’nda mehzaz kanunda (CO) zımni bir anlaşma olmasa bile teamül gereği ücret talep edilebileceği belirtilmiştir. İtalyan Hukuku’nda ise vekâlet kural olarak ücretli hale getirilmiştir. Cermen Hukuku’nun etkisini oldukça gösterdiği Alman Hukuku ise Romanist geleneğe sadık kalmıştır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkzn.: Tahiroğlu (n 1) 248ff; Tandoğan (n 1) 365.

61 Umur (n 1) 373-74; Tandoğan (n 1) 365; Tahiroğlu (n 1) 251-52; Rado (n 1) 117; Ş Akıncı (n 1) 169.

ve BGB § 662 hükmü vekâlet sözleşmesinin ücretsiz bir iş görme borcu doğuran sözleşme olduğunu düzenlemektedir. Bu karşılık Fransız Medeni Kanunu m. 1896, aksine anlaşma olmadıkça vekâlet sözleşmesinin ücretsiz olacağını düzenlemiş, İtalyan Medeni Kanunu m. 1709 ise vekâlet sözleşmesinin karine olarak ücretli olacağını kabul etmiştir.

Öğretide TBK m. 502 f. 3 ile kanun koyucunun vekâlet sözleşmesinin ivazsız olduğu yönünde bir karine getirdiği savunulmakla beraber, günümüzde uzmanlığa dayalı iş görmenin yaygınlaşması ve iş görme ediminin ticarileşmesi neticesinde söz konusu karinenin tersine döndüğü yönündeki görüş ağırlık kazanmaktadır⁶². Bu görüş kabul edilmese dahi, bugün günümüzde mesleki ve ticari faaliyetler kapsamında vekilin bir iş görme borcu altına girdiği durumlarda ücretin teamülden olduğu kabul edilmeli ve vekil ücrete hak kazanmalıdır⁶³. Böylece kanunda öngörülen ücretsizlik karinesinin fiili bir karineyle tersine çevrilmesi durumu söz konusu olur. Kanımca güncel gelişmeler ve modern eğilimler ışığında TBK m. 502 f. 3 hükmünün *ratio legis*'inin menfaatler dengesine gereği gibi hizmet etmediği açıktır. Kanunun lafzı da her ne kadar ücret talebini sınırlıyor görünse de uzmanlık gerektiren işlerde ücret talebinin günümüzde bir teamül haline geldiği savunulabilmeli ve vekâlet sözleşmesinin ücretsiz olduğunu iddia edecek taraf olan vekâlet verenden bu durumun aksini ispat etmesi beklenebilmelidir.

Belirtmek gerekir ki vekâlet veren ve vekil arasındaki sözleşmenin vekilin mesleki veya ticari faaliyetlerinden ileri geldiği durumlarda bu husus MÖHUK m. 24 f. 4 uyarınca objektif bağlama kuralına göre sözleşmeye uygulanacak hukukun tespitinde önem kazanacaktır. Şayet vekil iş görme edimini mesleki ve ticari faaliyetleri kapsamında ifa ediyorsa bu durumda objektif bağlama kuralına göre bağlama noktası vekilin iş yeri hukuku olarak tayin edilecektir. Kanımca ücret unsurunun bulunduğu her durumda, vekâlet sözleşmesinin mesleki ve ticari faaliyetler çerçevesinde akdedildiği sonucu çıkarılamamalıdır. Zira hayatın olağan akışından çıkan sonuç, mesleki ve ticari faaliyetlerin vekilin ücret talep edebilmesine imkân tanınması olup, aksi bir çıkarımda bulunmak için bir neden bulunmamaktadır.

Bu açıdan vekilin teamül karşılığı ücrete hak kazandığı sözleşmeler genellikle, özel öğretmenlerin, bankaların, mimarların ve mühendislerin uzmanlık gerektiren işlerde akdettikleri vekâlet sözleşmeleridir⁶⁴. Ayrıca vekilin ücrete hak kazanacağı

62 Günümüzde vekâlet sözleşmesinin karşılıklı borç doğuran bir sözleşme haline geldiği, bu durumun artık genel kural olarak yorumlanabileceği ancak istisnai hallerde ücretsiz olarak akdedilen vekâlet sözleşmesinin eksik iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olarak addedilebileceği görüşünde: Werro, *CR CO-I* (n 1) art. 394 CO, para 18; Eren, *Borçlar Özel* (n 1) 707; Gümüş, *Borçlar Özel* (n 1) 130; Aral, *Ayrancı* (n 1) 438. Aynı şekilde tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme (*sinallagmatik*) olarak addedilebileceği yönünde: Tercier, Bieri, Carron (n 1) 605.

63 Gümüş, *Borçlar Özel* (n 1) 123. Benzer bir görüş için bkz.: Werro, *CR CO-I* (n 1) art. 394 CO, para 37ff.

64 Tandoğan (n 1) 366; Yavuz, Acar, Özen (n 1) 1133; Gümüş, *Borçlar Özel* (n 1) 124. Ayrıca ücret verilmesi teamülden olsa bile taraflardan biri aksine anlaşma olduğunu iddia ve ispat edebilir: Becker (n 1) m. 394, para 19.

bir kanunda da öngörülmüş olabilir⁶⁵. Bu açıdan avukatlık sözleşmesi (1136 sayılı *Avukatlık Kanunu m. 163 vd.*), hekimlik sözleşmesi (6023 sayılı *Türk Tabipler Birliği Kanunu m. 28 f. 2*), dış hekimliği sözleşmesi (3224 sayılı *Türk Dış Hekimleri Birliği Kanunu m. 40*), noterlerle ilgililer arasındaki ilişkinin vekâlet sözleşmesine dayandığı kabul edilirse noterlerle ilgiler arasındaki sözleşmeler (1512 sayılı *Noterlik Kanunu m. 112*), vasiyeti tenfiz memurlarının işlemleri sebebiyle ücrete hak kazanması (4721 sayılı *Türk Medeni Kanunu m. 550 f. 4*), tacirlerin ticari işletmesiyle ilgili akdettikleri vekâlet sözleşmeleri (6102 sayılı *Türk Ticaret Kanunu m. 20*) örnek olarak gösterilebilir. Vasiyeti tenfiz memurunun mirasçılarla arasındaki sözleşme dışında bütün örneklerde vekâlet sözleşmesi mesleki veya ticari bir amaçla yapılmakta olup, söz konusu ilgili mevzuatta da ücretin taraflar arasında belirlenmemiş olması ihtimali gözetilerek çeşitli ücret tarifelerine yer verilmiştir.

3. Çeşitli Vekâlet Sözleşmesi Örnekleri

Uzmanlık gerektiren birçok iş kolunda meslek icabı yapılan ve oldukça farklı isimlerle anılan birçok sözleşme temelde vekâlet sözleşmesinin bir görünümünü teşkil etmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki genel olarak vekâlet sözleşmesi içinde mütalaa edilebilecek bu örneklerin hangi sözleşme tipine dâhil edilmesi gerektiği yahut bir isimsiz sözleşme teşkil edip etmediği konusunda öğretilerde tam bir uzlaşma bulunmamaktadır⁶⁶. Bu sebeple her biri ayrı bir inceleme konusu teşkil edebilecek olan bu sözleşme örneklerini yalnızca temel unsurlarıyla birlikte saymakla yetineceğiz.

Mimarlık sözleşmesi kapsamında ihale şartnamesi hazırlanması, eserin meydana gelmesinde denetleme ve işin takibini üstlendikleri yapı kontrol ve yönetim sözleşmeleri, tartışmalı olmakla birlikte⁶⁷ plan ve proje hazırlanması edimini içeren plan ve proje sözleşmeleri vekâlet sözleşmesi kapsamındadır⁶⁸.

Tedavi ve hekimlik sözleşmesi vekâlet sözleşmesi kapsamına girmektedir⁶⁹. Estetik ameliyatları konu alan sözleşmeler her ne kadar eser sözleşmesi olarak adlandırılabilir ise de kanımca doktor tarafından ameliyat sonucu taahhüt edilmedikçe ve bu sonuç tıp biliminin geldiği nokta açısından taahhüt edilebilir bir sonuç oluşturmadıkça vekâlet sözleşmesi olarak kabul edilmelidir. Aynı şekilde dış hekimliği sözleşmesi ve veteriner hekimlerin de hayvan sahipleriyle akdettikleri sözleşmeler vekâlet sözleşmesidir. Ancak dış protezi takılmasına yönelik sözleşmeler

65 Tandoğan (n 1) 366; Gümüş, *Borçlar Özel* (n 1) 124.

66 Söz konusu tartışmalar hususunda ayrıntılı bilgi için bkz.: Yavuz, Acar, Özen (n 1) 1150ff; Gümüş, *Borçlar Özel* (n 1) 124.

67 Plan ve proje hazırlanması edimini içeren sözleşmelerin eser sözleşmesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği görüşünde: Becker (n 1) m. 394, para 394, N. 5; aksi görüşte: Yavuz, Acar, Özen (n 1) 1150-52.

68 Tandoğan (n 1) 360, 423; Gümüş, *Borçlar Özel* (n 1) 126-27.

69 Tandoğan (n 1) 360, 416; Yavuz, Acar, Özen (n 1) 1150-51; Gümüş, *Borçlar Özel* (n 1) 127.

eser sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir⁷⁰. Öte yandan özel hastane ve hasta arasında akdedilen tam hastaneye kabul sözleşmesi bir kombine karma sözleşme olarak nitelendirilmektedir⁷¹.

Avukatlık sözleşmesinin gerek yargılamaya yönelik faaliyetleri, gerekse de tartışmalı olmakla birlikte danışmanlık faaliyetleri gibi yargılamaya yönelik olmayan faaliyetleri vekâlet sözleşmesi kapsamında değerlendirilmektedir⁷². Bilgi, öğüt, tavsiye ve fikir vermeyi konu edinen bilgi verme sözleşmelerinin veya başka bir deyişle danışmanlık sözleşmelerinin de tartışmalı olmakla beraber ağırlıklı olarak vekâlet sözleşmesinin bir görünümü olduğu düşünülmektedir⁷³.

Bir banka ile müşterisi arasında akdedilen sözleşme bazı durumlarda vekâlet sözleşmesi şeklinde kendisini gösterebilir⁷⁴. Bankacılık işlemleri çeşitli teminatlar içeren veya içermeyen kredi işlemleri, tevdiat işlemleri (*vadeli veya vadesiz mevduat hesapları ya da döviz hesapları*) ve bankaların müşterileri için yaptıkları çeşitli hizmet edimleri olarak sınıflandırılabilir. Kredi işlemleri; genel kredi sözleşmesi, ödünç sözleşmesi ve bazen de satış sözleşmesi şeklinde kendisini gösterirken, tevdiat işlemleri saklama sözleşmesi veya usulsüz tevdi şeklinde kendisini gösterir. Son olarak bankaların müşterileri için yaptıkları diğer hizmet edimleri ise vekâlet sözleşmesinin çeşitli şekillerini konu edinir. Örneğin hesaplar arası para transferi, kambiyo senetlerinin tahsili, güven mektupları, akreditif, hisse senetleri, tahvil ve diğer sermaye piyasası araçlarının alımlarında aracılık edilmesi ve çeşitli ekonomik danışmanlıklar bu kapsamda değerlendirilir⁷⁵.

Taşınmaz, para, kıymetli evrak, menkul kıymetler ve benzeri nitelikteki malvarlığı değerlerini teknik ve ekonomik yönden yönetmeyi amaç edinen malvarlığı yönetim sözleşmesi de vekâlet sözleşmesi kapsamında değerlendirilmektedir. Tartışmalı olmakla birlikte başkası lehine iş görme edimi içeren inanç sözleşmesi vekâlet sözleşmesi şeklinde nitelendirilebilir⁷⁶.

70 Yargıtay 3 HD, E. 2014/14784, K. 2015/9348, T. 25.5.2015, (Çevrimiçi, Kazancı, 21.03.2018): “...Taraflar arasındaki sözleşmeye göre davacının dış tedavî ve protezlerinin yapımı öngörülmüştür. Burada sözleşme yapılmasının nedeni belli bir sonucun (eserin) ortaya çıkmasıdır. Eser, yüklenicinin sanat ve becerisini gerektiren, bir emek sarfı ile gerçekleştirilen sonuca tabidir. O halde taraflar arasındaki ilişki BK.nun 355 ve devamı maddelerinde düzenlenen eser sözleşme ilişkisidir...”

71 Tam hastaneye kabul sözleşmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Halil Akkanat, “Hastaneye Kabul Sözleşmesinin Görünüm Tarzları ve Sorumluluk Düzeni” (Seçkin Yayıncılık 2006) Prof. Dr. Özer Seliçi’ye Armağan 25ff.

72 Tandoğan (n 1) 363; Yavuz, Acar, Özen (n 1) 1150-51; Gümüş, *Borçlar Özel* (n 1) 128.

73 Tandoğan (n 1) 359-60; Yavuz, Acar, Özen (n 1) 1152; Gümüş, *Borçlar Özel* (n 1) 129; aynı görüşte Yargıtay 23. HD, E. 2015/1475, K. 2016/1621, T. 15.3.2016, (Çevrimiçi, Kazancı, 21.03.2018): “...taraflar arasındaki danışmanlık sözleşmesinin vekâlet sözleşmesi mahiyetinde olmasına, bu mahiyeti itibarıyla de TBK’nın 147/5. maddesi uyarınca 5 yıllık zamanaşımına tabi bulunmasına, bu sebeple de yerel mahkemece davaya konu alacağı 10 yıllık zamanaşımına tabi olduğu gerekçesinin yerinde bulunmamasına, ...”

74 Tandoğan (n 1) 435; Yavuz, Acar, Özen (n 1) 1153.

75 Tandoğan (n 1) 426-35.

76 Yavuz, Acar, Özen (n 1) 1153; İsviçre Federal Mahkemesi’nin inanç sözleşmesinin vekâlet sözleşmesi olarak adlandırılması gerektiği yönündeki görüşü için bkz.: BGE 112 III 95, (Çevrimiçi, www.swisslex.ch, 12.03.2018)

Bir öğretmenin verdiği özel eğitim hizmetini konu alan eğitim sözleşmeleri⁷⁷, bir özel okul ile öğrenci arasındaki sözleşme, kayak eğitimi sözleşmesi, Kat Mülkiyeti Kanunu kapsamında apartman yöneticisi ile kat malikleri arasındaki sözleşme, muhasebecilik ve mali müşavirlik sözleşmesi, tahkim sözleşmesinin tarafları ile hakemler arasındaki sözleşme, 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun kapsamında yapı sahipleri ve yapı denetim kuruluşları arasındaki yapı denetim hizmet sözleşmesi, akreditif açma sözleşmesi, ciro sözleşmesi, çek anlaşması, yönetim kurulu üyeleri ile anonim şirket arasındaki sözleşme yahut tam manasıyla sonuç taahhüdünde bulunulamayacağı için reklamcılık kampanyası yürütmeye yönelik bir sözleşme vekâlet sözleşmesi kapsamında yer almaktadır⁷⁸.

D. Temsil Yetkisi Kavramı ve Vekâlet Sözleşmesinden Ayırt Edilmesi

1. Temsil Yetkisi Kavramı

Temsil, bir hukuki işlemi bir kişinin başka bir kişi adına ve hesabına yapması sonucunda hukuki işlemin sonucunun adına ve hesabına işlem yapılan kişi üzerinde doğmasını sağlayan hukuki kudrettir⁷⁹. Bu tanım esasen doğrudan temsil için getirilmiş olup, genellikle temsil tabiri de doğrudan temsil için kullanılmaktadır. Bir hukuki işlemi diğer bir kişi için yapan kimseye temsilci, aralarındaki hukuki ilişkiye temsil ilişkisi, yapılan hukuki işleme de temsil yoluyla yapılan hukuki işlem denmektedir. Belirtmek gerekir ki temsil, yalnızca “*hukuki işlemler*” için uygulama alanı bulan bir kurumdur ve maddi fiillerde temsil olmaz⁸⁰.

Konunun sınırlarını belirlemek açısından temsil yetkisinin kaynağını esas alan bir ayırım yapılırsa, temsil yetkisinin temsil olunanın iradesine dayandığı hallerde “*iradi temsil*”, temsil yetkisinin temsil olunanın iradesi dışında özellikle bir kanun hükmüne dayandığı hallerde “*kanuni temsil*” söz konusu olur⁸¹. Veli, vasi, kayyım, vasiyeti yerine getirme görevlisi ve tartışmalı olmakla birlikte tüzel kişinin organları⁸² kanuni temsilciye örnek olarak gösterilebilir. Konumuz MÖHUK m. 24 ve MÖHUK m. 30 arasındaki kesişim noktasını tespit etmek yani vekâlet sözleşmesi ile temsil yetkisi

77 Yavuz, Acar, Özen (n 1) 1153. Ancak eğitim faaliyeti dışında yemek, servis, barınma gibi edimlerin borçlanılması halinde vekâlet sözleşmesinden değil kombine tipli karma sözleşmeden bahsetmek daha doğru olur.

78 Tandoğan (n 1) 360ff; Gümüş, *Borçlar Özel* (n 1) 130.

79 von Tuhr (n 1) 314; Oğuzman, Öz (n 37) 218; Kocayusufpaşaoğlu (n 37) 622; Pierre Tercier, Pascal Pichonnaz, *Le droit des obligation* (5ème Edition, Schulthess Verlag Editions Romandes 2012) 90; Pierre Tercier, Pascal Pichonnaz, Hüseyin Murat Develioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (On İki Levha Yayıncılık 2016) 122ff; H Nomer (n 37) 134; Ahmet Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (17th, Turhan Kitabevi 2013) 225; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (22nd Yetkin Yayınları 2017) 444; İlhan Helvacı, *Le droit turc du contrat* (1ère Edition, Schulthess Editions Romandes 2018) 79.

80 von Tuhr (n 1) 318; Oğuzman, Öz (n 37) 218; Kocayusufpaşaoğlu (n 37) 624; H Nomer (n 37) 134; Tercier, Pichonnaz (n 79) 92; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu (n 79) 123, 124; Helvacı (n 79) 79.

81 von Tuhr (n 1) 341; Oğuzman, Öz (n 37) 224; Kocayusufpaşaoğlu (n 37) 630; Tercier, Pichonnaz (n 79) 106, 107; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu (n 79) 143, 144; Helvacı (n 79) 79.

82 Tüzel kişiler ile organları arasındaki ilişkinin kanuni temsil yetkisi olduğu görüşünde: von Tuhr (n 1) 341; Kocayusufpaşaoğlu (n 37) 630.

arasındaki ilişkiyi belirlemek olduğu için kanuni temsil yetkisi konumuzun dışında kalmaktadır^{83,84}.

İradi temsil ise “*dolaylı - dolayısı ile*” ve “*doğrudan - doğrudan doğruya temsil*” olmak üzere iki ana kolda incelenmektedir. Roma Hukuku’nun kabul ettiği yegâne temsil şekli olan dolaylı temsil⁸⁵, dolaylı temsilcinin kendi adına ancak başkası hesabına hareket ettiği, işlemi kendi adına yaptıktan sonra bu işlemde doğan hak ve borçları temsil olunana nakletme yükümlülüğü altına girdiği hukuki ilişkidir⁸⁶. Bunun için örneğin yapılan hukuki ilişkiye göre taşınırlarda zilyetliğin devri, taşınmazlarda tapu kütüğüne tescil, alacaklarda alacağın devri gibi hukuki işlemler yapmak gerekecek ve temsilci de ödediği bedeli aralarındaki iç ilişkiye dayanarak -bu ilişki genellikle vekâlet sözleşmesi olacaktır- temsil olunandan talep edecektir⁸⁷. Dolayısıyla, dolaylı temsilci ile üçüncü kişi arasında hiçbir hukuki sonuç doğmamaktadır⁸⁸. Bu sebeple dolaylı temilde dış ilişki bulunmamakta, iç ilişkiden ayrı olarak bir de dolaylı temsil yetkisi verilmesinden bahsedilmemektedir⁸⁹. Zira taraflar arasındaki iç ilişki, temsilcinin elde ettiği hakları ve üstlendiği borçları daha sonra temsil olunana devretmesini düzenleyen sözleşme ilişkisi olup, bu ilişki aynı zamanda temsil yetkisini de içinde barındırır. Sonuç olarak, dolaylı temilde temsil yetkisi doğrudan temel ilişkiden doğmakta, bu temsil yetkisi yalnızca temel ilişkinin kendisinden ibaret olmakta, yoksa ayrı ve bağımsız bir temsil yetkisinden söz edilememektedir. Temel ilişki ile dolaylı temsil yetkisi birbirinden ayrılmadığı için MÖHUK m. 30’da dolaylı temsil yetkisine uygulanacak hukukun düzenlenmediği ve bu hukukun asıl ilişkinin kaderini tayin edecek olan hukuka tabi olması gerektiği savunulmaktadır⁹⁰.

Dolaylı temilde temsil olunanın üçüncü kişiye herhangi bir talep yönelmemesinin tek istisnası vekâlet sözleşmesi kapsamında düzenlenmiş olan ve edinilen hakların vekâlet verene geçişi başlıklı TBK m. 509 hükmüdür⁹¹. Bu hükme göre “*Vekilin, kendi adına ve vekâlet veren hesabına gördüğü işlerden doğan üçüncü kişilerdeki alacağı, vekâlet verenin vekile karşı bütün borçlarını ifa ettiği anda, kendiliğinden vekâlet verene geçer.*”

83 Tekinalp, Uyanık-Çavuşoğlu (n 18) 129; Huysal (n 18) 231.

84 Kanuni temsil yetkisine uygulanacak hukukun hangi işlem için söz konusu ise o işlemin statüsüne tabi olacağı görüşü için bkzn.: Çelikel, Erdem (n 18) 437; Tekinalp, Uyanık-Çavuşoğlu (n 18) 129.

85 Tahiroğlu (n 1) 252; Kocayusufpaşaoğlu (n 37) 630.

86 von Tuhr (n 1) 318; Oğuzman, Öz (n 37) 219; Kocayusufpaşaoğlu (n 37) 632; Tercier, Pichonnaz (n 79) 107; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu (n 79) 145; Helvacı (n 79) 86; H Nomer (n 37) 134; dolaylı temilin “*eksik temsil*” olarak da adlandırıldığı yönünde bkzn.: Tercier, Pichonnaz (n 79) 107; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu (n 79) 145.

87 von Tuhr (n 1) 318; Oğuzman, Öz (n 37) 219; Kocayusufpaşaoğlu (n 37) 632; Tercier, Pichonnaz (n 80) 107; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu (n 79) 145; H Nomer (n 37) 136; Helvacı (n 79) 86.

88 Tandoğan (n 1) 357; Oğuzman, Öz (n 37) 219; Kocayusufpaşaoğlu (n 37) 632; Tercier, Pichonnaz (n 79) 107; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu (n 79) 145; H Nomer (n 37) 136; Helvacı (n 79) 79.

89 Kocayusufpaşaoğlu (n 37) 632.

90 Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe (n 18) 256.

91 Bu madde hakkında ayrıntılı bir inceleme için bkzn.: Tandoğan (n 1) 357ff.

Gerçek anlamda temsil kurumunu ifade eden doğrudan temsil, temsilcinin hukuki işlemi temsil olunan adına ve hesabına yapmasını ve hukuki işlemde doğan bütün hak ve borçların temsil olunana ait olmasını ifade eden hukuki kurumdur⁹². Doğrudan temilde temsilcinin yaptığı hukuki işlem sonuçlarını kendi hukuki sahasına uğramaksızın doğrudan temsil olunanın hukuki sahasında doğurur⁹³. Temsilci bu sıfatını doğrudan doğruya tek taraflı ve varması gerekli irade beyanı ile kazanır. Bu yetkinin temsilcinin iktidar alanına varması gerekli ve yeterlidir. Doğrudan temilin temsil olunanı bağlaması için temsilcinin temsil yetkisine sahip olması, temsilcinin hukuki işlemi gerçekleştirirken temsil olunan adına hareket etmesi ve karşı tarafa temsilci olduğunu bildirmesi ya da en azından durumdan karşı tarafın temsilci olduğunu anlaması gerekir⁹⁴. Böylece örneğin vekâlet sözleşmesinde vekilin dolaylı temsilci olarak hareket ettiği durumlarda vekâlet verenin hesabına yaptığı bütün işlemlerden doğan hak ve borçları bütün risk ve yükümlülükleriyle ikinci aşamada vekâlet verene devretmesi gerekirken, doğrudan temilde vekil temsil olunan adına hareket ettiği için ikinci aşamaya gerek olmaksızın bütün hak ve borçlar risk ve yükümlülükleriyle birlikte temsil olunana ait olmaktadır⁹⁵.

2. Temsil Yetkisinin Vekâlet Sözleşmesinden Ayrı Edilmesi

Hukumumuz uygulamasında hâkim olan terminoloji bakımından bu iki kurumun birbirine karıştırılması oldukça doğaldır. Zira uygulamada hataen “*temsil yetkisi verilmesi*” yerine “*vekâlet verilmesi*”, “*yetki belgesi*” yerine “*vekâletname*” deyimlerine üstünlük tanınmaktadır⁹⁶.

İlke olarak her temsil yetkisinin arkasında buna dayanak oluşturan bir temel (iç) ilişki vardır. TBK m. 42 buna örnek olarak vekâlet, hizmet ve ortaklık sözleşmelerini göstermektedir. Bunlar arasında en sık rastlanan iç ilişki hiç şüphesiz vekâlet sözleşmesidir. Alman Hukukçusu Paul Laband’ın 1866 yılında yazdığı makaleye kadar temsil ve vekâlet arasında hiçbir ayırım gözetilmemiştir⁹⁷. Profesör Laband’ın görüşü Alman Medeni Kanunu’na ve İsviçre-Türk Borçlar Kanunu’na esas teşkil etmiştir. Söz konusu görüş çerçevesinde temsil olunanın tek taraflı irade beyanı ile gerçekleşen yetkilendirme işlemi, ister vekâlet sözleşmesinden ister başka tipte

92 von Tuhr (n 1) 314; Oğuzman, Öz (n 37) 220; Kocayusufpaşaoğlu (n 37) 633; H Nomer (n 37) 134; Tercier, Pichonnaz (n 79) 91; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu (n 79) 123; Helvacı (n 79) 79.

93 von Tuhr (n 1) 314; Tercier, Pichonnaz (n 79) 93; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu (n 79) 125, 126; Helvacı (n 79) 80.

94 von Tuhr (n 1) 315; Oğuzman, Öz (n 37) 221; Kocayusufpaşaoğlu (n 37) 675; H Nomer (n 37) 136; Tercier, Pichonnaz (n 79) 93, 94; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu (n 79) 126; Helvacı (n 79) 80-82.

95 Kocayusufpaşaoğlu (n 37) 676.

96 Aynı hatalı kullanımların İsviçre Hukuku uygulamasında da mevcut olduğu yönünde bkz.: Tercier, Bieri, Carron (n 1) 608-9.

97 Werro, *Mandat* (n 1) para 38; Oğuzman, Öz (n 37) 225; Kocayusufpaşaoğlu (n 37) 649. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Werro, *Mandat* (n 1) para 38.

hukuki ilişkiden doğmuş olsun temel ilişkiden bağımsızdır⁹⁸. Bu ilke aynı zamanda temsil yetkisini kazandıran tek taraflı işlemin temel ilişkiye nazaran soyut bir işlem oluşturduğu şeklinde de ifade edilmiştir⁹⁹. Bunun sonucu olarak da temsilsiz vekâlet olabileceği gibi vekâletsiz temsil de olabilir. Ancak çoğu zaman bu iki kurum bir arada bulunmaktadır.

Temsil yetkisinin geri alınması mümkündür. Bu husus TBK m. 42 f. 1 uyarınca temel ilişkinin varlığını etkilemez. Ancak temel ilişkinin sona ermesi halinde temsil yetkisinin devam edip etmeyeceği sorusu genellikle olumsuz yanıtlanmaktadır. Bu durumu açıklayan iki görüş mevcuttur. İlk görüşe göre¹⁰⁰ temsil yetkisinin temel ilişkinin devamı süresince ve devam etmesi bozucu şartına bağlı olarak verildiğinin kabulü gerekir. O halde temel ilişki sona erdiğinde temsil yetkisi de sona erecektir. İkinci görüşe göre temel ilişkinin sona ermesi halinde aksi durumdan anlaşılmadıkça güven ilkesi ışığında temsil yetkisinin de sona erdiği şeklinde anlamak gerekir¹⁰¹. Ancak OĞUZMAN ve ÖZ'e göre temsil yetkisinin geçerliliği iç ilişkiye bağlanmamışsa iç ilişkinin sona ermesi durumunda temsil yetkisinin devam etmesi mümkündür¹⁰².

Öğretide¹⁰³ temsil yetkisi ve vekâlet sözleşmesi arasındaki farklar şöyle açıklanmaktadır:

Temsil yetkisi tek taraflı irade beyanı ile verilir ve karşı tarafın hâkimiyet alanına ulaşmasıyla sonuçlarını doğurur. Ancak vekâlet sözleşmesi, iki taraflı irade beyanı ile kurulan bir sözleşmedir ve iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile kurulur.

Sınırlı ehliyetliler kural olarak eksik iki taraflı borç doğurması sebebiyle yasal temsilcilerinin rızası olmadan geçerli bir vekâlet sözleşmesi akdedemezlerken, kendileri bir borç altına girmedikleri için doğrudan temsilci olarak başkası adına ve hesabına hareket edebilirler.

Vekâlet sözleşmesinin konusunu hem hukuki fiiller (*hukuki işlemler ve hukuki işlem benzeri fiiller*) hem de maddi fiiller oluşturabilirken, maddi fiillerde temsil yetkisi verilmesi mümkün değildir.

98 Werro, *Mandat* (n 1) para 38; Oğuzman, Öz (n 37) 225; Kocayusufpaşaoğlu (n 37) 649; Tercier, Pichonnaz (n 79) 97; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu (n 79) 131; Helvacı (n 79) 81.

99 Oğuzman, Öz (n 37) 227, aksi görüşte: Kocayusufpaşaoğlu (n 37) 649; Tercier, Pichonnaz (n 79) 97; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu (n 79) 131; Helvacı (n 79) 81; Tandoğan (n 1) 357: yazara göre burada soyutluktan değil, iç ilişkideki bozuklukların iyi niyetli üçüncü kişileri korumak adına onlara karşı ileri sürülemediği (*inopposabilité*) durumu söz konusudur.

100 von Tuhr (n 1) 322ff; Tercier, Pichonnaz (n 79) 97; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu (n 79) 131.

101 Oser, Schöenberger (n 1) m. 394, para 3; Kocayusufpaşaoğlu (n 37) 651.

102 Oğuzman, Öz (n 37) 227.

103 Oser, Schöenberger (n 1) m. 394, para 3; von Tuhr (n 1) 318; Becker (n 1) m. 394, para 2 vd.; Tandoğan (n 1) 364; Tercier, Bieri, Carron (n 1) 605; Tercier, Pichonnaz, (80) 96; Tercier, Pichonnaz, Develioğlu (n 79) 130ff; Oğuzman, Öz (n 37) 226; Kocayusufpaşaoğlu (n 37) 628; Yavuz, Acar, Özen (n 1) 1123; H Nomer (n 37) 136; Helvacı (n 79) 80, 81.

Vekâlet sözleşmesinin kurulması ile birlikte vekil, sözleşme konusu olan iş görme edimini yapma borcu altına girer. Oysa kendisine temsil yetkisi verilen kişi yalnızca temsil yetkisini haiz olmakla hiçbir borç altına girmiş değildir.

Vekâlet sözleşmesi iş görme borcu altına giren vekil ile vekâlet veren arasındaki iç ilişkiyi ilgilendirir. Oysa temsil yetkisi, temsilcinin temsil olunan adına ve hesabına üçüncü kişilerle bir hukuki ilişkiyi girmesini yani dış ilişkiyi ilgilendirir.

Temsil yetkisinin dayanağını oluşturan iç ilişkinin mutlaka vekâlet sözleşmesi olması şart değildir. Temsil yetkisinin dayandığı iç ilişki hizmet, eser veya ortaklık sözleşmesi ya da başka bir hukuki ilişki olabilir.

Vekâlet sözleşmesi hükümlerinde düzenlenen vekilin aldığı şeyi vekâlet verene teslim borcu (TBK m. 508), vekâlet verenin bütün borçlarını ifa ettiği anda alacak haklarının kendiliğinden vekâlet verene geçmesi (TBK m. 509), vekâlet verenin vekili üstlendiği borçlardan kurtarma yükümlülüğü (TBK m. 510) gibi dolaylı temsile dair hususlar vekâlet sözleşmesi bahsinde düzenlenmiştir.

Ayrıca “*vekâletin kapsamı*” başlıklı TBK m. 504 esasen doğrudan temsil yetkisinin kapsamını ve özel temsil yetkisi gerektiren halleri düzenlemektedir. Her ne kadar genel ve özel temsil yetkisini düzenleyen bu maddeye vekâlet sözleşmesi bahsinde yer verilmişse de bu konuya dair uyuşmazlıkların çözümü MÖHUK m. 30 uyarınca “*Temsilcinin bir fiilinin, temsil olunanı üçüncü kişiye karşı taahhüt altına sokabilmesi için aranan şartlar*” kapsamında olduğu için temsil yetkisine uygulanacak hukuka tabi olacaktır. Dolayısıyla özel temsil yetkisi gerektiren haller doğrudan temsile uygulanacak olan hukukun (MÖHUK m. 30 f. 2) uygulama alanına girmektedir.

Vekâlet sözleşmesi dâhilinde düzenlenmiş iki durum daha vardır ki doğrudan temsil yetkisini ilgilendirir. Bunlar “*alt vekâlet ya da alt temsil*” ve “*ikame vekâlet ya da ikame temsil*”dir. Alt vekâlet vekilin vekâlet sözleşmesinden doğan borçlarının ifası için kendi adına yaptığı bir sözleşme ile başkasını tevkil etmesi halidir¹⁰⁴. İkame vekâlet ise vekilin vekâlet veren adına yaptığı bir sözleşme ile vekâlet sözleşmesinden doğan borçların ifasında kendi yerine bir başkasını koyması şeklinde gerçekleşir. İkame vekâletin mümkün olabilmesi için vekilin böyle bir sözleşme yapmak hususunda temsil yetkisini haiz olması gerekir¹⁰⁵. Belirtmek gerekir ki bu kurumları ifade ederken kullanılan “*vekâlet*” kelimesi yanıltıcıdır, “*temsil*” kelimesi de bu kurumları ifade etmek için kullanılmaktadır. Zira esasen alt vekâlet ve ikame vekâlet konusunda belirleyici olan, vekilin sahip olduğu temsil yetkisidir. Ayrıca birden çok vekilin vekâlet sözleşmesi kapsamında birlikte yetkilendirilmesi durumunu düzenleyen “*birlikte vekâlet*” de esasen vekillerin birlikte temsil yetkisine

104 Oser, Schönerberger (n 1) m. 399, para 35; Becker (n 1) m. 399, para 40; Tandoğan (n 1) 459.

105 Tandoğan (n 1) 461.

sahip olmalarını ifade eder. Bu açıdan alt vekâlet, ikame vekâlet ve birlikte vekâlet sonucu gerçekleştirilen hukuki işlemin vekâlet vereni bağlayıp bağlamayacağı sorunu MÖHUK m. 30 f. 2 kapsamında düşünülebilecektir. Bu husustaki inceleme son bölümde yapılacaktır.

II. MÖHUK m. 24 Hükümü Açısından Vekâlet Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk

A. Genel Olarak

Sözleşmeden doğan borç ilişkileri, irade serbestisi (*özerkliği*) prensibine dayanır. İrade serbestisi prensibinin en önemli sonucu olan sözleşme yapma özgürlüğü ise tarafların dilediği kimselerle sözleşme ilişkisine girebileceği anlamına geldiği gibi aynı zamanda sözleşmenin konusunu ve içeriğini de diledikleri gibi düzenleyebilecekleri anlamına gelir¹⁰⁶. Elbette ki taraflara tanıdan bu özerk alan, etkisini hukuk düzeninin sınırları içinde; emredici hükümlere, kamu düzenine, ahlaka ve kişilik haklarına ayrı olmamak şartıyla korumaktadır. Maddi hukuk kapsamında sözleşmesel ilişki içerisine giren taraflara tanınmış olan bu özerklik, milletlerarası özel hukukun konusuna giren milletlerarası akdi borç ilişkilerine de sözleşmenin tabi olacağı akit statüsünün belirlenmesi hususunda taraflara serbesti tanınması şeklinde yansımıştır¹⁰⁷. Seçilen hukukun bütün emredici ve tamamlayıcı kurallarıyla beraber sözleşmeye uygulanması, bugün hemen hemen bütün milletlerarası özel hukuk kanunlarında kabul edilmiş ortak bir çözüm olma özelliği taşımaktadır¹⁰⁸. Söz konusu çözümü kabul eden düzenlemelerin temelinde ise akdi borç ilişkilerine egemen olan “*taraf menfaati*” düşüncesi yatmaktadır. Taraf menfaatlerinin hayata geçirilmesi ise tarafların seçtikleri hukukun uygulanması sayesinde mümkün olacaktır¹⁰⁹.

MÖHUK'ta vekâlet sözleşmesine uygulanacak olan hukuku düzenleyen özel bir hüküm bulunmamaktadır. Bu sebeple vekâlet sözleşmesinin kuruluş ve hükümlerine uygulanacak olan hukuk yani vekâlet sözleşmesinin akit statüsü MÖHUK m. 24 f. 1 uyarınca ilk olarak tarafların seçtikleri hukuktur¹¹⁰. Bu husus subjektif bağlama kuralı olarak ifade edilmekte ve akdedilen sözleşmenin kanunlar ihtilafı kuralı, yine sözleşme taraflarının kendi iradeleriyle tesis edilmektedir¹¹¹. Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları ihtimalinde ise akit statüsünde uluslararası son eğilimleri yansıtan ve MÖHUK m. 24 f. 4 uyarınca da kabul edilmiş olan “*sözleşme ile en sıkı*

106 Oğuzman, Öz (n 37) 24; Çelikel, Erdem (n 18) 365; Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe (n 18) 263; E Nomer (n 18) 317; Aybay, Dardağan (n 18) 250.

107 Çelikel, Erdem (n 18) 366; E Nomer (n 18) 318.

108 Çelikel, Erdem (n 18) 366; Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe (n 18) 263

109 Tekinalp, Uyanık-Çavuşoğlu (n 18) 275; Aybay, Dardağan (n 18) 249.

110 Çelikel, Erdem (n 18) 366; E Nomer (n 18) 318.

111 E Nomer (n 18) 317; Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe (n 18) 264.

*ilişkili hukuk*¹¹² vekâlet sözleşmesine uygulanacaktır¹¹². Bu husus ise objektif bağlama kuralı olarak ifade edilmektedir¹¹³. MÖHUK m. 24 f. 4 uyarınca en sıkı ilişkili hukukun tespitinde karakteristik edim borçlusundan yararlanılmaktadır. Ancak halin bütün şartlarına göre daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması durumunda ise istisna kuralı uyarınca tespit edilen daha sıkı ilişkili hukuk vekâlet sözleşmesine uygulanacaktır.

MÖHUK m. 24 uyarınca tespit edilen uygulanacak hukuk, MÖHUK m. 30 hükmünün uygulama alanı dışında kalan ve vekâlet sözleşmesinden doğan bütün hak ve yükümlülöklere, vekilin iş görme, özen, sadakat, aldıklarını iade ve hesap verme borçlarına, sorumsuzluk kayıtlarına, vekâlet verenin ücret, vekilin yaptığı harcamaları giderme, vekili borçtan kurtarma, işini görürken uğradığı zararları giderme, avans verme borçlarına, vekilin ve vekâlet verenin borca aykırılık hallerine, vekâlet sözleşmesinin sona ermesi durumlarına, vekilin ve vekâlet verenin fesih haklarına, vekâlet sözleşmesinin geçerlilik şartlarına tatbik edilecektir.

Arz ettiği benzerlik ve önem sebebiyle çalışmanın devamında Avrupa Birliği Hukuku'nda akit statüsünü tayin eden 1980 tarihli Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuka İlişkin Avrupa Topluluğu Sözleşmesi'nin¹¹⁴ ya da diğer adıyla Roma Sözleşmesi'nin yerini alan Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma I Tüzüğü¹¹⁵ hükümlerine de değinilecektir. Ayrıca İsviçre Hukuku'nda akit statüsünü tayin eden Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında Kanun¹¹⁶ hükümlerine de yer verilecektir¹¹⁷.

B. Vekâlet Sözleşmesine Uygulanacak Hukukun Sübjektif Bağlama Kuralına Göre Belirlenmesi

Vekâlet sözleşmesinin akit statüsü MÖHUK m. 24 f. 1 uyarınca ilk olarak tarafların açık olarak seçtikleri hukuka göre belirlenecektir. Vekâlet sözleşmesinin birçok maddi hukukta oldukça farklı görünüm şekillerinin olduğu düşünülürse tarafların bütün

112 Söz konusu bağlama kuralı ABD'de de öğreti tarafından desteklenmekte ve mahkemeler tarafından ağırlıklı olarak uygulama alanı bulmaktadır. Bu husus ABD'de yarı resmi kurallar bütünü olan Restatement II § 188'de açıkça ifade edilmiştir. Ancak belirtmek gerekir ki Restatement II § 188'de sözleşme ile en sıkı ilişkili hukukun belirlenmesinde kullanılan ölçütler MÖHUK m. 24 f. 4 düzenlemesinden farklıdır. Ayrıca detaylı olarak inceleneceği üzere söz konusu bu prensip İsviçre Hukuku'nda Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında Kanun m. 117 ve Avrupa Birliği Hukuku'nda Roma I Tüzüğü m. 4 uyarınca da kabul edilmiştir.

113 Çelikel, Erdem (n 18) 367; Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe (n 18) 280.

114 Convention 80/934/EEC on the law applicable to contractual obligations opened for signature in Rome on 19 June 1980, OJEC L 266, 09.10.1980.

115 Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I), OJ L 177/6, 04.07.2008.

116 Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP) du 18 décembre 1987, RO 1988 1776, 18.12.1987, (19 Aralık 1987 tarihli Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında Federal Kanun), (Çevrimiçi, www.admin.ch, 18.03.2018).

117 Alman, İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunları ve 2675 sayılı Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun çerçevesinde karşılaştırmalı bir çalışma için bkzn.: Gülören Tekinalp, "Yeni Alman ve İsviçre Milletlerarası Akitli Borç Statüsü ve Türk Kanunu" (1988) 1 MHB 69, 69ff.

mevcut ve muhtemel sorunları çözüme kavuşturacak derecede kazuistik bir sözleşme hazırlamalarının oldukça zor olduğu görülür. Bu sebeple tarafların ulusal hukuk sistemlerinin sınırlarını aşan borç ilişkilerinde milletlerarası özel hukuk menfaatini sağlayacak bir hukuk seçimi yapması ihtiyacı ortaya çıkmaktadır¹¹⁸. Milletlerarası akdi borç ilişkilerinde tarafların hangi ülkenin adli makamlarına başvuracakları önceden tahmin edilemeyeceği için akdedilen sözleşmeye hangi hukukun yedek, tamamlayıcı veya emredici kurallarının uygulanacağını belirlenmesi ihtiyacı kendisini göstermektedir¹¹⁹. Aksi halde uluslararası bir uyumsuzluğun kaderinin öngörülemeden bir ülkenin bağlama kurallarına bırakılması durumu söz konusu olacaktır ki bu durum çoğu zaman tarafların beklentilerine ve akdi ilişkinin özelliklerine uygun düşmeyen sonuçlar yaratabilecektir. Günümüzde birçok hukuk sistemi hukuk seçimini kabul etmiştir. Bu açıdan MÖHUK m. 24 f. 1 düzenlemesinin benzeri düzenlemeler Roma I Tüzüğü m. 3 f. 1’de ve LDIP m. 116 f. 1’de yer almaktadır.

Yabancı bir hukukun seçilebilmesi için sözleşmenin mutlaka bir yabancılık unsuru taşımasının gerekip gerekmediği, diğer bir ifadeyle hukuk seçimi yapılacak olan sözleşmenin, ilişkiye sübjektif bir yabancılık unsuru katan taraf iradeleri dışında objektif bir yabancılık unsuruna ihtiyaç duyup duymadığı öğretide tartışmalıdır. Bu durumda sözleşmenin mutlaka bir yabancılık unsuru taşıması gerektiği savunulacak olursa, Türkiye’de bir avukat ve Türk müvekkili arasında akdedilen vekâlet sözleşmesinde hukuk seçimi yapılamayacak ya da Türkiye’de özel bir hastanede tedavi görmek isteyen bir Türk vatandaşı ile doktoru arasındaki sözleşme muhakkak Türk Hukuku’na tabi olacaktır. Vekâlet sözleşmesinde bir hukuk seçimi yapılmış olması ihtimalinde ise seçilen hukukun sözleşmeye “*incorporate*” edildiği kabul edilecek ve söz konusu hukukun hükümleri “*incorporation / akde dâhil etme*” yoluyla sözleşmeye dâhil edilmiş sayılacaktır¹²⁰. MÖHUK m. 24 hükmünde hukuk seçiminin geçerli olması için sözleşmenin yabancılık unsuru ihtiva etmesi aranmamakla birlikte MÖHUK m. 1 uyarınca kanunun uygulama alanı yabancılık unsuru taşıyan işlem ve ilişkiler olarak belirlenmiştir.

Öğretide savunulan bir görüşe göre bir sözleşmeye uygulanacak hukukun MÖHUK uyarınca belirlenebilmesi için öncelikle bu sözleşmenin kanunun uygulama alanına girmesi, dolayısıyla objektif bir yabancılık unsuru içermesi (yer bakımından sözleşmenin yapıldığı yer, ifa yeri ya da sözleşmeye konu malların bulunduğu yer; kişi bakımından tarafların vatandaşlığı, işyerleri, mutad meskenleri veya yerleşim yerleri vb.) gerekmektedir¹²¹. Bu görüşe göre objektif bir yabancılık unsuru içermeyen

118 Uluslararası karakterli sözleşmelerde hukuk seçiminin önemi, taraflar arasındaki menfaat dengeleri ve dikkat edilmesi gereken hususlar hakkında bkzn.: Cemal Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (3rd, Beta Yayınevi 2016) 42ff; Süheylâ Balkar (Bozkurt), *Uluslararası Satım Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk ve Maddi Uluslararası Özel Hukuk Kuralları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi* (Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2002) 88-9; Dilşad Kuşuoğlu, Elit Meviza Demirkol “ICSID Tahkiminde Onay” (2018) 34 TAAD 515, 517.

119 Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe (n 18) 265.

120 Hatice Özdemir Kocasakal, “Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanacak Kuralları” (2010) 1-1MHB 27, 33.

121 Tekinalp, Uyanık-Çavuşoğlu (n 18) 352; Uluocak (n 18) 185-86; Özdemir Kocasakal (n 120) 33; Doğan (n 18) 24.

vekâlet sözleşmesinde hukuk seçimi yapılacak olursa seçilen hukuk “*incorporation*” yoluyla akde dâhil edilmiş olacak ve bu hükümler TBK m. 20 vd. ile TBK m. 27 hükümleri gibi Türk Borçlar Kanunu’nun emredici hükümlerine aykırı olmamak koşuluyla uygulanabilecektir. Öğretide savunulan diğer görüşe göre ise sözleşme herhangi bir yabancılık unsuru içermese dahi yabancı bir hukuku yetkili kılan hukuk seçimi o akdi ilişkiye bir yabancılık unsuru kazandıracak ve artık yabancılık unsuru içeren bu sözleşme MÖHUK m. 1 uyarınca söz konusunu kanunun uygulama alanına dâhil olacaktır¹²². Bu görüşe göre hukuk seçimini ihtiva eden taraf iradesi *-sübjektif yabancılık unsuru-* taraf menfaatini sağlayacak olan hukuk seçimi için yeterlidir. Son olarak öğretide bütün öğeleri tek bir devletle bağlantılı olan yani objektif açıdan yabancılık unsuru içermeyen sözleşmelerin milletlerarası ticaretin bir parçası olması, bir ülkenin sınırlarını aşacak derece ekonomik öneme sahip ve milletlerarası özel hukukun bir parçası olması ihtimalinde de hukuk seçimine izin verilmesi gerektiği savunulmaktadır¹²³. Kanımca son görüşe itibar edilerek, salt objektif yabancılık unsuruna göre değil, ekonomik açıdan milletlerarası ticareti ilgilendiren bir sözleşme ilişkisi bulunup bulunmadığı ihtimaline göre bir değerlendirme yapılmalı ve ekonomik açıdan milletlerarası öğeye sahip olan sözleşmesel ilişkilerde hukuk seçimine izin verilmelidir. Böylece tarafların hukuk seçimi ihtiyacı hissettiği bu tip işlemlerde taraf iradelerine daha büyük bir özgürlük alanı tanınmış olacaktır. Dolayısıyla ekonomik açıdan milletlerarası ticareti ilgilendiren ve belirli bir ülkenin sınırlarını aşarak milletlerarası ticaretin ve ekonomik ilişkilerin bir parçası haline gelmiş olan vekâlet sözleşmelerinde hukuk seçimi mümkün sayılmalıdır. Bu hususun tespitinde ise ekonomik olarak iş görme ediminin değeri ve işin mali büyüklüğü ve niceliği değil, ihtiva ettiği milletlerarası karakter ve nitelik dikkate alınmalıdır. Örneğin merkezi Türkiye’de olan bir şirketin bir avukatla yaptığı sözleşmede sadece Türkiye’deki dava veya işlerin takip edileceği öngörülüyorsa milletlerarası bir karaktere sahip olmaması sebebiyle söz konusu vekâlet sözleşmesinde hukuk seçimine imkân tanınmamalıdır.

Son olarak belirtmek gerekir ki Roma I Tüzüğü m. 3 f. 3’te sözleşmenin bütün unsurlarının seçilen hukuktan başka bir hukuk sisteminde toplanması durumunda seçilen hukukun hükümlerinin, sözleşmenin objektif olarak bağlantılı olduğu hukukun

122 E Nomer (n 18) 320; Çelikel, Erdem (n 18) 269; Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe (n 18) 273; Süheylâ Balkar-Bozkurt, “Uluslararası Sözleşmelere Uygulanacak Kuralları Belirlemede Kullanılan Yöntemlere Eleştirel Bakış” (2011) 1 Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Atâ Sakmar’a Armağan 141, 144; Yargıtay 15. HD, E. 2016/3365, K. 2016/4525, T. 03.11.2016, (Çevrimiçi, Kazancı, 18.03.2018): “...*Yasanın bu hükmü, özel hukuk sözleşmelerinde tarafların, hakimın hukukunda (lex fori) kamu düzenine açıkça aykırılık içermeyen hükümlerin serbestçe konulabileceğine dair ilkeye de uygundur. Yabancı hukukun uygulanması ve tarafların bu konuda sözleşmeye hüküm koymaları için sözleşmenin yabancılık unsuru içermesi koşulu da bulunmamaktadır...*”; Yargıtay 11. HD, E. 2006/8585, K. 2006/12877, T. 07.12.2006, (Çevrimiçi, Kazancı, 18.03.2018): “...*Yabancı hukukun uygulanması ve tarafların bu konuda sözleşmeye hüküm koymaları için sözleşmenin yabancılık unsuru içermesi koşulu bulunmamaktadır. ... MÖHUK.nun 24/1 nci maddesi gereğince de uyuşmazlıkta tarafların açıkça seçtiği kanunun uygulanması gerekmektedir...*” Söz konusu kararın değerlendirilmesi için bkzn.: Emre Esen, “Critique of a Turkish Court of Appeals Decision on the Validity of Choose-of-Law and Choose-of-Forum Clauses in a Insurance Agreement” (2010) 42 Annales de la Faculté de Droit d’Istanbul 365, 365ff.

123 Çelikel, Erdem (n 18) 269-70; Cemal Şanlı, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1986) 29, 30.

emredici hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla uygulanacağı öngörülmüştür¹²⁴. Öğretide Roma I Tüzüğü m. 3 f. 3 uyarınca ilk görüşün benimsendiği ve objektif yabancılik unsuru içermeyen sözleşmelerde hukuk seçiminin aslında teknik anlamda “*incorporation*” olduğu ifade edilmektedir¹²⁵.

Belirtmek gerekir ki MÖHUK m. 24 f. 1 uyarınca hukuk seçiminin açık olması gerekmektedir¹²⁶. Açıklıktan anlaşılması gereken, tarafların akdettikleri sözleşmeyi belirli bir hukuk sistemine tabi kılan iradelerinin yorum yapmaya imkân bırakmaksızın ve tereddüde yer vermeksizin anlaşılabilir olmasıdır¹²⁷. Ayrıca MÖHUK m. 24 f. 1’de sözleşmenin hükümlerinden veya halin şartlarından tereddüde yer vermeyecek şekilde anlaşılabilen hukuk seçiminin (*zımnî hukuk seçimi*) de geçerli olduğu ifade edilmiştir¹²⁸. Böylece taraflara milletlerarası özel hukukta zımnî olarak bir bağlama noktası tesis etme salahiyeti tanındığı ifade edilmektedir¹²⁹. LDIP m. 116 f. 2’de ve Roma Tüzüğü m. 3 f. 1’de de kesin bir şekilde anlaşılan (*de façon certaine*) zımnî hukuk seçimine izin verilmiştir. Belirtmek gerekir ki kanunda farazi hukuk seçimine izin verilmemiştir. O halde hâkim, sözleşmenin kurulması anında taraflar hukuk seçimi yapmak isteselerdi hangi hukuku yetkili kılarlardı, şeklinde bir faraziyeden yola çıkarak bir belirleme yapamayacaktır¹³⁰.

MÖHUK m. 24 f. 2 uyarınca hukuk seçiminin sözleşmenin tamamına yahut sadece belirli kısımlarına veya belirli maddelerine etkili olacak şekilde kararlaştırılması mümkündür. Ayrıca hukuk seçimi MÖHUK m. 24 f. 3 uyarınca her zaman yapılabilir veya değiştirilebilir. Ancak sonradan yapılan ya da değiştirilen hukuk seçimi üçüncü kişilerin haklarına halel getirmemek üzere geçmişe etkili olacaktır. Aynı hüküm LDIP m. 116 f. 3’te ve Roma Tüzüğü m. 3 f. 2’de yer almaktadır.

124 Hükümün gerekçesinde maddenin *ratio legis*’inin kanuna karşı hilenin önlenmesi olduğu ifade edilmiş, ancak bu gerekçe irade serbestisinin esas olduğu bir alanda kanuna karşı hilenin nasıl mevcut olacağına anlaşılabilen sebebiyle eleştirilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkzn.: Stéphanie Franço, “Le règlement “Rome I” sur la loi applicable aux obligations contractuelles-De quelques changements”(2009) I Journal du Droit International Privé 41, 55.

125 Franço (n 124) 35; Özdemir Kocasakal (n 120) 33

126 Hukuk seçimi maddesinin içeriği ve kapsamının yeterli açıklık arz etmediği hallerde maddenin yorumlanmasında *lex fori*’nin yorum kurallarına başvurulacağı ve ayrıca yorum yapılırken kanunlar ihtilafı hukukuna ait yorum ilkelerinin de göz önüne alınacağı hakkında bkzn.: E Nomer (n 18) 322.

127 E Nomer (n 18) 322; Doğan (n 18) 290.

128 İlyas Arslan, “5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Zımnî Hukuk Seçimi” (2013) 2 MHB 1, 1ff; Aslı Bayata Canyaş, “Roma I Tüzüğü ile Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Örtülü Hukuk Seçimi” (2011) 1 Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi 110, 110ff. Belirtmek gerekir ki “tereddüde yer vermeyecek biçimde” anlaşılabilen hukukun zımnî hukuk seçimini ifade edip etmediği tartışmalıdır. Kanımca zımnî irade beyanı, hareketin yapıldığı hal ve şartlardan açıkça anlaşılabilen irade beyanıdır. Bu sebeple MÖHUK m. 24 f. 1 c. 2’de zımnî hukuk seçimine yer verildiği hususunda tereddüde düşülmemelidir. Karşı görüş için bkzn.: Şanlı, Esen, Ataman-Fıganmeşe (n 18) 266; E Nomer (n 18) 323. Zımnî irade beyanı için bkzn.: M. Kemal Oğuzman, Nami Barlas, *Medeni Hukuk: Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar* (19th, Vedat Kitapçılık 2017) 191.

129 Arslan (n 128) 9; Bayata Canyaş (n 128) 113; Çelikel, Erdem (n 18) 269; Yazarlar, MÖHUK m. 24’ün 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun m. 24’ten en önemli farkını sözleşmenin taraflarına zımnî hukuk seçimi imkânının tanınması olarak nitelendirmektedirler. 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun döneminde zımnî hukuk seçiminin, maddenin geniş yorumlanması sonucu mümkün olabileceği yönündeki görüşler için bkzn.: Tekinap, *Akdi Borç Statüsü* (n 117) 68.

130 E Nomer (n 18) 323; Çelikel, Erdem (n 18) 270; Şanlı, Esen, Ataman-Fıganmeşe (n 18) 266.

Hukuk seçimi anlaşmasının geçerliliğinin *Lex Fori*'ye tabi tutulamayacağı ve bu sebeple hukuk seçimi anlaşmasının geçerliliğine de seçilen hukukun uygulanması gerektiği ifade edilmektedir¹³¹. Zira muhtemel uyuşmazlığın hangi hukuk sisteminde ileri sürüleceğinin önceden bilinmemesi sebebiyle hukuk seçimi anlaşmasına *Lex Fori*'nin uygulanması mümkün görülmemektedir.

Belirtmek gerekir ki vekâlet sözleşmelerinde birtakım genel işlem şartlarına, standart sözleşmelere, çeşitli hukuk metinlerine veya yürürlükte olmayan hukuk sistemlerine atıf yapılması (*incorporation, incorporation by reference, akde dâhil etme*) hukuk seçimi anlamına gelmeyecektir¹³². Örneğin vekâlet sözleşmesinde sadece bir hastanenin genel işlem şartlarına atıf yapılması veya konser vermek üzere başka bir ülkeye giden bir ses sanatçısının organizasyon şirketiyle yaptığı sözleşmede yalnızca Türk Borçlar Kanunu'nun uygulanacağını öngörmesi, sözleşmede hukuk seçimi yapıldığını göstermemektedir. Bu durumda sözleşme objektif bağlama kuralına göre tespit edilecek hukuka tabi olacak, sözleşmede yapılan bu tarz atıflar uyarınca atıf yapılan hukuki metinler sözleşme metnine dâhil edilmiş olacaktır¹³³. Bu hukuki durumun doğal sonucu olarak da sözleşme metnine dâhil edilen bu hükümler, esasa uygulanacak olan "*Lex Obligationis*"in emredici kurallarına uygun düştüğü ölçüde geçerli olacaktır¹³⁴. Sözleşme metnine "*incorporation*" yoluyla dâhil edilen hukuki metinlerin bir hukuk seçimi ihtiva etmesi durumunda bu hukukun akit statüsünü teşkil edip etmeyeceği tartışmalıdır. Bir görüşe göre bu durumda açık hukuk seçimi mevcuttur¹³⁵. Diğer bir görüşe göre ise hukuk seçimi, atıf yapılan hukuki metinde karşı tarafın bilgisi olduğuna ilişkin bir kaydın bulunması halinde geçerli olur¹³⁶. Hukuk seçimi anlaşmasının seçilen hukukun akit statüsüne tabi olduğu yukarıda belirtilmişti. Kanımca bu durumda atıf yapılan hukuki metinlerin hukuk seçimi içermesi durumunda seçilen hukuka göre söz konusu metinler geçerli kabul edilebiliyor ise bu durumda akit statüsü, atıf yapılan hukuki metinlerin ihtiva ettiği hukuk seçimine göre belirlenebilecektir.

Belirtmek gerekir ki avukatlık, hekimlik, mimarlık, mühendislik, hukuk danışmanlığı, malvarlığı ve taşınmaz yöneticiliği, yatırım danışmanlığı, özel ders ve kurs verme, eksperlik ve hakemlik gibi birçok mesleki faaliyette kendisini gösterecek olan vekâlet sözleşmesine¹³⁷ uygulanacak hukuk taraflarca belirlenirken oldukça dikkatli olunmalıdır. Vekâlet sözleşmesi hazırlanırken sözleşme ile uyumlu, hazırlık safhasında hükümleri gözetilen ve muhtemel bir hukuki uyuşmazlık halinde taraf

131 E Nomer (n 18) 325; Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe (n 18) 271.

132 Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz.: Nuray Ekşi, "Kanunlar İhtilâfi Alanında Incorporation" (1999-2000) Prof. Dr. Aysel Çelikel'e Armağan 19-20 MHB 263, 263ff.

133 Çelikel, Erdem (n 18) 387; E Nomer (n 18) 320; Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe (n 18) 268; Ekşi (n 132) 266ff.

134 E Nomer (n 18) 320; Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe (n 18) 268; Ekşi (n 132) 267.

135 Özdemir Kocasakal (n 120) 29.

136 E Nomer (n 18) 321.

137 Eren, *Borçlar Özel* (n 1) 706; Gümüş, *Kısa Ders Kitabı* (n 1) 410.

menfaatine en çok hizmet edecek olan hukuk sistemi tercih edilmelidir¹³⁸. Aksi halde yabancı hukuku uygulayacak olan hâkimin kamu düzeninin veya doğrudan uygulanan kurallarının seçilen hukukun kısmen veya tamamen uygulamasını engellemesi tehlikesi ile karşılaşılabilir.

Son olarak belirtmek gerekir ki İsviçre’de uygulanacak hukuku belirleyen Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında Kanun (LDIP) m. 116 hukuk seçimi konusunda MÖHUK m. 24 hükmüyle oldukça benzer bir çözümlü benimsemiştir. “*Hukuk seçimi*” başlığını taşıyan LDIP m. 116’ya göre¹³⁹ “(1) *Sözleşme tarafların seçtikleri hukuka tabidir. (2) Hukuk seçimi açık olabileceği gibi halin şartlarından veya sözleşmedeki düzenlemelerden kesin bir şekilde anlaşılabilen hukuk seçimi de yapılabilir. Hukuk seçimi, seçilen hukuka tabidir. (3) Hukuk seçimi her zaman yapılabilir veya değiştirilebilir. Hukuk seçimi şayet sözleşmenin kurulmasından sonra yapılmışsa, sözleşmenin kurulması anına kadar geçmişe etkili olur. Üçüncü kişilerin hakları saklıdır.*” Roma I Tüzüğü m. 3 ise LDIP m. 116’dan farklı olarak kısmi hukuk seçiminin mümkün olduğuna değinmiş ve ayrıca sözleşmenin unsurlarının (objektif yabancılik unsurlarının) tamamının üye devletlerde bulunması ihtimalinde Topluluk Hukukunun emredici hükümlerini koruyucu bir hükme yer vermiştir. Roma I Tüzüğü m. 3’te kabul edilmiş olan kısmi hukuk seçimi MÖHUK m. 24 f. 2’de de kabul edilmiştir. Ayrıca objektif yabancılik unsuru içermeyen sözleşmelere objektif açıdan bağlantılı hukukun emredici hükümlerinin uygulanacağını öngören Roma I Tüzüğü m. 3 f. 3 hükmüne yukarıda değinildiğini hatırlatmakla yetinmekteyiz.

C. Vekâlet Sözleşmesine Uygulanacak Hukukun Objektif Bağlama Kuralına Göre Belirlenmesi

Tarafların vekâlet sözleşmesine uygulanacak hukuk hususunda anlaşamamaları, hukuk seçimi yapmak istememeleri veya bu hususu ihmal etmeleri neticesinde sözleşmeye uygulanacak hukuk objektif bağlama kuralına göre belirlenecektir. Objektif bağlama kuralının tayininde akdin kurulduğu yer, ifa yeri, tarafların vatandaşlığı, işyeri, mutad meskeni veya hâkimin hukuku gibi çeşitli bağlama noktaları uluslararası yazında savunulmuştur¹⁴⁰. MÖHUK m. 24 f. 4 uyarınca hukuk seçimi yapılmayan hallerde akit statüsü “*söyleşmeyle en sıkı ilişkili hukuk*” olarak tayin edilecektir. Kanun bu tespitle yetinmemiş ve sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukukun belirlenmesi amacıyla kanunda kesin olmayan bazı karinelere yer vermiştir¹⁴¹. Söz

138 Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe (n 18) 278.

139 “LDIP Article 116, II. Droit applicable, 1. En général, a. Election de droit: (1) Le contrat est régi par le droit choisi par les parties. (2) L’élection de droit doit être expresse ou ressortir de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances; en outre, elle est régie par le droit choisi. (3) L’élection de droit peut être faite ou modifiée en tout temps. Si elle est postérieure à la conclusion du contrat, elle rétroagit au moment de la conclusion du contrat. Les droits des tiers sont réservés.”

140 Çelikel, Erdem (n 18) 373; E Nomer (n 18) 328-29; Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe (n 18) 280; Tekinalp, Uyanık-Çavuşoğlu (n 18) 362.

141 E Nomer (n 18) 320; Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe (n 18) 281.

konusu karinenin uygulanabilmesi için sözleşmenin ticari veya mesleki faaliyetler çerçevesinde kurulup kurulmamasına göre bir ayırım yapmak gerekmektedir. *Ticari veya mesleki faaliyetler çerçevesinde kurulan sözleşmelerde* sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuk, karakteristik edim borçlusunun işyeri; işyerinin bulunmaması durumunda yerleşim yeri ve birden çok işyerinin bulunması ihtimalinde ise sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukuku akit statüsünü teşkil edecektir. *Ticari veya mesleki faaliyetler çerçevesinde kurulmuş olmayan sözleşmelerde* ise sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuk, karakteristik edim borçlusunun mutat mesken hukuku olarak tespit edilecektir. Son olarak kanun, MÖHUK m. 24 f. 4 son cümlede ise gerçek bir istisna kuralına yer vererek sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması ihtimalinde sözleşmenin o hukuka tabi olacağını belirtmiştir.

Belirtmek gerekir ki MÖHUK m. 24 f. 4, LDIP m. 117 ve Roma I Tüzüğü m. 4'te öngörülmüş olan çözümü benimsemiş, milletlerarası gelişmelere paralel olarak güncel içtihatları ve öğretilerde ifade edilen görüşleri dikkate almış ve Avrupa Birliği ile uyumlu bir düzenleme öngörmüştür¹⁴². LDIP m. 117'ye göre¹⁴³ “(1) Hukuk seçimi yapılmayan hallerde sözleşme kendisi ile en sıkı (yakın) ilişkili devlet hukukuna tabi olur. (2) Bu ilişki, karakteristik edimi sağlayacak olan tarafın sözleşmenin kurulduğu andaki mutat meskenin, sözleşmenin ticari veya mesleki faaliyetlerin icrası kapsamında kurulması durumunda ise sözleşmenin kurulduğu andaki işyerinin bulunduğu devlete göre belirlenir. (3) Karakteristik edimden özellikle şunlar anlaşılır: (c) vekâlet, eser ve iş görme edimi içeren diğer sözleşmelerde iş görme borcu.” Roma I Tüzüğü m. 4 f. 1, hukuk seçimi yapılmamış ise sözleşmeye uygulanacak hukuku sözleşme tiplerine göre belirlemiş ve hizmet (iş görme) edimi içeren sözleşmelerde iş görme borçlusunun, dolayısıyla vekâlet sözleşmesinde vekilin mutat mesken hukukunu iş görme sözleşmelerine, konumuz açısından vekâlet sözleşmesine uygulanacak akit statüsü olarak tayin etmiştir. Ayrıca 4. fıkrada ise 1. fıkraya göre sözleşmeye uygulanacak hukukun belirlenmemesi durumunda sözleşmeye en sıkı (yakın) ilişkili hukukun uygulanacağını belirtmiştir. Görüldüğü üzere gerek Roma I Tüzüğü gerek LDIP gerekse MÖHUK objektif bağlama kuralının belirlenmesinde aynı çözümü takip etmekte olup, MÖHUK'tan farklı olarak Roma I Tüzüğü ve LDIP karakteristik edimin belirlenmesinde bazı sözleşme tipleri için yol gösterici bir karineye yer vermiştir. Kanımca farklı sözleşme tipleri için öngörülen bu karinelerin MÖHUK sistemi için de geçerli olduğunun kabul edilmesi yerinde olacaktır.

İlk olarak belirlenmesi gereken husus, sözleşmenin ne zaman mesleki veya ticari faaliyetler çerçevesinde kurulmuş olduğunun tespitidir. Bir sözleşmenin mesleki

142 Çelikel, Erdem (n 18) 385.

143 “LDIP Art. 117 II. Droit applicable, 1. En général, b. A défaut d'élection de droit: (1) A défaut d'élection de droit, le contrat est régi par le droit de l'Etat avec lequel il présente les liens les plus étroits. (2) Ces liens sont réputés exister avec l'Etat dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle ou, si le contrat est conclu dans l'exercice d'une activité professionnelle ou commerciale, son établissement. (3) Par prestation caractéristique, on entend notamment: c. la prestation de service dans le mandat, le contrat d'entreprise et d'autres contrats de prestation de service.”

veya ticari faaliyetler çerçevesinde kurulup kurulmadığının tespiti bir vasıflandırma (niteleme) sorunudur¹⁴⁴. Kanımca bu vasıflandırma sorunu yukarıda ifade edilen baskın görüş uyarınca *Lex Fori*'ye göre yani Türk Hukuku'na göre çözümlenmelidir. Ticari veya mesleki faaliyetler, gerçek kişilerce icra edilebileceği gibi tüzel kişilerce de icra edilebilir. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 3'e göre kanunda düzenlenen hususlarla ticari işletmeyi ilgilendiren bütün faaliyetler ticari iş olarak nitelendirilecektir. O halde ticari faaliyetle doğrudan veya dolaylı olarak ilişkisi olan bütün işlem ve fiiller ticari iş olarak kabul edilecektir¹⁴⁵. Ayrıca TTK m. 19'da gerçek kişi tacirler için ticari iş karinesine yer verilmiş ve diğer tarafa açıkça bildirilmediği ya da işin niteliğinden anlaşılmadığı sürece tacirin bütün borçlarının ticari olmasının asıl olduğu belirtilmiştir. Tüzel kişi tacirlerin ise adi alanı bulunmamakta yani bütün işlem ve fiilleri ticari iş sayılmaktadır. Mesleki faaliyet kavramından anlaşılması gereken husus ise kişinin üstlendiği edimi sahip olduğu mesleği çerçevesinde yerine getirmeyi üstelenmiş olmasıdır. Bu açıdan tacir kapsamında değerlendirilemeyen küçük esnaf işletmeleri, bir malı tekrar satmak için satın alan kişiler ya da akdettiği sözleşmeler aracılığıyla geçimini temin eden kişiler mesleki faaliyetleri kapsamında sözleşme ilişkisine girmiş sayılmalıdır.

MÖHUK m. 24'te sözleşmenin ticari veya mesleki faaliyetler çerçevesinde kurulmuş olması ihtimalinde karakteristik edim borçlusunun işyeri hukuku bağlama noktası olarak belirlendiğine göre, daha sonra açıklanacağı üzere vekâlet sözleşmesinde karakteristik edimi teşkil eden iş görme edimini ifa edecek olan vekilin bu borcunu ticari veya mesleki faaliyeti çerçevesinde yerine getirmesi gerekecektir. Örneğin bir kamu hizmeti ve serbest meslek sayılan avukatlık mesleği (1136 sayılı *Avukatlık Kanunu m. 1*) çerçevesinde vekil, borcunu mesleki faaliyeti çerçevesinde yerine getirmektedir. Özel kurumlarda çalışan doktorlar ise tıbbi vekil sıfatıyla ifa ettikleri borçlarını mesleki faaliyetleri çerçevesinde yerine getirmektedir. Mimarların vekâlet sözleşmesi kapsamında akdettikleri sözleşmeler ticari olabileceği gibi, ticari işletme kapsamında olmayan işleri mesleki faaliyetleri kapsamında addedilecektir. Bankaların daima anonim şirket çerçevesinde örgütlendikleri göz önünde bulundurulursa bankaların vekâlet sözleşmesi kapsamında yaptıkları bütün işler ticari sayılacaktır¹⁴⁶.

İkinci olarak belirlenmesi gerek husus "*karakteristik edim*¹⁴⁷" kavramıdır. Öğretiye göre karakteristik edim, sözleşmeye adını ve kimliğini kazandıran, ağırlığını veren,

¹⁴⁴ Şanlı, Esen, Ataman-Fıganmeşe (n 18) 282.

¹⁴⁵ Sabih Arkan, *Ticari İşletme Hukuku* (Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 20. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü 2015) 65ff; Reha Poroy, Hamdi Yasaman, *Ticari İşletme Hukuku* (Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 15th, Vedat Kitapçılık 2015) 74ff.

¹⁴⁶ Vekâlet sözleşmesi kapsamında değerlendirilen bankacılık işlemleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkzn.: Tandoğan (n 1) 426-35.

¹⁴⁷ Ayrıntılı bilgi için bkzn.: Fügen Sargın, "Karakteristik Edim Teorisine Eleştirel Bir Yaklaşım" (2001) 2 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 37, 37ff; Ziya Akıncı, *Tarafların Yetkili Hukuku Belirlemeleri Durumunda Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk* (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Söner Sermaye İşletmesi Yayınları 1998) 40ff.

diğer sözleşme tiplerinden ayırt edilmesini sağlayan, sözleşmeye hukuki niteliğini bahşeden, diğer edime göre bünyesinde daha büyük bir rizikoyu ihtiva eden, sözleşmeye kendi damgasını vuran edimdir.¹⁴⁸ Karakteristik edimin akit statüsünün tayininde kullanılması fikri, 1908 yılında Milletlerarası Hukuk Enstitüsü'nün Floransa'daki toplantısına dayanmaktadır¹⁴⁹. Floransa toplantısı sonunda sunulan teklifte hukuk seçimi öngörüldükten sonra, her ne kadar karakteristik edim kavramı kullanılmasa da karakteristik edim borçlusunun hukukuna atf yapılmaktadır¹⁵⁰. Bizim konumuz açısından da önem arz eden husus odur ki, teklifin yedinci bendinde vekâlet sözleşmesi kapsamında tıp, avukatlık gibi mesleklerden biri çerçevesinde yapılan sözleşmelerde akit statüsünün kişinin mesleğini icra ettiği yer hukuku olması gerektiği teklif edilmiştir¹⁵¹. Daha sonra akit statüsünün karakteristik edim borçlusuna göre belirlenmesi düşüncesi, 1930'larda SCHNITZER tarafından geliştirilmiştir¹⁵². SAVIGNY'nin sözleşme ile en sıkı ilişki olan hukukun sözleşmeye uygulanması fikrini devam ettiren SCHNITZER, sözleşmenin taraflardan esaslı edimi ifa edecek olan tarafın sosyal ve ekonomik faaliyetlerini icra ettiği hukukun sözleşmeye uygulanması fikrini "*Milletlerarası Özel Hukukta Milletlerarası Sözleşmeler*" adlı eserinde savunmuştur¹⁵³. Bu açıdan sözleşmenin dayanacağı bağlama noktası, SCHNITZER'e göre ticari veya mesleki faaliyetler kapsamında kurulan sözleşmelerde hukuki ilişkinin somutlaştığı yer, yani karakteristik edim borçlusunun ticari işyeri ya da mesleğini icra ettiği yer olmalıdır¹⁵⁴. VISCHER ise SCHNITZER tarafından geliştirilen bu ilkeye ticari veya mesleki faaliyetler çerçevesinde akdedilmemiş olan sözleşmelere karakteristik edim borçlusunun mutad mesken hukukunun uygulanması gerektiği fikrini eklemiştir¹⁵⁵. Söz konusu bu gelişmeler, İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında da benimsenmiş ve 1952 tarihli "*Chevalley c. Geniportex*" kararında¹⁵⁶ Federal Mahkeme karakteristik edim borçlusunun ifa yeri hukukunun sözleşmeye uygulanması gerektiğini ifade etmiştir. Daha sonra ise Federal Mahkeme ilk olarak karakteristik edim borçlusunun yerleşim yeri hukukunu¹⁵⁷, daha sonra ise karakteristik edim borçlusunun mutad meskeninin bulunduğu yer hukukunu bağlama noktası olarak kabul edilmiştir.

148 Sargın (n 147) 44 vd.; Çelikel, Erdem (n 18) 374; Şanlı, Esen, Ataman-Fıganmeşe (n 18) 283; E Nomer (n 18) 331.

149 Gabrielle Kaufmann-Kohler, "La prestation caractéristique en Droit international privé des contrats et l'influence de la Suisse" (1989) 45 *Annuaire suisse de droit international* 195, 196; Marie Elodie Ancel, *La prestation caractéristique du contrat* (Recherches Juridiques 2002) 154; Demirkol (n 18) 244.

150 Kaufmann-Kohler (n 149) 196; Ancel (n 149) 154.

151 Kaufmann-Kohler (n 149) 196; Demirkol (n 18) 244-45.

152 Kaufmann-Kohler (n 149) 196; Sargın (n 147) 44; Çelikel, Erdem (n 18) 374.

153 Kaufmann-Kohler (n 149) 198; Ancel (n 149) 155; Sargın (n 147) 45; Çelikel, Erdem (n 18) 374; Demirkol (n 18) 246.

154 Kaufmann-Kohler (n 149) 198; Demirkol (n 18) 246; Sargın (n 147) 49.

155 Demirkol (n 18) 248; ayrıntılı bilgi için bkz.: Frank Vischer, *Droit international privé* (Editions Universitaires 1974).

156 Chevalley c. Geniportex Kararı, ATF 78 II 74, 12 Şubat 1952, (Çevrimiçi, www.swisslex.ch, 18.03.2018).

157 Hollas Kararı, ATF 67 II 129, (Çevrimiçi, www.swisslex.ch, 18.03.2018); Ruetz Kararı 61 II 182, (Çevrimiçi, www.swisslex.ch, 18.03.2018); Banque Nationale Belge Kararı, ATF 65 II 66, (Çevrimiçi, www.swisslex.ch, 18.03.2018); Ancel (n 149) 23.

Karakteristik edimin tespitinde önerilen diğer bir unsur, para ödenmesine ilişkin edimin karakteristik edim olmayacağıdır¹⁵⁸. Para ödenmesine ilişkin edimin renksiz edim olarak gerek birçok sözleşme ilişkisi içinde yer alabilmesi, gerekse uygulanacak muhtemel kanun hükümlerinin diğer edimi esas alan düzenlemelere ağırlık vermesi bu sonuca sebep olmaktadır¹⁵⁹.

Sonuç olarak belirtmek gerekir ki vekâlet sözleşmesinde sözleşmeyi karakterize eden, sözleşmeye damgasını vuran, ağırlığını koyarak hukuki niteliğini belirleyen edim; vekilin vekâlet veren menfaatine ve iradesine uygun olarak iş görme edimidir¹⁶⁰. Zira açıklandığı üzere vekâlet sözleşmesinin esaslı unsuru, vekâlet veren menfaatine ve iradesine uygun olarak yapılan iş görme edimi olup söz konusu iş görmenin zaman kaydına bağlı olmaksızın ve sonucun elde edilememesi rizikosunu taşımaksızın şekle bağlı olmayan bir sözleşme kapsamında vekil tarafından gerçekleştirilmesidir¹⁶¹. Ücret ise gerek TBK m. 502 f. 3 uyarınca vekâlet sözleşmesinin zorunlu unsuru olmadığından¹⁶², gerekse renksiz edim olması sebebiyle karakteristik edim teşkil edemeyeceğinden akit statüsünün tespitinde kullanılmayacaktır. O halde tarafların hukuk seçimi yapmamış olması ihtimalinde vekâlet sözleşmesine uygulanacak hukuk, karakteristik edim olan vekâlet veren menfaatine ve iradesine uygun olarak iş görme edimini borçlanan vekile göre tayin edilecektir. Vekilin ticari veya mesleki faaliyetleri çerçevesinde kurulan sözleşmelerde sözleşmeye MÖHUK m. 24 f. 4 uyarınca vekilin iş yeri hukuku, birden fazla işyeri varsa sözleşmeyle en sıkı bağlantılı olan işyerinin hukuku, vekilin işyeri yoksa yerleşim yeri hukuku uygulanacaktır. Sözleşme ticari veya mesleki faaliyetler kapsamında kurulmamışsa sözleşmeye uygulanacak olan hukuk, vekilin mutlak mesken hukuku olacaktır.

Bu kapsamda hukuk seçiminin yapılmadığı durumlarda sözleşmeye uygulanacak hukuk; bir avukatlık sözleşmesinde avukatın işyerinin ya da yaygın kullanılan ifadesiyle bürosunun, özel bir kurumda çalışan doktorla veya veterinerle yapılacak olan vekâlet sözleşmesinde doktorun veya veterinerin bağlı olarak çalıştığı kurumun bulunduğu yer hukuku, doktorun veya veterinerin muayenehanesinde ifa edilen vekâlet sözleşmesinde muayenehanenin bulunduğu yer hukuku¹⁶³, mimarlar veya mühendislerle yapılan vekâlet sözleşmelerinde mimarın ya da mühendisin ofisinin ya da çalıştığı kurumun bulunduğu yer hukuku, diğer serbest meslek faaliyetlerinde vekilin işyerinin bulunduğu yer hukuku, yönetim kurulu üyesinin bir şirketle yaptığı vekâlet sözleşmesinde¹⁶⁴ şirketin esas idare merkezi aynı zamanda vekilin işyerini

158 Sargın (n 147) 47; Şanlı, Esen, Ataman-Fıganmeşe (n 18) 283; E Nomer (n 18) 331, 334.

159 Sargın (n 147) 48, 49.

160 Sargın (n 147) 40; Şanlı, Esen, Ataman-Fıganmeşe (n 18) 283; E Nomer (n 18) 332-33; Tekinalp, *Akdi Borç Statüsü* (n 117) 68; Tekinalp, Uyanık-Çavuşoğlu (n 18) 393

161 Tandoğan (n 1) 356ff; Eren, *Borçlar Özel* (n 1) 711ff; Zevkliler, Gökyayla (n 1) 605ff.

162 Tandoğan (n 1) 364.

163 E Nomer (n 18) 332.

164 E Nomer (n 18) 333.

teşkil edeceğinden şirketin esas idare merkezinin bulunduğu yer hukuku şeklinde tayin edilecektir. Bankaların vekâlet sözleşmesi kapsamında çeşitli hizmetler ifa ettikleri sözleşmelerde bir ayırım yapmak gerekmektedir. Bankanın genel merkezinin ve şubesinin aynı ülkede bulunduğu durumlarda sözleşmeye uygulanacak hukuk, genel merkezin veya şubenin bulunduğu yer hukuku olacak iken, genel merkezi başka bir ülkede olan bankalarda ise sözleşmeye uygulanacak hukuk müvekkilin işlemlerini gerçekleştirdiği banka şubesinin bulunduğu yer hukuku olacaktır. Zira müvekkilin işlemlerini gerçekleştirdiği ve hizmet aldığı şube, sözleşmeyle daha sıkı ilişkili işyeri olarak değerlendirilecektir. Kanımca vekâlet sözleşmesinin bir türü olan danışmanlık sözleşmesine uygulanacak hukuk ise kendisine danışılan uzmanın işyerinin bulunduğu yer hukuku olmalıdır¹⁶⁵.

LDIP m. 117 f. 3 b. c’de ise sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuku belirleyen karakteristik edim borcu “*vekâlet, eser ve iş görme edimi içeren diğer sözleşmelerde iş görme borcu*” şeklinde tarif edilmiştir. Roma I Tüzüğü m. 4 f. 1 b. d’de ise tarafların hukuk seçimi yapmadığı durumlarda iş görme edimi içeren sözleşmelere uygulanacak hukuk, “*iş görme borçlusunun mutat mesken hukuku*” şeklinde belirlenerek iş görme edimi içeren sözleşmelerde karakteristik edim doğrudan belirlenmiştir¹⁶⁶. MÖHUK m. 24’te bu şekilde doğrudan bir belirleme yer almamasına rağmen karakteristik edimin belirlenmesi hususunda esasen iş görme edimi içeren sözleşmelerde başkaca bir sonuca varmak zaten mümkün görünmemektedir. Bu açıdan MÖHUK’un hazırlanması safhasında getirdikleri çözümlerden yararlanan LDIP ve Roma I Tüzüğü’nün mevcut kanunumuzla tam bir uyum içinde olduğunu söylemek mümkündür.

D. Vekâlet Sözleşmesine Uygulanacak Hukukun İstisna Kuralına Göre Belirlenmesi

Mülga 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun m. 24’te “*karakteristik ediminin ifa yerinin tespit edilemediği hallerde sözleşmenin en yakın irtibat halinde bulunduğu yer hukuku uygulanır*” hükmü yer almaktaydı. Öğretide bu hüküm, “*sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuk*” bağlama kuralına ancak karakteristik edimin ifa yerinin belirlenememesi durumunda başvurulacağıının öngörülmesi sebebiyle gerçek bir istisna kuralı olarak yorumlanmamakta ve bir “*yardımcı kural*” olarak adlandırılmaktaydı¹⁶⁷. Bu dönemde öğretide söz konusu bu yardımcı kuralın geniş yorumlanarak gerçek bir istisna kuralı gibi uygulanmasını

¹⁶⁵ Aksi görüş ve danışmanlık sözleşmesine uygulanacak hukuk hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Sema Çörtoğlu Koca, “Danışmanlık Sözleşmesinin Esasına Uygulanacak Hukuk” (2007) XI Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 233, 238.

¹⁶⁶ Roma Sözleşmesi kapsamında karakteristik edim hakkında detaylı bir çalışma için bkz.: Hans Ulrich Jessurun D’oliveira, “Characteristic Obligation In The Draft EEC Obligation Convention” (1977) 25 The American Journal of Comparative Law 303, 303ff.

¹⁶⁷ Tekinalp, *Akdi Borç Statüsü* (n 117) 69.

savunan görüşler mevcuttu¹⁶⁸. Zira milletlerarası hukuk hakkaniyeti, bağlama kurallarının tayin edeceği *Lex Causae*'nin söz konusu hukuki ilişkiyle en sıkı irtibatlı hukuk olması gerektiği varsayımına dayanmaktadır.

5718 sayılı MÖHUK m. 24 ise gerçek bir istisna kuralına yer vererek sözleşme ile daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması ihtimalinde bu hukukun sözleşmeye uygulanması gerektiğini öngörmüştür¹⁶⁹. Kanun, sözleşme ile en sıkı ilişkili hukukun tespitinde karakteristik edim borçlusunun faaliyet gösterdiği yer hukukunu esas alarak bir karine getirmiş olmakta, ancak bu karinenin aksinin de mümkün olabileceğini göz ardı etmeyerek daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması ihtimalinde bu hukukun akdi ilişkiye uygulanarak milletlerarası hukuk adaletinin tesis edilmesini sağlamaktadır¹⁷⁰. Zira MÖHUK m. 24 f. 4 uyarınca objektif bağlama kuralı esasen karakteristik edim borçlusunun mutat meskeni olmayıp akitle en sıkı ilişkili hukuktur.

Hâkim karakteristik edim borçlusunun işyeri ya da mutat meskenini tespit ettikten sonra halin şartlarından sözleşme ile daha sıkı ilişkili bir hukukun bulup bulunmadığını denetleyecek ve bu denetimi gerçekleştirirken menfaatler dengesini gözeterek ifa yeri, sözleşmenin kurulduğu yer, tarafların vatandaşlığı, faaliyet gösterdikleri ekonomik çevre, yetki anlaşması, sözleşmenin dili yahut akit statüsünün tespitinde yararlanılmamış olan mutat mesken veya yerleşim yeri gibi unsurları nazara alacaktır¹⁷¹.

Belirtmek gerekir ki MÖHUK m. 24 f. 4 uyarınca söz konusu kural taraflarca hukuk seçimi yapılmayan hallerde uygulama alanına sahiptir. Ayrıca belirli bir tarafın belirsiz bir şahıs grubuyla ya da farklı ülkelerde faaliyetlerini sürdüren birden fazla kişi veya şirketle sözleşme ilişkisine girdiği durumlarda karakteristik edim birden fazla olabileceği için istisna kuralını uygulamak yerinde olacaktır¹⁷². Zira bu gibi durumlarda vekilin iş yeri ya da mutat meskeninin bulunduğu yer hukuku, vekâlet sözleşmesinin etkisini doğurduğu ve tarafların borçlarını ifa ettiği yer hukukundan ayrıldığı için esasen objektif bağlama kuralının sözleşme ile olan bağlantısı zayıflamakta, bu durumda sözleşme ile daha sıkı ilişkili bir bağlama noktası kendisini göstermektedir. Örneğin birden fazla uluslararası şirketin vekâlet sözleşmesi kapsamında başka bir şirkete karşı çeşitli danışmanlık hizmetleri üstlenmiş olması ihtimalinde karakteristik edim teorisini uygulamak mümkün olmayacaktır. Aynı şekilde vekilin iş yeri veya mutat meskeni dışında farklı bir ülkede faaliyet gösterdiği ve iş görme edimini gerçekleştirdiği durumlarda objektif bağlama kuralının tespit ettiği hukukun sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuk olduğunu savunmak da mümkün olmayabilecektir.

168 Çelikel, Erdem (n 18) 382; Tekinalp, *Akdi Borç Statüsü* (n 117) 69.

169 Çelikel, Erdem (n 18) 388; Şanlı, Esen, Ataman-Fıganmeşe (n 18) 285; E Nomer (n 18) 330.

170 Çelikel, Erdem (n 18) 388; Şanlı, Esen, Ataman-Fıganmeşe (n 18) 285; E Nomer (n 18) 330; Doğan (n 18) 372; Demirkol (n 18) 290.

171 Çelikel, Erdem (n 18) 388; Şanlı, Esen, Ataman-Fıganmeşe (n 18) 284; E Nomer (n 18) 330.

172 E Nomer (n 18) 334.

Örneğin yurt dışında yerleşik bir şirketin Türkiye’de yerleşik başka bir şirket lehine Türkiye’de yatırım amacıyla danışmanlıkta bulunması ihtimalinde de iş görme edimini üstlenen şirketin işyeri hukukuna nazaran Türk Hukuku’nun sözleşme ile daha sıkı ilişkili olduğu savunulabilecektir. Yurtdışında faaliyet gösteren bir hakemle akdedilen hakem sözleşmelerinde tahkim yeri, vekâlet verenin bulunduğu ülkede yer alıyorsa bu durumda vekâlet verenin işyeri hukuku sözleşmeyle daha sıkı ilişkili hukuk olarak tespit edilebilir. Aynı şekilde yurtdışında faaliyet gösteren bir hekimin başka bir ülkede ameliyatlara girmesi durumunda, vekâlet sözleşmesi kapsamında iş görme fiilinin gerçekleştirildiği yer hukuku sözleşme ile daha sıkı ilişki içerisinde olabilir. Başka bir ülkede gerçekleştirilen inşaat faaliyetleri kapsamında akdedilen mimarlık sözleşmelerinde, mimarın gözetim borcu uzun süre boyunca inşaatın fiilen gerçekleştirildiği yerde ifa edileceğinden, bu gibi durumlarda mimarın iş yeri başka bir ülkede yer alsa dahi inşaatın gerçekleştirildiği yer hukuku vekâlet sözleşmesiyle daha sıkı ilişkili hukuk olarak tespit edilebilir. Bu gibi ihtimallerin tümünde somut olayın bütün özellikleri dikkate alınarak bir karara varılması daha isabetli olacaktır.

İsviçre Hukuku’nda LDIP m. 15’in “*istisna kuralı*” başlığını taşıyan düzenlemesinde¹⁷³ “*Halin bütün şartlarından, uygulanacak olan hukukun daha uzak bir ilişki içinde olduğu açık bir şekilde anlaşılır ve çok daha sıkı bir (yakın) ilişki içinde bulunan başka bir hukuk tespit edilirse, bu kanun tarafından tespit edilen hukuk istisnaen uygulanmaz. Bu düzenleme tarafların uygulanacak hukuku seçmesi halinde uygulanmaz.*” hükmüne yer vermektedir. Görüldüğü üzere LDIP, bütün kanunlar ihtilafı kuralları açısından bir istisna kuralına yer vererek, hükmün uygulama alanını, bütün bağlama kurallarını içine alacak şekilde genişletmiştir. Roma I Tüzüğü m. 4 f. 3 ise sözleşme ile daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması halinde sözleşmeye bu ülke hukukunun uygulanacağını öngörmesi açısından MÖHUK m. 24’te ifade bulan istisna kuralı ile özdeş bir düzenleme olma özelliği taşımaktadır.

III. MÖHUK m. 30 Hükmü Açısından Temsil Yetkisine Uygulanacak Hukuk

Temsil yetkisine uygulanacak hukukun belirlenmesi, hem temsil olunanın hem temsilcinin hem de temsilci ile işlem yapan üçüncü kişinin menfaatlerinin korunması açısından önem taşımaktadır¹⁷⁴. Milletlerarası özel hukukta temsil yetkisine uygulanacak hukuk konusunda çeşitli görüşler ileri sürülmüş ve bu görüşlerden üçüncü kişinin menfaatinin korunması açısından uygulanacak hukukun “*önceden bilinen*”

173 “LDIP, Art. 15 III. Clause d’exception, III. Clause d’exception (1) Le droit désigné par la présente loi n’est exceptionnellement pas applicable si, au regard de l’ensemble des circonstances, il est manifeste que la cause n’a qu’un lien très lâche avec ce droit et qu’elle se trouve dans une relation beaucoup plus étroite avec un autre droit. (2) Cette disposition n’est pas applicable en cas d’élection de droit.”

174 Gülören Tekinalp, *Türk Devletler Hususi Hukuku’nda Temsil Yetkisi* (Fakülteler Matbaası 1977) 57ff; Huysal (n 18) 192; Ayfer Uyanık Çavuşoğlu, “Türk Milletlerarası Özel Hukuku’nda İradî Temsil” (2012) 11 Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Dergisi 67, 67ff; Çelikel, Erdem (n 18) 437; E Nomer (n 18) 315; Tekinalp, Uyanık-Çavuşoğlu (n 18) 130.

objektif esaslara bağlanması gerektiği görüşü ağırlık kazanmıştır¹⁷⁵. Temsil olunanın veya temsilcinin iradesi veya üçüncü kişinin isteğinden çok, işlemin yapıldığı yerin “işlem güvenliği” ilkesinin hesaba katılması gereği ise hukuk seçiminin reddedilmesi gerektiği yönündeki görüşü desteklemiştir¹⁷⁶. Ayrıca yukarıda da açıklandığı üzere temsil yetkisinin birçok hukuk sisteminde iç ilişkide dayandığı hukuki temelden bağımsız olması da temsil yetkisine uygulanacak hukukun iç ilişkiden farklı bir hukuk olması gereğini ortaya çıkarmıştır. Bu açıdan farklı hukuk sistemlerinin milletlerarası özel hukuk kanunlarında ve öğretide temsil yetkisine temsil olunanın hukuku, temel ilişkiye uygulanan hukuk, temsilcinin üçüncü kişiyle yaptığı işleme uygulanacak hukuk, yetkinin verildiği yer hukuku, temsilcinin yerleşim yeri, temsil yetkisinin etki alanı gibi bağlama noktaları önerilmiştir¹⁷⁷.

2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’da temsil yetkisine uygulanacak hukuk düzenlenmemiştir. Konuyu ilk kez düzenleyen MÖHUK m. 30 f. 1’e göre temsilci ile temsil olunan arasındaki hukuki ilişkiden doğan temsil yetkisi aralarındaki sözleşmeden doğan ilişkiye uygulanacak hukuka tabidir. Temsilcinin bir fiilinin, temsil olunanı üçüncü kişiye karşı taahhüt altına sokabilmesi için aranan şartlara uygulanacak hukuk ise MÖHUK m. 30 f. 2 uyarınca temsilcinin işyeri hukukudur. Temsilcinin işyeri bulunmadığı, üçüncü kişi tarafından bilinemediği veya yetkinin işyeri dışında kullanıldığı durumlarda ise temsil yetkisi, yetkinin fiilen kullanıldığı ülke hukukuna tâbi kılınmıştır. Yetkisiz temsilde temsilci ile üçüncü kişi arasındaki ilişkiye de bu fıkra hükmü uygulanacaktır.

MÖHUK m. 30, İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında Kanunu’ndan iktibas edilerek düzenlenmiş bir maddedir. Mehz kanununun temsil başlığını taşıyan 126. maddesine göre¹⁷⁸¹⁷⁹ “(1) *Temsilin bir sözleşmeye dayandığı durumlarda temsilci ile temsil olunan arasındaki ilişkiye uygulanacak hukuk, aralarındaki sözleşmeye uygulanacak hukuka tabidir.* (2) *Temsilcinin fiillerinin temsil olunan ve üçüncü kişiyi bağlaması için gereken şartlar temsilcinin iş yeri hukukuna göre belirlenir.*

175 Tekinalp, Uyanık-Çavuşoğlu (n 18) 130; Tekinalp, *Temsil Yetkisi* (n 174) 27ff; Çelikel, Erdem (n 18) 438.

176 Tekinalp, Uyanık-Çavuşoğlu (n 18) 130; Tekinalp, *Temsil Yetkisi* (n 174) 27ff; Çelikel, Erdem (n 18) 437; Huysal (n 18) 163 vd.

177 Ayrıntılı bilgi için bkzn.: Tekinalp, Uyanık-Çavuşoğlu (n 18) 131ff; Tekinalp, *Temsil Yetkisi* (n 174) 27ff; Huysal (n 18) 163 vd.

178 İradî temsile uygulanacak hukukun düzenlendiği madde sistematik açıdan eleştirilmektedir. Zira iradî temsilin akdi borç ilişkilerinin bir türü olmadığı ifade edilmektedir. Kanımca birçok hukuk sisteminde iki kurum arasında ayırım yapılmaması ve akdi bir ilişkiye dayanmayan temsil yetkisi kavramına uygulamada pek rastlanmaması hususu düşünüldüğünde maddenin bulunduğu yerin uygun olduğu görülecektir. Akdi bir ilişkiye dayanmayan temsil yetkisinin mevcut olmayacağı da öğretide savunulmaktadır. Hükmün MÖHUK’taki yerinin sistematik açıdan eleştirisi için bkzn.: Şanlı, Esen, Ataman-Fıganmeşe (n 18) 285.

179 “LDIP art. 126, d. Représentation: (1) Lorsque la représentation repose sur un contrat, les rapports entre représentant et représenté sont régis par le droit applicable à leur contrat. (2) Les conditions auxquelles les actes du représentant lient le représenté et le tiers contractant sont régies par le droit de l’Etat de l’établissement du représentant ou, si un tel établissement fait défaut ou encore n’est pas reconnaissable pour le tiers contractant, par le droit de l’Etat dans lequel le représentant déploie son activité prépondérante dans le cas d’espèce. (3) Lorsque le représentant est lié au représenté par un contrat de travail et n’a pas d’établissement commercial propre, son établissement est réputé se trouver au siège du représenté. (4) Le droit désigné à l’al. 2 régit également les rapports entre le représentant sans pouvoir et le tiers.”

Temsilcinin işyeri bulunmaz ya da üçüncü kişi tarafından bilinemez ise uygulanacak hukuk temsilcinin ağırlıklı faaliyetlerini gerçekleştirdiği yer hukukudur. (4) 2. fıkrada belirlenen hukuk yetkisiz temsilci ile üçüncü kişi arasındaki ilişkiye de uygulanır.”

MÖHUK m. 30 f. 1 temsilci ile temsil olunan arasındaki ilişkiyi, aralarındaki sözleşmeye uygulanacak hukuka tabi kılmıştır. Bu fıkranın temsilcinin kendi nam ve hesabına hareket ettiği doğrudan temsil hallerinde uygulama alanı bulacağı ifade edilmişse de¹⁸⁰ kanımca söz konusu fıkra dolaylı temsil yetkisine uygulanacak hukuk açısından da uygulama alanı bulabilir. Zira dolaylı temsilde bir dış ilişkinin bulunmadığı ve dolaylı temsil yetkisi veren yetkilendirme işleminin temel ilişkiden ayrılmasının mümkün olmadığı açıklanmıştır. Her ne kadar bu düzenleme bulunmasaydı dahi dolaylı temsile uygulanacak hukuk temsilci ile temsil olunan arasındaki temel ilişkiye uygulanacak hukuka tabi olacak idiye de bu fıkranın dolaylı temsil açısından da “açıklayıcı (*déclaratif, declaratory*)” bir etkiye sahip olduğu savunulabilir.

Bu madde uyarınca temsil yetkisinin vekâlet sözleşmesi ile birlikte verildiği varsayımında temsilci ve temsil olunan arasındaki ilişkiye uygulanacak hukuk (*temsil ilişkisine uygulanacak hukuk*), vekil ve vekâlet veren arasındaki vekâlet sözleşmesine uygulanacak hukuka tabi olacak ve bu hukuk da yukarıda açıkladığımız şekilde tespit edilecektir. Tespit edilen bu hukukun kapsamına temsil yetkisinin doğumu, kapsamı, süresi, sona ermesi, kötüye kullanılması veya yetki aşımı sebebiyle sorumluluk gibi meseleler girecektir¹⁸¹. MÖHUK m. 30 f. 1 uyarınca temsilci ile temsil olunan arasındaki ilişkinin aralarındaki sözleşme statüsüne tabi tutulması karşısında ayrı bir hukuk seçimine izin verilmediği savunulmaktadır¹⁸². Kanımca kısmi hukuk seçimine açıkça izin veren MÖHUK m. 24 f. 2 uyarınca tarafların temel ilişki olarak kendisini gösteren vekâlet sözleşmesi dâhilinde temsil yetkisine uygulanacak hukuku seçebilmeleri ve bu hukuku sözleşmeye uygulanacak subjektif bağlama kuralından ayırabilmeleri mümkün olmalıdır.

Dış ilişkiye yani temsilcinin bir fiilinin, temsil olunanı üçüncü kişiye karşı taahhüt altına sokabilmesi için aranan şartlara uygulanacak hukuk, temsilcinin işyeri hukukudur. Söz konusu MÖHUK m. 30 f. 2 ile getirilen düzenleme “*doğrudan temsil*” yetkisini düzenlemekte, ayrıca yetkisiz temsil durumunda temsilci ile üçüncü kişi arasındaki ilişki de bu hükmün kapsamına girmektedir. Dış ilişkide temsil yetkisinin temel ilişkiden bağımsız olduğu gözetilerek getirilmiş bu düzenlemeyle temsil yetkisi objektif ve bağımsız bir hukuka tabi kılınmıştır¹⁸³. Temsilcinin işyerinin

180 Şanlı, Esen, Ataman-Fıganmeşe (n 18) 256.

181 Şanlı, Esen, Ataman-Fıganmeşe (n 18) 256; E Nomer (n 18) 316.

182 Temsil ilişkine uygulanacak hukukun seçilmesinin kanunun açık lafzına ve soyutluk ilkesine aykırı olduğu görüşünde: Huysal (n 18) 128-29.

183 Tekinalp, Uyanık-Çavuşoğlu (n 18) 130; Tekinalp, *Temsil Yetkisi* (n 174) 27; Çelikel, Erdem (n 18) 438.

bulunmadığı veya üçüncü kişi tarafından bilinmediği ya da yetkinin işyeri dışında kullanıldığı durumlarda ise “*yetkinin fiilen kullanıldığı yer hukuku*” temsil yetkisine uygulanacaktır.

Avusturya, Polonya, İspanya Hukuku sistemlerinde ve İsviçre LDIP tasarısında temsil yetkisine uygulanacak hukukun temsil olunanın tek taraflı irade beyanı ile seçilebileceği düzenlenmiştir¹⁸⁴. Türk Hukuku’nda konuyu ilk kez tartışmaya açan ve hukuk seçimine karşı çıkan TEKİNALP¹⁸⁵, bu görüşünü daha sonra tekrarlamamıştır¹⁸⁶. Hukuk seçiminin temsil olunan ve üçüncü kişi arasında karşılıklı irade beyanlarıyla yapılması gerektiğini savunan bir görüş de bulunmaktadır¹⁸⁷. Kanımca “*işlem güvenliği*” ilkesi gereği ve kanunda hukuk seçimi imkânı tanınmaması karşısında *de lege lata* hukuk seçiminin mümkün olmadığının kabulü gerekmektedir.

Birlikte temsil veya birlikte vekâlet ve alt temsil ya da alt vekâlet konusunun, temsilci ve temsil olunan arasındaki temsil ilişkisini (*temel ilişki*) mi yoksa dış ilişkiyi mi ilgilendirdiği hususu öğretilerde tartışmalıdır¹⁸⁸. Öğretilerde savunulan görüşlerden ilki temsil yetkisine dair konuların bir bütün olarak değerlendirilerek dış ilişkiye tabi kılınması yönünde gelişirken, ikinci görüş ise konuyu temsil ilişkisi çerçevesinde değerlendirerek MÖHUK m. 30 f. 1 kapsamında incelemektedir. Kanımca konunun önemi birlikte temsil veya alt temsil sonucu yapılan işlemin temsil olunanı yahut vekâlet vereni bağlayıp bağlamaması noktasında toplanmaktadır. Bu sebeple birlikte temsil ve alt temsil konusunun dış ilişkiye dâhil edilmesi ve temsil yetkisinin bir bütün olarak değerlendirilmesi daha yerinde olacaktır. Aksi çözüm benimsenirse, temsil yetkisine ilişkin konuların parçalanarak farklı hukuk sistemlerine tabi kılınması durumunda hukuk sistemleri arasındaki farklılıkların muhtemel çatışma noktalarına dönüşmesi kaçınılmaz olacaktır.

İkame temsil veya ikame vekâletin temsilci ile temsil olunan arasındaki temsil ilişkisine mi, yoksa temsil yetkisine mi dâhil olduğu konusunda da öğretilerde fikir birliği bulunmamaktadır¹⁸⁹. Konuya ilişkin ilk görüş ikame temsil konusunu dış ilişkiye tabi tutmaktadır¹⁹⁰. İkinci görüş ise temsil yetkisinin devrinin mümkün olup olmadığını temsil ilişkisine yani MÖHUK m. 30 f. 1 hükmüne tabi kılarken, devrin sonuçları ve geçersizliği sebebiyle temsil olunan ve üçüncü kişi arasındaki sonuçları dış ilişkiye yani MÖHUK m. 30 f. 2 hükmüne tabi kılmaktadır¹⁹¹. Kanımca ikame

184 Söz konusu hukuk sistemlerin ayrıntılı değerlendirmesi için bkzn.: Huysal (n 18) 185.

185 Tekinalp, *Temsil Yetkisi* (n 174) 27ff.

186 Tekinalp, Uyanık-Çavuşoğlu (n 18) 130 vd.

187 Görüşün ayrıntılı bir tahlili için bkzn.: Huysal (n 18) 186ff.

188 Söz konusu tartışma için bkzn.: Huysal (n 18) 238.

189 Huysal (n 18) 243.

190 Andreas Girsberger, Max Keller, *Zürcher Kommentar zum IPRG* (2. Auflage, 2004) Art. 126, para 15.

191 Rolf Watter, *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Internationales Privatrecht* (Heinrich Honsell, Nedim P. Vogt, Anton K. Schnyder Eds, 1996) Art. 126, para 15.

temsil veya ikame vekâlet konusunun parçalanarak farklı bağlama kurallarına tabi tutulması, uygulanacak hukuk sistemlerinin birbirine zıt düzenlemeler içermesi karşısında durumu içinden çıkılmaz bir hale getirecektir. Bu sebeple temsil yetkisine dair hususların parçalanmadan tek bir hukuk sistemine tabi tutulması, milletlerarası özel hukuk hakkaniyetinin gerçekleşmesine daha iyi hizmet edecektir.

Son olarak özel temsil yetkisi gerektiren haller Türk Hukuku'nda TBK m. 504 f. 3'te düzenlenmiş ve bu haller “*dava açma, sulh olma, hakeme başvurma, iflas, iflasın ertelenmesi ve konkordato talep etme, kambiyo taahhüdünde bulunma, bağışlama yapma, kefil olma, taşınmaz devretme ve bir hak ile sınırlandırma*” şeklinde ifade edilmiştir. Kanundan doğan diğer özel yetki sınırlamalarına ise pazarlamacının yetkisini düzenleyen TBK 452, acentenin yetkisini düzenleyen TTK 105 vd. (özellikle TTK 106), adi ortaklıkta ortakların üçüncü kişilerle ilişkisini düzenleyen TBK 637 hükümleri örnek olarak gösterilebilir¹⁹². Türk öğretisinde bu maddenin vekâlet sözleşmesine dayanmayan hallerde de uygulanması gerektiği ve bu hallerde de özel temsil yetkisine ihtiyaç duyulduğu ittifakla kabul edilmektedir¹⁹³. Esasen bu tarz düzenlemeler farklı hukuk sistemlerinde de bulunmaktadır. Böyle durumlarda özel temsil yetkisi gerektiren hallere uygulanacak hukuk konusunda öğretide fikir birliği bulunmamaktadır¹⁹⁴.

Öğretide baskın görüş özel temsil yetkisi gerektiren hallerin dış ilişkiye tabi kılınması yönünde gelişmiştir¹⁹⁵. Diğer bir görüş ise özel temsil yetkisi gerektiren halleri temsil yetkisi dışında vasıflandırarak, bu konuyu temsilci ile üçüncü kişi arasındaki hukuki işleme uygulanacak hukuka tabi tutmaktadır¹⁹⁶. Son olarak özel temsil yetkisi gerektiren halleri temsil ilişkisine yani temsilci ile temsil olunan arasındaki ilişkiye tabi tutan görüşlere de rastlanmaktadır. Kanımca benzer konularda benimsediğimiz görüşü sürdürmek isabetli olacaktır. Zira “*temsilcinin bir fiilinin, temsil olunanı üçüncü kişiye karşı taahhüt altına sokabilmesi için aranan şartlar*” denildiği zaman ilk akla gelen konu özel temsil yetkisi gerektiren hallerdir. Çünkü temsilcinin bir fiilinin temsil olunanı bağlaması için ilk olarak o konuda yetkili olması gerekmektedir. Bu şart bulunmazsa temsilcinin fiili, temsil olunanı bağlamayacaktır. Bu sebeple özel temsil yetkisi gerektiren haller, dış ilişkinin kapsamında değerlendirilmeli ve konuya temsilcinin iş yeri hukuku tatbik edilmelidir. Belirtmek gerekir ki bir tüzel kişinin organının bazı işlemleri yapmaya yetkili olup olmaması durumu, iradi temsil yetkisi çerçevesinde değil, kanuni temsil yetkisi çerçevesinde değerlendirilmeli ve söz konusu kanuni temsil yetkisini meydana getiren hukuki ilişkinin statüsüne tabi kılınmalıdır.

192 Tercier, Pichonnaz Develioğlu (n 79) 133.

193 Ayrıntılı bilgi için bkz.: Oğuzman, Öz (n 37) 233; Tercier, Pichonnaz Develioğlu (n 79) 133.

194 Huysal (n 18) 245.

195 Tekinalp, *Temsil Yetkisi* 61.

196 Uyanık Çavuşoğlu (n 174) 95.

Sonuç

Vekâlet sözleşmesi ve temsil ilişkisi arasındaki yakınlık ve Roma Hukuku'na dayanan uzak akrabalık sebebiyle vekâlet sözleşmesine uygulanacak hukukun tespitinde “*vasıflandırma ihtilaflarının çözümü*” konu açısından bir mihenk taşı olarak nitelendirilebilir. İster *Lex Fori*'ye ister *Lex Causae*'ya göre bir vasıflandırılma yapılsın, belirlenecek ilk husus vekâlet sözleşmesi ve temsil yetkisi sınırları dâhilinde gri alanların vekâlet sözleşmesi kapsamında mı, yoksa temsil yetkisi kapsamında mı mütalaa edileceği hususudur. Kanımca konunun belirlenmesinde olabildiğince temsil yetkisine dokunan alanların bir bütün olarak değerlendirilmesi ve aynı hukuka tabi kılınması gerekmektedir. Bu alanların başında alt vekâlet, ikame vekâlet, birlikte vekâlet ve özel temsil yetkisi gerektiren haller gelmektedir. Söz konusu kurumlar, temsilcinin bir fiilinin, temsil olunanı üçüncü kişiye karşı taahhüt altına sokabilmesini sağlayan hukuki imkânlar olduğu için temsil yetkisi kavramı kapsamında değerlendirilerek, temsil yetkisini düzenleyen MÖHUK m. 30 f. 2 hükmü uyarınca temsilcinin işyeri hukukuna tabi tutulmalıdır. Böylece gri alanların parçalanarak farklı hukuk sistemlerine tabi tutulması neticesinde ortaya çıkacak muhtemel hukuki çatışmaların da önüne geçilebilecektir. Diğer taraftan maddi hukuka göre birlikte vekâleti gerektiren bir durumda vekillerin temsilci sıfatıyla işlemi birlikte yapmaması, ikame vekâletin mevcut olduğu durumda vekilin temsilci olarak temsil yetkisini bir başka kişiye devretme yetkisinin olmaması veya özel temsil yetkisini gerektiren hallerde söz konusu yetkinin verilmemiş olması durumunda bir yetkisiz temsilden bahsedilmektedir. Zira temsilcinin fiilinin temsil olunanı taahhüt altına sokabilmesi için gereken şartlarda bir eksiklik mevcuttur. Bu durum ise MÖHUK m. 30 f. 2 hükmünün kapsamına girmektedir. Dolaylı temsile uygulanacak hukuk ise daima maddi hukukla paralel olarak temel ilişkiyle irtibatlı ve onun ayrılmaz parçası olarak değerlendirilmeli ve MÖHUK m. 30 f. 1 uyarınca temel ilişkiye uygulanacak hukuka tabi kılınmalıdır.

Gri alanlar dışında vekâlet sözleşmesine uygulanacak hukuk akit statüsünün tayini ile paralellik arz etmektedir. Tarafların iradesinin bir hukuku işaret etmediği durumlarda karakteristik edim olan vekilin iş görme borcuna göre uyuşmazlıkla en sıkı ilişkili hukuku gösteren objektif bağlama noktası belirlenecek, bu bağlama noktası vekâlet sözleşmesinin ticari veya mesleki faaliyetler kapsamında akdedilmiş olması durumunda vekilin iş yeri hukuku, aksi halde vekilin mutat mesken hukuku olacaktır. Günümüz ekonomik ilişkilerinin girift bir yapıya büründüğü göz önüne alınırsa daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması ihtimali güçlenecek ve istisna kuralının istisnai uygulama alanı ise mevcut halinden daha fazla önem arz edecektir. Ancak belirtmek gerekir ki vekâlet sözleşmesinde “*vekil*” sıfatına sahip olan doktor, mühendis, mimar, avukat, danışman, noter, diş hekimi, veteriner ve banka çoğu zaman iş görme edimini kendi işyerinin bulunduğu yerde ifa edeceği için, hukuk

seçiminin bulunmaması durumunda objektif bağlama kuralının tespit ettiği hukuk çoğu zaman vekâlet sözleşmesiyle en sıkı ilişkili hukuku gösterecektir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almamıştır.

Kaynakça/References

- Akıncı Ş, “818 Sayılı BK ve 6098 Sayılı TBK ile Mukayeseli Roma Borçlar Hukuku” (7th, Sayram Yayınları 2017).
- Akıncı Z, *Tarafların Yetkili Hukuku Belirlemeleri Durumunda Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk* (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Söner Sermaye İşletmesi Yayınları 1998).
- Akkanat H, “Hastaneye Kabul Sözleşmesinin Görünüm Tarzları ve Sorumluluk Düzeni” (Seçkin Yayıncılık 2006) Prof. Dr. Özer Seliçi’ye Armağan 25.
- Alpaslan ME, *İcra Dairelerinin Özerkleştirilmesi: Fransız İcra Görevlisi Modeli* (On İki Levha Yayıncılık 2018).
- Ansel ME, *La prestation caractéristique du contrat* (Recherches Juridiques 2002).
- Aral F, Ayrancı H, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 11th, Yetkin Yayınları 2015).
- Arkan S, *Ticari İşletme Hukuku* (Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 20th, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü 2015).
- Arslan İ, “5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Zimnî Hukuk Seçimi” (2013) 2 MHB 1.
- Aybay R, Dardağan E, *Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması, Kanunlar İhtilafı* (2nd, Bilgi Üniversitesi Yayınları 2008).
- Aydoğdu M, Kahveci N, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Sözleşmeler Hukuku* (Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 3rd, Adalet Yayınevi 2017).
- Balkar (Bozkurt) S, *Uluslararası Satım Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk ve Maddi Uluslararası Özel Hukuk Kuralları, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi* (Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2002).
- Balkar Bozkurt S, “Uluslararası Sözleşmelere Uygulanacak Kuralları Belirlemede Kullanılan Yöntemlere Eleştirel Bakış” (2011) 1 Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Atâ Sakmar’a Armağan 141.
- Bayata Canyaş A, “Roma I Tüzüğü ile Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Örtülü Hukuk Seçimi” (2011) 1 Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi 110.
- Becker H, *İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi: İkinci Bölüm, Çeşitli Sözleşme İlişkileri, Madde: 184-551* (Suat Dura tr, Yargıtay Yayınları 1993).
- Çelikel A, Erdem, BB, *Milletlerarası Özel Hukuk* (Yenilenmiş 15th, Beta Yayınevi, 2017).
- Çörtoğlu Koca S, “Danışmanlık Sözleşmesinin Esasına Uygulanacak Hukuk” (2007) XI Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 233.
- Demirkol B, *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk* (1st, Vedat Kitapçılık 2011).
- Kuğuoğlu D, Demirkol EM, “ICSID Tahkiminde Onay” (2018) 34 TAAD 515.

- Doğan V, *Milletlerarası Özel Hukuk* (Gözden Geçirilmiş 3rd, Savaş Yayınevi 2015).
- D'oliveira J, Ulrich H, "Characteristic Obligation In The Draft EEC Obligation Convention" (1977) 25 The American Journal of Comparative Law 303.
- Ekşi N, "Kanunlar İhtilâfi Alanında Incorporation" (1999-2000) Prof. Dr. Aysel Çelikel'e Armağan 19-20 MHB 263.
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (22nd, Yetkin Yayınları 2017).
- -- *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (4th, Yetkin Yayınları 2017).
- Esen E, "Critique of a Turkish Court of Appeals Decision on the Validity of Choise-of-Law and Choise-of-Forum Clauses in a Insurance Agreement" (2010) 42 Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul 365.
- Franco S, "Le règlement "Rome I" sur la loi applicable aux obligations contractuelles-De quelques changements"(2009) I Journal du Droit International Privé 41.
- Girsberger A, Keller M, *Zürcher Kommentar zum IPRG* (2nd, 2004).
- Gümüş MA, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Özel Hükümler; Cilt II, Eser Vekâlet, Sımsarlık, Vekâletsiz İş Görme, Havale, Saklama, Kefalet ve Garanti* (3rd, Vedat Kitapçılık 2014).
- -- *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı* (Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 2nd, Filiz Kitabevi 2017).
- -- *Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu* (Beta Yayınevi 2001).
- Helvacı İ, *Le droit turc du contrat* (1st, Schulthess Editions Romandes 2018).
- Huysal B, *Milletlerarası Özel Hukukta Temsile Uygulanacak Hukuk, Mukayeseli Maddi Hukuk ve Kanunlar İhtilâfi Kurallarıyla Birlikte* (On İki Levha Yayıncılık 2015).
- Kaufmann-Kohler G, "La prestation caractéristique en Droit international privé des contrats et l'influence de la Suisse" (1989) 45 Annuaire suisse de droit international 195.
- Kılıçoğlu A, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (17th, Turhan Kitabevi 2013).
- Kürşat Z, "Eser ve Vekâlet Sözleşmelerinin Nitelendirilmesi Sorunu ve Nitelendirmenin Hükümü" (2009) 1-2 İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 143 .
- Nomer E, *Devletler Hususi Hukuku* (22nd, Beta Yayınevi 2017) .
- Nomer HN, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 15th, Beta Yayınevi, 2017).
- Oğuzman MK, Barlas N, *Medeni Hukuk: Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar* (19th, Vedat Kitapçılık 2017).
- Oğuzman MK, Öz MT, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I* (11th, Vedat Kitapçılık 2015).
- Oktay-Özdemir S, "Yargıtay Uygulaması Işığında Noterlerin Hukuki Sorumluluklarının Dayandığı Esas ve Sorumluluğun Koşulları" (Beta Yayınevi 2007) Prof. Dr. Yavuz Alagonya İçin Armağan 283.
- Oser H, Schöenberger W, *İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi: Akdin Muhtelif Nevileri* (Kemal Fikret Arık tr, Adalet Bakanlığı Yayınları 1966).
- Özdemir Kocasakal H, "Sözleşmeler Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları" (2010) 1-1MHB 27.
- Poroy R, Yasaman H, *Ticari İşletme Hukuku* (Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 15th, Vedat Kitapçılık 2015).

- Rado T, *Roma Hukuku Dersleri: Borçlar Hukuku* (Filiz Kitapevi 2014).
- Sargın F, “Karakteristik Edim Teorisine Eleştirel Bir Yaklaşım” (2001) 2 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 37.
- Şanlı C, Esen E, Ataman-Figanmeşe İ, *Milletlerarası Özel Hukuk* (6th, Vedat Kitapçılık 2018).
- Şanlı C, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1986).
- -- *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (3rd, Beta Yayınevi 2016).
- Tahiroğlu B, *Roma Borçlar Hukuku* (Der Yayınları 2016).
- Tandoğan H, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri: Cilt II, İstisna (Eser) ve Vekâlet Sözleşmeleri, Vekâletsiz İş Görme, Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri* (4th, Evrim Basım Yayım Dağıtım 1989).
- Tekinalp G, Uyanık-Çavuşoğlu A, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları* (Güncelleştirilmiş 11th, Vedat Kitapçılık 2011).
- Tekinalp G, “Yeni Alman ve İsviçre Milletlerarası Akdi Borç Statüsü ve Türk Kanunu” (1988) 1 MHB 69.
- -- *Türk Devletler Hususi Hukuku’nda Temsil Yetkisi* (Fakülteler Matbaası 1977).
- Tercier P, Bieri L, Carron B, *Les contrats spéciaux* (5ème Edition, Schulthess Verlag Editions Romandes 2016).
- Tercier P, Pichonnaz P, *Le droit des obligation* (5ème Edition, Schulthess Verlag Editions Romandes 2012).
- Tercier P, Pichonnaz P, Develioğlu HM, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (On İki Levha Yayıncılık 2016).
- von Tuhr A, *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Cilt: 1-2* (Cevat Edege tr, Yargıtay Yayınları, Olgaç Matbaası 1983).
- Uluocak N, *Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri* (Filiz Kitapevi 1989).
- Umur Z, *Roma Hukuku Ders Notları* (3rd, Beta Yayıncılık 2010).
- Uyanık Çavuşoğlu A, “Türk Milletlerarası Özel Hukuku’nda İradi Temsil” (2012) 11 Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Dergisi 67.
- Vischer F, *Droit international privé* (Editions Universitaires 1974).
- Watter R, *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Internationales Privatrecht* (Heinrich Honsell, Nedim P. Vogt, Anton K. Schnyder Eds, 1996).
- Werro F, *Commentaire Romand Code des Obligations I Art. 1-529 CO* (Luc Thévenoz et Franz Werro Eds, 2ème Edition, Helbing Lichtenhahn 2012).
- -- *Le mandat et ses effets-Une étude sur le contrat d’activité indépendante selon le Code suisse des obligations-Analyse critique et comparative* (Edition Universitaire Fribourg Suisse 1993).
- Yavuz C, Acar F, Özen B, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Hükümler* (6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 13rd, Beta Yayınevi 2014) .
- -- *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (10th, Beta Yayınevi 2014).
- Zevkliler A, Gökyayla KE, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (17th, Turhan Kitabevi 2017).
- Kocayusufpaşaoğlu N, *Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem Sözleşme* (7th, Filiz Kitapevi 2017).

Elektronik Kaynakça/ Electronic Bibliography

www.admin.ch

www.swisslex.ch

www.kazanci.com

www.eur-lex.europa.eu

www.legifrance.gouv.fr



Public and Private International Law Bulletin

Başvuru: 15.02.2019
Revizyon Talebi: 24.04.2019
Son Revizyon: 13.05.2019
Kabul: 13.05.2019

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

CISG'in Milletlerarası Uygulama Alanı, İrade Serbestisi ve Bazı Yorum Meseleleri

Hüseyin Akif Karaca¹

Öz

Uluslararası satım sözleşmeleri alanında maddi hukukun yeknesaklaştırılması yönünde bir antlaşma olan CISG kendi uygulama alanını düzenlemektedir. Bu düzenlemelere göre işyerleri farklı akit ülkelerde olan taraflar arasındaki satım sözleşmelerinde CISG uygulanacaktır. Bu uygulama yöntemine ek olarak, taraflardan en az birinin işyeri akit ülkede değilse CISG forumun kanunlar ihtilafı kurallarının akit ülke hukukuna atıf yapması yoluyla uygulanabilecektir. Akit ülkelere CISG'in bu ikinci yöntem yoluyla uygulanabilmesine çekince koyma yetkisi tanınmıştır. CISG'in uygulanması aynı zamanda uluslararası satım sözleşmesinin taraflarına tanınan irade serbestisi kapsamında tarafların anlaşması yoluyla bütünüyle veya kısmen engellenebilecektir. Bu engelleme sözleşmeye açık hüküm koyma yoluyla olabileceği gibi CISG'e taraf olmayan bir ülke hukukunun seçilmesi yoluyla da olabilir. Makalemizde, özellikle doktrinde yoğun tartışmalara konu olmuş forumun kanunlar ihtilafı kurallarının atfıyla CISG'in dolaylı uygulanmasının ve bu tür uygulamaya konulabilecek çekince hükmünün yorumu ayrıntılı bir şekilde incelenmektedir. CISG'in taraflara tanınan irade serbestisi kapsamında uygulanmasının engellenmesi de makale kapsamında ayrıntılı incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler

Uluslararası satım • Yeknesaklaştırma • Uygulama alanı • Çekince • İrade serbestisi

The CISG's International Sphere of Application, Party Autonomy and Some Interpretation Problems

Abstract

The CISG is a treaty that aims to unify substantial law in international sales contracts. It regulates its own application sphere. According to these regulation, the CISG is applied to international sales contracts between parties whose business places are in different contracting states. In addition to this method of application, CISG can be applied to international sales contracts between parties in which at least one of the parties' business place is not in a contracting state, through the reference of the forums' conflict of laws rules to the law of a contracting state. The contracting states could make a reservation to the application of the CISG through this second method. The parties could also prevent the application of the CISG totally or partially based on the party autonomy that is provided to them by the CISG. This could be done through an explicit provision in the contract or through choice of the law of a non-contracting state. In this article, interpretation of the CISG provisions that regulates the application of the CISG through the conflict of laws rules of the forum and the effect of the reservation of the states to this kind of application, which has been subject to extensive doctrinal discussion, is analysed in detail. Prevention of the CISG's application based on the party autonomy provided to contracting parties by the CISG is also analysed in detail.

Keywords

International sale • Unification • application sphere • Reservation • Party autonomy

1 Sorumlu Yazar: Hüseyin Akif Karaca (Dr. Öğr. Üyesi), Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, İstanbul, Türkiye. Eposta: akifkaraca@yahoo.com ORCID: 0000-0003-3893-3132

Atf: Karaca H A, "CISG'in Milletlerarası Uygulama Alanı, İrade Serbestisi ve Bazı Yorum Meseleleri" (2019) 39(1) PPIL 189.
<https://doi.org/10.26650/ppil.2019.39.1.0005>

Extended Summary

The CISG is an international treaty that creates uniform rules for international sales of goods. It has been ratified and applied by 89 states including Turkey, who represent all legal systems in the world. In this article, international application sphere of the CISG is analysed. In order to achieve this, some interpretation problems regarding indirect application of the CISG according to the Article 1 and the Article 95 reservation to indirect application is analysed in detail. The party autonomy principle situated in Article 6 is also analysed in detail.

In terms of the CISG, a sales of goods contract is international when business places of the parties are in different countries. This should be understood either from the contract or from the negotiation stage of the contract. The CISG regulates its' application sphere in Article 1. It applies to international sales of goods either when the business places of the parties are in different contracting states or when at least one of the parties' business place is not in a contracting state and the conflict of laws rules of the forum refers to the law of a contracting state. The first type of application is named as direct application and the second type of application is named as indirect application since it applies through the conflict of laws rules of the forum. It should be mentioned that either direct application of the CISG or indirect application of the CISG and the effect of Article 95 reservation to indirect application can come into place in the courts of a contracting state. Since, it is the obligation of a contracting state under international law due to being party to the treaty. The courts of a non-contracting state can apply the CISG when their conflict of laws rules refer to the law of a contracting state. In this case, the CISG is applied as part of the law of that contracting state.

The indirect application of the CISG had created concern to some contracting states that it would expand too much the application of the CISG. Therefore, a right to make a reservation to the indirect application is provided to the contracting states in Article 95. The reservation states do not obliged to apply the CISG under international law through indirect application. Although due to the increasing number of contracting states, the CISG has been applied through direct application and indirect application is very rare, Article 95 reservation has caused much doctrinal debate. As it is rightly explained in the CISG AC Opinion No 15, indirect application of the CISG comes into place due to the reference of the forum's conflict of laws rules to the law of a contracting state. The CISG is applied since reference condition is met, it is not applied as part of the law of that state to whom reference is made. It is submitted that there is no need for a treaty provision that can be interpreted as latter type, since that kind of application is requirement of conflict of laws system of any country.

Although Article 95 reservation removes obligation of a reservation state to apply

the CISG through indirect application under international law, if conflict of laws rules of reservation state refer to the law of a contracting state, the CISG is applied as part of the law of that country. In this case, the CISG is applied as in the courts of the country that is not party to the CISG. In the courts of a non-reservation contracting state if the conflict rules of the forum refers to the law of a reservation state the CISG should be applied, since reservation does not remove the contracting status of that state. In the courts of a non-contracting states, if the forum's conflict of laws rules refer to a contracting state's law that makes reservation, the CISG should not be applied and domestic sales law of that country should be applied. Since, the judge should apply the foreign law as the judge of that country and the application conditions of the CISG is not met in that country.

Article 6 of the CISG provides a right to the parties based on party autonomy principle. According to this article, parties to a sales contract can prevent the application of the CISG to their contract even the application conditions situated in Article 1 are met. This could be made either through a clear provision in their sales contract that states the CISG will not be applied to contract between them. They could also made this through choosing the law of a country who is not party to the CISG. The parties to a sales contract can also prevent the application of the CISG partially. This could be made also through clear provision or choosing the law of a third country who is not party to the CISG for that part of the contract. They can also regulate that subjects in the sales contract between them. Since the CISG provisions are not mandatory and primarily the provisions of the sales contract should be applied. The parties to the sales contract can also choose the CISG to be applied to their contract when the application conditions are not met. However, this is not a choice of law in state courts. Since the CISG on itself is not law of a state. This kind of choice can be regarded as incorporation and the CISG is applied as contract provisions. Therefore, the provisions of the CISG can be applied if they are not against the mandatory provisions of the applicable law.

CISG'in Milletlerarası Uygulama Alanı, İrade Serbestîsi ve Bazı Yorum Meseleleri

1. Giriş

Sanayi devrimi sonrasında gelişen ve özellikle II. Dünya Savaşı sonrası dönemde benimsenen liberal ekonomik politikalar neticesinde uluslararası ticarete meydana gelen yoğun artış uluslararası ticarete ilişkin hukuki düzenlemelerin yeknesaklaştırılması çalışmalarını da beraberinde getirmiştir. Yeknesaklaştırma çalışmalarının yoğunlaştığı ve başarılı olduğu başlıca alan olarak uluslararası mal satım sözleşmeleri örnek verilebilir. Bu çerçevede, başta Milletlerarası Ticaret Odası gibi meslek kuruluşları ve UNCITRAL (Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu) gibi kurumlar tarafından bir dizi milletlerarası nitelikli maddi hukuk düzenlemesi yapılmıştır. Konumuzu oluşturan ve makalenin yazıldığı tarih itibariyle 89 ülkenin taraf olduğu UNCITRAL tarafından hazırlanan 11 Nisan 1980 tarihli Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) bu yeknesaklaştırma çalışmalarının en başarılı örneklerindedir¹. Taraf olan ülke sayısı ve bu ülkelerin parçası oldukları hukuk sistemleri itibariyle Dünya'daki bütün hukuk sistemlerini temsil eder nitelikte olması da bunu ispat eder niteliktedir. Bu yönüyle CISG yeknesaklaştırma çalışmaları önündeki temel engellerden olan farklı hukuk sistemlerine tabi ülkeler arasındaki uzlaşma sorununu bertaraf etmesi nedeniyle de başarılı bir örnektir². CISG'in uluslararası ticaretteki fiili etkisi değerlendirildiğinde, Dünya'daki en büyük on ticaret aktörü ülkeden İngiltere hariç diğer dokuzunun CISG'e taraf ülke olması dünya ticaretinin yüzde sekseninin teorik olarak hukuki bakımdan CISG tarafından yönetildiğine işaret etmektedir³.

Uluslararası antlaşma niteliğinde olan CISG ve yukarıda belirtilen diğer yeknesak kuralların oluşturulma sebebi iç hukukların özellikle sözleşmeler alanında uluslararasılık unsurunu yeterince yansıtamaması ve bu tür sözleşmelerin ihtiyaçlarını karşılayamamasıdır. Bu nedenle uluslararası unsurlu ilişkileri doğrudan düzenleyen, uyumsuzlukların esasına yönelik çözüm getiren maddi milletlerarası özel hukuk kuralları yöntemi gelişmiştir. İç hukuktaki sözleşmelerden farklı şekilde kurulan, ifa edilen ve farklı yerlerde etki doğuran uluslararası satım sözleşmelerinin uluslararasılık unsuru taşımayan satım sözleşmeleriyle aynı kurallara tabi tutulmasının bu sözleşmelerin yapısına aykırı düştüğü söylenebilir. Uluslararası satım sözleşmeleri alanında maddi uluslararası özel hukuk kuralları getiren CISG'in yapılma sebebi de budur⁴.

1 http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html 30.09.2018.

2 Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG), Dibace, RG 7.4.2010/27545.

3 Ingeborg Schwenzer and Christopher Kee, "International Sales Law-The Actual Practice" (2011) 29 Penn State International Law Review 425, 428.

4 Süheyla Balkar, *Uluslararası Satım Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk ve Maddi Uluslararası Özel Hukuk Kuralları* (Galatasaray Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2002) 53-54.

CISG uluslararası satım sözleşmelerinde maddi hukuk kurallarının yeknesaklaştırılmasına yönelik ilk uluslararası antlaşma değildir. UNIDROIT bünyesinde 1964 tarihli Maddi Taşınır Malların Uluslararası Satımına İlişkin Yeknesak Hukuk Hakkında Lahey Konvansiyonu ve yine aynı tarihli Maddi Taşınır Malların Uluslararası Satımına İlişkin Sözleşmelerin Kuruluşuna Dair Yeknesak Hukuk Hakkında Lahey Konvansiyon'ları hazırlanmıştır. Bu Konvansiyonlar 1972 yılında yürürlüğe girmekle beraber çok az devlet tarafından onaylanmıştır. Bu Konvansiyonlar'ın başarılı olmamasının nedenleri Konvansiyonlar'ın Batı Avrupa hukuku etkisinde hazırlanması ve sosyalist ülkeler ile gelişmekte olan ülkelerin hazırlık çalışmalarına katılmamış olmalarının yanı sıra Konvansiyonlar'ın bünyesinde akit devletlere aşırı derecede çekince koyma hakkı tanınmasıdır. Her akit devletin Konvansiyonları farklı uygulamaları yeknesaklaştırma çalışmasının başarısız olmasına yol açmıştır⁵. CISG'in başarılı olmasının bir diğer sebebi de 1964 tarihli Konvansiyonlar kanunlar ihtilafı kurallarına yer vermezken, CISG'in aşağıda ayrıntılı ele alacağımız üzere kanunlar ihtilafı kurallarına da etki tanımış olmasıdır. Böylelikle yeknesak maddi hukuk kuralları ile kanunlar ihtilafı kurallarının birbirine bağımlılığını da tanımıştır⁶. Öte yandan, CISG'in uluslararası mal satım sözleşmeleri için oluşturulmuş tarafsız bir hukuk düzenlemesi olması ve taraflar için eşit derecede ulaşılabilir olması gerek yargılamanın yapıldığı mahkeme gerekse taraflar için kolaylık sağlamaktadır⁷. Türkiye 5870 sayılı uygun bulma kanununu takiben Bakanlar Kurulu tarafından 11.03.2010 tarihinde alınan karardan sonra katılma belgesini 07.07.2010 tarihinde merkezi makama tevdi ederek Antlaşma'ya taraf olmuştur⁸. Antlaşma CISG m. 99/2 uyarınca 1.8.2011 tarihinde Türkiye bakımından yürürlüğe girmiştir⁹.

CISG başarılı bir yeknesaklaştırma örneği olmakla birlikte uluslararası satım sözleşmelerine dair bütün hukuki meseleleri düzenlememektedir. CISG sözleşmenin kurulması ile tarafların hak ve borçlarını düzenlemektedir. Sözleşmenin veya sözleşme hükümlerinin geçerliliği CISG tarafından düzenlenmeyen konular arasındadır. Buna ek olarak, sözleşmenin sözleşme konusu malların mülkiyeti konusuna etkileri de CISG kapsamında değildir¹⁰. Bu nedenle, aşağıda ele alacağımız CISG'in uygulanma

5 Süheyla Balkar Bozkurt, "Uluslararası Satım Sözleşmelerinin Maddi Kurallar İçeren Konvansiyonlarla Düzenlenmesi Bağlamında Bir Yeknesaklaştırma Başarısı: 11 Nisan 1980 Tarihli Uluslararası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Konvansiyonu (Viyana Konvansiyonu)" (2017) 2017/2 Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 295, 298-299.

6 ibid 300.

7 Ingeborg Schwenzer and Pascel Hahem, "Uygulama Alanı ve Genel Hükümler" in Ingeborg Schwenzer and Pınar Çağlayan Aksoy (eds), *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Viyana Satım Sözleşmesi) Şerhi* (XII Levha 2015) 246.

8 5870 sayılı Uygun Bulma Kanunu, RG 14.4.2009-27200; BK Kararı No 2010/247, RG 7.4.2010/27545.

9 http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html 30.09.2018. Antlaşma'nın Türkiye'de kabulü ve yürürlüğe girmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. F. Özge Özdemir, "Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın Birinci Madde Hükümünün İncelenmesi" in Günseli Öztekin Gelgel and Faruk Kerem Giray (eds), *Milletlerarası Özel Hukuk Çerçevesinde Milletlerarası Mal Satımına İlişkin BM Sözleşmesinin Uygulama Alanı* (Beta 2014) 4 dn. 21-22.

10 CISG, m. 4.

koşulları gerçekleşse dahi, CISG tarafından düzenlenmeyen konularda iç hukuk CISG ile beraber uygulanmaya devam edecektir. Tarafların olası belirsizlikleri gidermek amacıyla aynı zamanda uygulanacak ülke hukukunu seçmelerinde fayda vardır¹¹. Bunlara ek olarak, CISG m. 2 ve 3'te belirtilen bazı tür satım sözleşmeleri konuları nedeniyle Antlaşma'nın kapsamı dışında bırakılmıştır.

CISG'in uluslararası satım sözleşmelerine uygulanabilmesi açısından bir dizi uygulama koşulu getirilmiştir. Bu koşullar temel olarak ikiye ayrılabilir. Bunlardan birincisi CISG m. 1'de düzenlenen tarafların işyerlerinin bulunduğu yer kriterine dayanan milletlerarası uygulama koşulları, ikincisi ise CISG m. 2 ve m. 3'te düzenlenen sözleşme konusu mallar kriterine dayanan uygulama koşullarıdır. CISG'in tarafların arasındaki uluslararası satım sözleşmesine uygulanıp uygulanmaması konusunda taraflara tanınan irade serbestisi ve bunun sınırları ise CISG m. 6'da düzenlenmiştir. Makalemizin konusunu CISG m. 1'de düzenlenen milletlerarası uygulanma şartları ile m. 6'da düzenlenen CISG'in uygulanmaması konusunda taraflara tanınan irade serbestisi oluşturmaktadır.

2. Milletlerarasılık Unsuru

CISG m. 1/1 uyarınca, bir uluslararası satım sözleşmesine CISG hükümlerinin uygulanabilmesi için ön şart tarafların işyerlerinin farklı devletlerde olmasıdır. Tarafların işyerlerinin bulunmaması halinde ise mutad meskenleri dikkate alınacaktır¹². İşyerlerinin farklı ülkelerde olması şartı bakımından dikkat edilecek zaman dilimi sözleşmenin kuruluş anıdır. Sözleşme kurulduktan sonra yapılan işyeri değişikliği sözleşmenin milletlerarasılık unsurunu tespit açısından önem taşımaz. CISG'in uygulanması bakımından uluslararası satım sözleşmesinin taraflarının vatandaşlığı önemli değildir¹³. Vatandaşlığın kriter olarak kullanılmaması çifte vatandaşlıktan ve şirketlerin tabiyetinin belirlenmesinden kaynaklanabilecek problemleri ortadan kaldırmaktadır¹⁴. CISG kapsamında işyerlerinin farklı ülkelerde olmasına dayanan milletlerarasılık unsuru kriteri milletlerarası özel hukukun sözleşmeler alanındaki yabancılık unsuru tanımından daha dardır. Sözleşmeler bakımından yabancılık unsuru, sözleşmenin ifa yeri, kuruluş yeri, sınıraşan mal, kredi ve para transferi gibi unsurlarla da sağlanabilir¹⁵. Tarafların işyerlerinin farklı devletlerde olması uluslararasılık niteliğinin tespiti açısından yegâne unsur olduğu için tarafların işyerleri aynı devletteyse satım sözleşmesi ifa yeri, kuruluş yeri gibi kriterler bakımlarından yabancılık unsuru taşısa dahi CISG uygulanamayacak, bunun yerine forumun

11 Peter Schlechtriem and Petra Butler, *UN Law on International Sales* (Springer 2009) 11.

12 CISG, m. 10/b.

13 CISG, m. 1/3.

14 Schlechtriem and Butler (n 11) 14.

15 Ali Gümrah Toker, *Uluslararası Taşınır Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin (Vienna Sözleşmesi) Uygulama Alanı* (Seçkin 2005) 34.

kanunlar ihtilafı kuralları vasıtasıyla belirlenen hukuk uygulanacaktır¹⁶.

Tarafların işyerlerinin ayrı devletlerde bulunduğu uluslararası satım sözleşmesinden veya sözleşme hazırlığı sırasında gerçekleşmiş görüşmelerden anlaşılması gerekir. Aksi halde bu durum dikkate alınmayacak ve CISG uygulanamayacaktır¹⁷. Tarafların, işyerlerinin farklı ülkelerde bulunduğunu gerçekten bilmelerinin önemi yoktur. Milletlerarasılık unsurunun tespiti için tarafların bu konudaki subjektif bilgilerinden ziyade durumun sözleşme veya sözleşme kuruluşu sırasında verilen bilgilerden anlaşılır nitelikte olması önemlidir¹⁸. İşyerlerinin farklı ülkelerde bulunduğu belirlenmesi açısından tarafların subjektif bilgisinden öte bu durumun objektif olarak belirlenebilir olması esas alınır. CISG'in uygulanabilirliği noktasında uyumsuzluk olması halinde işyerlerinin farklı ülkelerde olduğunu bilmediğini ileri süren taraf bunun objektif kriter açısından belirlenemez olduğunu ispatlamak zorundadır¹⁹. Bunun için, koşulların gerektirdiği dikkat ve özen gösterilmesine rağmen işyerinin farklı ülkede bulunduğunu anlamaması gerekir²⁰. Açıkça bilgi verilirse dahi örneğin, şirket isimlerinden işyerlerinin farklı akit ülkelerde olduğu anlaşılıyorsa CISG uygulanabilecektir²¹. Bu hüküm vasıtasıyla tarafların aralarındaki sözleşmenin bir uluslararası satım sözleşmesi olduğunu bilebilecek durumda olmaları istenmiştir. Bunun sebebi bu bilince sahip olmayan ve sözleşmenin CISG yerine iç hukuk hükümlerine tabi olacağına yönelik sözleşme taraflarının sahip olduğu güvenin korunmasıdır²². Tarafların sözleşmenin akdinden sonra işyerlerinin ayrı ülkelerde olduğu iddiasıyla beklenmedik bir şekilde CISG'e tabi olmaları engellenmek istenmiştir²³.

Bu durum özellikle temsil ilişkisi bakımından önem taşımaktadır. Sözleşmenin işyerleri aynı ülkede olan taraflar arasında yapılması ancak bunlardan birinin işyeri farklı ülkedeki taraf adına hareket etmesi halinde sözleşmenin tarafının kim kabul edileceği önem taşımaktadır. Bu durumda temsilcinin işyerinin mi temsil edilenin işyerinin mi esas alınacağına tespit edilmesi gereklidir. Satım sözleşmesinin temsilci vasıtasıyla yapılması halinde temsil ilişkisi bakımından forumun kanunlar ihtilafı kurallarına bakılarak bir değerlendirme yapılmalıdır²⁴.

16 Bilgin Tiryakioğlu, "11 Nisan 1980 tarihli Milletlerarası Mal Satımlarına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi ve Sözleşmenin Milletlerarası Özel Hukuk Kuralları ile İlişkisi" (1991) AÜHF 191, 194.

17 CISG, m. 1/2.

18 Franco Ferrari, "Overview of Case Law on the CISG's International Sphere of Application and Its Applicability Requirements (Articles 1(1)(A) and (B))" (2002) *International Business Law Journal* 961, 963.

19 Toker, (n 15) 54.

20 Hatice Özdemir Kocasakal, "Viyana Konvansiyonu'nun Milletlerarası Özel Hukuk Bakımından Uygulama Alanı" (2013) 2013/1 GÜHF Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi Sempozyumu Özel Sayısı 19, 26.

21 James Fawcett, Jonathan M. Harris and Michael Bridge, *International Sale of Goods in the Conflict of Laws* (OUP 2012) 924.

22 Kocasakal, (n 20) 26.

23 Yeşim Atamer, *Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları* (Beta 2005) 49.

24 Kocasakal, (n 20) 35.

İşyeri kavramının içeriğinin belirlenmesi satım sözleşmesinin CISG'in uygulama alanına girip girmediğinin tespiti açısından önemlidir. İşyeri, iş faaliyetlerinin fiilen sürdürüldüğü ve bu amaç doğrultusunda bağımsız karar alabilen, düzenli ve sürekli kullanılan yerdir. İşyerinin aynı zamanda idare merkezi olması gerekmez. Düzenlilik ve süreklilik işyerinin tespitinde en önemli iki unsurdur. Bu nedenle devamlı ve sürekli organizasyonun bulunmadığı fuar vb. yerlerde kiralanılan yerler, geçici ofisler veya çeşitli yerlerdeki irtibat büroları işyeri kabul edilmezler. Sözleşmenin hazırlandığı yerde dikkate alınmaz. Bununla birlikte yönetim merkezi veya işlerin ağırlıklı yürütüldüğü yer olması da gerekmez²⁵.

Birden fazla işyeri olması halinde hangi işyerinin esas alınacağı m. 10.a'ya göre sözleşmeyle sıkı ilişkili işyeri kriterine göre belirlenecektir. Maddede belirtildiği üzere sıkı ilişkili işyeri sözleşmenin kuruluşu veya öncesindeki aşamadaki tarafların bilgisine göre tespit edilecektir. Bu tespitten çıkacak doğal sonuç sözleşme kurulduktan sonraki işyeri değişikliğinin öneminin olmamasıdır. Sıkı ilişkinin tespitinde madde metninde belirtildiği üzere ifa yeri önemli kriterdir. Tarafların aynı ülkede işyerlerinin bulunmasına rağmen eğer sözleşmenin kuruluşu veya ifası taraflardan birinin bir başka ülkedeki işyeri aracılığıyla gerçekleştirilmişse tarafların işyerlerinin farklı ülkede olduğunun kabulü gerekir²⁶. Sözleşmenin kuruluşu ve ifa yeri farklı ülkelerdeki işyerleri aracılığıyla gerçekleşmişse bunlardan birine üstünlük tanımak veya her halde CISG'in uygulanmasını sağlayacak olanı tercih etmek yerine sözleşmenin bütün unsurları değerlendirilerek sözleşmeyle sıkı ilişkili işyerinin ve sözleşmenin milletlerarası niteliğinin tespiti gerekir²⁷.

3. CISG'in Milletlerarası Uygulama Alanı

CISG m. 1/1 uyarınca, CISG hükümlerinin uygulanabilmesi için ön şart olan tarafların işyerlerinin farklı devletlerde olması şartı sağlansa dahi bu şart tek başına yeterli değildir. Bahsedilen şarta ek olarak tarafların her ikisinin de işyerlerinin bulunduğu devletlerin CISG'e taraf ülke olması ya da bu şart sağlanmasa dahi yargılamanın yapıldığı devlet mahkemesinin kanunlar ihtilafı kurallarının CISG'e taraf bir ülkenin hukukuna atf yapması gerekir.

Bu durumda bir uluslararası satım sözleşmesinde CISG'in uygulanması için iki ihtimal bulunmaktadır. Bunlardan birincisi tarafların işyerlerinin farklı akit ülkelerde bulunmasıdır. İkincisi ise tarafların işyerlerinden birisi veya her ikisi de akit ülkede bulunmama ile birlikte forumun kanunlar ihtilafı kurallarının akit ülke hukukuna atf yapmasıdır. Birincisi CISG'in doğrudan uygulanması, ikincisi ise forumun kanunlar

25 Zafer Zeytin, "Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın (CISG) Uygulama Alanına İlişkin Bir İnceleme" (2008) 24/3 Banka Hukuku Dergisi 217, 237; Tokar, (n 15) 37.

26 Kocasakal, (n 20) 25.

27 ibid 26.

ihtilafı kurallarının akit devlet hukukuna atfı yapılması yoluyla CISG uygulandığı için dolaylı uygulanması olarak ifade edilebilir.

a. Doğrudan Uygulama: Sözleşme Taraflarının İşyerlerinin Akit Ülkelerde Bulunması Halinde

Milletlerarası özel hukukta yeknesak hukuk kuralları oluşturma amacı güden antlaşmaların temel özelliklerinden birisi sözleşmeye uygulanacak maddi hukuk kuralları oluşturmaları ve kanunlar ihtilafı kurallarına başvurarak uygulanacak hukukun belirlenmesini engellemeleridir. Bu antlaşmaların çoğunda antlaşmanın doğrudan uygulanmasını sağlayan bir hüküm olmaktadır²⁸. Bu nedenle, uluslararası satım sözleşmesine ilişkin bir ihtilaf CISG'e taraf bir devlet mahkemesi önüne geldiğinde kanunlar ihtilafı kurallarına başvurulmadan önce CISG'in m. 1/1.a'da belirtilen doğrudan uygulanma koşullarının var olup olmadığı mahkeme tarafından resen incelenmelidir. Bu koşullar sağlanmışsa kanunlar ihtilafı kurallarına başvurmadan CISG doğrudan uygulanacaktır²⁹. Bu tür uygulamanın doğrudan veya otonom uygulama olarak isimlendirilmesinin sebebi akit ülke kanunlar ihtilafı kurallarına başvurmaya gerek kalmadan CISG'in uygulanıyor olmasıdır³⁰.

CISG'in akit devletlerde yürürlüğe girmesiyle CISG yabancı hukuk veya milletlerarası hukuk olarak değil o devletin iç hukukunun uluslararası satımlar için uygulanan bir parçası haline geldiği için iç hukuk kuralları olarak uygulanır. Mahkemeler resen uygulanma şartlarının karşılanıp karşılanmadığını incelemeli ve şartlar oluşmuşsa CISG'i uygulamalıdır³¹. Akit devlet ülke mahkemesinde görülen bir davada m. 1/1.a vasıtasıyla CISG'in iç hukuk olarak uygulanması o akit devletin bir uluslararası antlaşma olan CISG'e taraf olmasından kaynaklanan yükümlülüğüdür³².

Doğrudan uygulama tarafların işyerlerinin farklı akit ülkelerde olması ve uyumsuzluğun akit ülke mahkemesinde görülmesi halinde olacaktır. İşyerleri farklı akit ülkelerde olan taraflar arasındaki satım sözleşmesinden kaynaklı akit olmayan ülke mahkemelerinde görülen davalarda akit olmayan forum ülkesi bir uluslararası antlaşma olan CISG'e taraf olmadığından dolayı CISG'in uygulanma zorunluluğu yoktur³³. Akit olmayan ülke mahkemesinde yapılan yargılamada o ülke CISG'e taraf olmadığı için mahkeme, kendi kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca uygulanacak hukuku tespit edecektir³⁴.

28 Pilar Perales Viscasillas, "Applicable Law, the CISG, and the Future Convention on International Commercial Contracts" (2013) 58 Villanova Law Review 733, 739.

29 Loukas Mistelis, "CISG'in Uygulama Alanı: Yer, Zaman ve Kişi Bakımından" Yeşim M. Atamer (ed) *Milletlerarası Satım Hukuku*, (2. bs, XII Levha 2012) 16; Fawcett, Harris and Bridge (n 21) 915.

30 Kocasakal, (n 20) 29.

31 Schwenzler and Hahem, (n 7) 156-157.

32 Fawcett, Harris and Bridge, (n 21) 917.

33 Bilgin Tiryakioğlu, *Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk* (AÜHF Yayınları 1996) 107; Tokar, (n 15) 42.

34 Kocasakal, (n 20) 29.

Bir uluslararası satım sözleşmesi doğrudan uygulanma şartları sağlanarak CISG kapsamına giriyorsa kanunlar ihtilafı kurallarına başvurulmamaktadır. CISG’te kanunlar ihtilafı kurallarına dair iki temel düzenleme bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, aşağıda ayrıntılı incelenecek olan m. 1/1.b’de yer alan ve forumun kanunlar ihtilafı kuralları yoluyla CISG’in dolaylı uygulanmasını düzenleyen hükümdür. İkincisi ise m. 7/2’de öngörülen Antlaşma’da düzenlenen konulara ilişkin olmakla beraber açıkça cevaplanmayan konular bulunması ve bu konuların CISG’in genel prensipleri ile de açığa kavuşturulamaması halinde kanunlar ihtilafı kurallarına başvurulmasıdır. Bu ihtimalde boşluk ilk olarak CISG’in dayandığı genel prensiplere göre doldurulacaktır. Bu prensiplerin tespit edilememesi durumunda forumun kanunlar ihtilafı kuralları vasıtasıyla bulunacak olan sözleşmeye uygulanacak hukukun düzenlemeleri tarafından boşluk doldurulacaktır³⁵.

Kanunlar ihtilafı kurallarına başvurmanın açıkça düzenlendiği bu iki durumun yanı sıra CISG tarafından düzenlenmeyen konularda da kanunlar ihtilafı kurallarına başvurulabilecektir. CISG m. 4/1’de CISG’in sadece sözleşmenin kurulmasını ve tarafların hak ve borçlarını düzenlediği açıkça belirtilmiştir. Aynı maddenin 2. fıkrasında satım sözleşmesinin veya hükümlerinin geçerliliği ile sözleşmenin satım konusu malların mülkiyeti üzerindeki etkisinin CISG tarafından düzenlenmediği belirtilmiştir. CISG m. 5’te ise CISG’in satıcının, satım konusu malların bir kişinin ölümüne veya yaralanmasına sebep olmasından kaynaklı sorumluluğuna uygulanmayacağı belirtilmiştir. İlgili satım sözleşmesi uygulanma koşullarını karşılayarak CISG kapsamında olsa dahi CISG’de düzenlenmeyen bu konularda uygulanacak hukuk forumun kanunlar ihtilafı kurallarına göre tespit edilecektir³⁶. CISG kapsamına giren bir sözleşmede kanunlar ihtilafı kurallarına başvurulabilecek diğer durumlar ise CISG m. 92-96 arasında yer verilen çekincelerin kullanılması halidir. Bu konu ise makalenin sonunda ayrı bir başlık olarak ele alınacaktır.

b. Dolaylı uygulama: Kanunlar İhtilafı Kuralının Akit Ülkenin Hukukuna Atıf Yapması Halinde

i. Objektif Kanunlar İhtilafı Kuralının Atfı Yoluyla

CISG’in dolaylı uygulanmasının gerçekleşebilmesi için ön şart işyerleri ayrı ülkelerde olan taraflar arasında bir satım sözleşmesinin olması ve taraflardan en az birisinin işyerinin akit ülkede olmamasıdır³⁷. Bu ön şarta ek olarak, dolaylı uygulamanın gerçekleşebilmesi forumun kanunlar ihtilafı kurallarına başvurmayı ve o kuralların bir akit ülke hukukuna atıf yapmasını gerektirmektedir. Bu yönüyle, CISG’in dolaylı uygulanmasını düzenleyen m. 1/1.b hükmü kendi başına bir

³⁵ Kocasakal, (n 20) 47.

³⁶ Schwenzer and Hahem, (n 7) 158-159.

³⁷ CISG, m. 1/1.b.

kanunlar ihtilafı kuralı değildir³⁸. Dolaylı uygulama olarak adlandırılmasının sebebi de forumun kanunlar ihtilafı kurallarına başvurmak yoluyla CISG'in uygulanmasının sağlanmasıdır³⁹.

CISG'in m. 1/1.b vasıtasıyla uygulanması bir uluslararası antlaşma olan CISG'in ancak taraf devletlerde uygulanabileceği dikkate alındığında, uyumsuzluğun taraf bir ülke mahkemesi önüne gelmesi halinde mümkün olabilecektir⁴⁰. İster doğrudan ister dolaylı olarak bir uluslararası satım sözleşmesinin CISG'in kapsamına girmesi taraf devletin devletler hukuku kapsamındaki taahhütünün neticesidir⁴¹. CISG'e taraf olmayan bir ülke mahkemesi, CISG'i m. 1/1.b'den yola çıkarak uygulamak yükümlülüğü altında değildir. Akit olmayan devlet mahkemeleri CISG'e taraf olmadıklarından dolayı m. 1/1.b'yi uygulamak yoluyla değil kendi kanunlar ihtilafı kurallarının akit devlet hukukunu işaret etmesi durumunda CISG'i atıf yapılan akit devlet hukukunun bir parçası olarak ve uluslararası nitelik taşımayan sözleşmesel ilişkiler için konulmuş kurallara nazaran özel hükümler olarak uygulayacaklardır⁴².

CISG Danışma Kurulu'nun 15 No'lu Görüş'ünde, kanaatimizce haklı olarak belirtildiği üzere, CISG'in m. 1/1.b yoluyla uygulanması, maddenin giriş kısmını da dikkate alarak yorumlanmalıdır. Bu uygulama, tarafların işyerlerinin farklı ülkelerde olduğu uluslararası satım sözleşmelerinde forumun kanunlar ihtilafı kurallarının bir akit ülke hukukuna atıf yapması halinde mümkün olmaktadır. Bu durumda CISG, forumun kanunlar ihtilafı kuralları akit ülke hukukuna atıf yapma şartı sağlandığı için uygulanacak, atıf yapılan ülke hukukunun parçası olarak uygulanmayacaktır⁴³. Kanaatimizce bu yorumun doğru olmasının sebebi, CISG'e taraf olsun olmasın her ülkenin kanunlar ihtilafı kuralları CISG'e taraf bir ülkenin hukukuna atıf yapıyorsa zaten CISG'in o ülke hukukunun bir parçası olarak uygulanacak olmasıdır. Bu nedenle, ayrıca CISG'te bu yoruma götürecek düzenlemenin yapılması gerekli değildir.

Kanunlar ihtilafı kuralları, CISG kapsamında otonom olarak düzenlenmemiştir. CISG m. 1/1.b forumun kanunlar ihtilafı kurallarına atıf yapmaktadır. Bu durum ise CISG'in uygulama alanını genişletebilmekte ve taraflar için belirsizliklere, istemeseler dahi CISG'in uygulanmasına yol açabilmektedir⁴⁴. CISG'in m. 1/1.b vasıtasıyla uygulanması forumun kanunlar ihtilafı kuralları aracılığıyla olduğu

38 Schlechtriem and Butler, (n 11) 17.

39 Kocasakal, (n 20) 32.

40 Yusuf Çalışkan, *Uluslararası Satım Hukukunda Kanunlar İhtilafı Meseleleri* (Beta 2014) 142.

41 Ulrich Schroeter, "Freedom of Contract: Comparisons between Provisions of the CISG Article 6 and Counterpart Provisions of the PECL" (2002) 6 *Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration* 257, 263.

42 Fawcett, Harris and Bridge, (n 21) 921; Çalışkan, (n 40) 143.

43 CISG-AC Opinion No. 15, Reservations under Articles 95 and 96 CISG, Rapporteur: Professor Doctor Ulrich G. Schroeter, University of Mannheim, Germany. Adopted by the CISG Advisory Council following its 18th Meeting, in Beijing, China on 21 and 22 October 2013, 12-13.

44 Viscasillas, (n 28) 747.

için devletlerin uluslararası satım sözleşmelerine ilişkin kanunlar ihtilafı kuralları yeknesaklaştırılmadığı ölçüde *forum-shoppinge* neden olabilecektir⁴⁵. Doğrudan uygulama şartlarını taşımayan bir uyuşmazlıkta taraflar CISG'e taraf bir ülkenin hukukunun uygulanmasını sağlayan kanunlar ihtilafı kurallarına sahip bir ülkede dava açmak yoluyla CISG'in uygulanmasını sağlayabileceklerdir⁴⁶. CISG'in m. 1/1.b vasıtasıyla uygulanmasında taraf iradelerinin bu şekilde rol oynamasının aksine CISG'in m. 1/1.a yoluyla doğrudan uygulanmasında taraf iradelerinin bir önemi yoktur. Doğrudan uygulamada CISG, akit ülke mahkemesinde yapılan yargılamada satım sözleşmesinin taraflarının işyerlerinin akit ülkelerde bulunmasının sonucu olarak uygulanmaktadır. Bunu engellemek için tarafların yapabileceği yegâne şey m. 6'ya dayanarak CISG'in uygulanmasını bertaraf etmeleridir⁴⁷. CISG'e taraf bazı devletlerin dolaylı uygulama yoluyla CISG'in uygulama alanının genişletileceği yönündeki hassasiyeti dikkate alınarak aşağıda ayrıntılı inceleyeceğimiz m. 95 ile akit ülkelere CISG'in dolaylı uygulanmasını engelleyici çekince koyma hakkı tanınmıştır. Bununla birlikte, CISG'in yürürlüğe girdiği tarihten günümüze akit devletlerin sayısının artması CISG'in ilk yıllarında daha fazla önem arz eden m. 1/1.b vasıtasıyla uygulanmasının önemini kanaatimizce giderek azaltmıştır. Bir akit devlet mahkemesinde yapılan yargılamada satım sözleşmesinin her iki tarafının da akit devlette bulunması halinde CISG, o ülkenin kanunlar ihtilafı kurallarının uyuşmazlığa uygulanması yoluyla değil, doğrudan uygulamayı düzenleyen m. 1/1.a vasıtasıyla uygulanacaktır.

ii. CISG'in Dolaylı Uygulanması ve m. 95 Çekincesi

Uluslararası satım sözleşmesine m. 1/1.b yoluyla yabancı iç hukuk yerine CISG'in uygulanması CISG'in ulaşılabilirliği ve dünya çapında bilinirliği dikkate alındığında gerek taraflar gerek mahkeme açısından yargılamada kolaylık sağlayacaktır⁴⁸. Bununla birlikte, CISG'in dolaylı uygulamasının CISG'in uygulama alanını fazla genişletmesi yukarıda belirttiğimiz üzere taraf devletlere çekince koyma hakkı veren m. 95'in oluşmasına sebep olmuştur⁴⁹.

CISG m. 95'te her devletin CISG'in dolaylı uygulanmasını düzenleyen m. 1/1.b ile bağlı olmayacağı yönünde çekince koyabileceği düzenlenmiştir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, m. 1/1.b yükümlülüğü CISG'e taraf devletlerde uluslararası hukuktan kaynaklı bir yükümlülük olması nedeniyle, bu yükümlülüğü bertaraf eden m. 95 çekincesi de akit devlet mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklar bakımından önem taşımaktadır. Bu çerçevede, m. 95'te tanınan hakkın neticesi yedi ülke çekince

45 Bozkurt, (n 5) 308.

46 Kocasakal, (n 20) 32; Tiryakioğlu, *Taşınır Mallara İlişkin* (n 33) 110.

47 Schroeter, (n 41) 258-259.

48 Schwenzer and Hahem, (n 7) 178.

49 ibid 180.

koymuştur. Bu ülkeler, Ermenistan, Saint Vincent ve Grenadines, Singapur, Çek Cumhuriyeti, Slovakya, ABD ve Çin Halk Cumhuriyeti'dir. CISG'e taraf devlet sayısının süreç içerisinde artması CISG'in m. 1/1.a yoluyla doğrudan uygulanması seçeneğini yaygın hale getirmiş ve m. 1/1.b yoluyla dolaylı uygulama ve bu maddeyi bertaraf eden m. 95 çekincesi önemini giderek kaybetmiştir. Bununla birlikte, önemli uluslararası ticaret aktörleri olan ABD ve Çin'in çekince koyan ülkeler arasında olması bu düzenlemenin kısmen önemini korumaktadır⁵⁰.

CISG m. 95 ile konulan çekincenin yorumu gerek ulusal gerekse uluslararası doktrinde görüş farklılıklarının doğmasına yol açmıştır. Bu maddenin CISG'in yorumu en karmaşık ve en çok görüş ayrılıklarına sebep olan maddesi olduğu söylenebilir. Doktrindeki birinci görüş çekinceyi dar yorumlamaktadır. Bu görüşe göre bir akit ülkenin m. 95 uyarınca çekince koymuş olması durumunda, o akit ülke mahkemesinde görülen davada akit ülkenin kanunlar ihtilafı kuralı kendi hukukuna atıf yapıyorsa CISG yerine o ülkenin iç satım hukuku kurallarının uygulanmasını savunmaktadır⁵¹. Bu görüşe gerekçe olarak CISG müzakereleri sırasında bazı devletlerin ileri sürdüğü görüşler dayanak gösterilmektedir. Müzakereler sırasında bazı devletler milletlerarası özel hukuk kurallarının kendi maddi hukuklarına atıf yaptığı her halde hangi kuralların uygulanacağını kendi kuralları ile belirleme imkânının tanınmasını istemişlerdir. Bu sebeple, 1. maddenin b bendinin Antlaşma'dan çıkarılmasını teklif etmişlerdir. Bu teklifin reddedilmesi üzerine varılan bir uzlaşma neticesi devletlere b bendinin etkisini ortadan kaldıran m. 95 çekincesini koyma hakkı verildiği ileri sürülmektedir⁵².

Doktrindeki ikinci görüş ise m. 95 çekincesini geniş yorumlamaktadır. Bu görüşe göre forumun kanunlar ihtilafı kurallarının çekince koyan akit ülke hukukuna atıf yapması halinde, CISG yerine çekince koyan akit ülkenin iç hukukunun uygulanması gerektiğini savunmaktadır. Bu görüş, mahkeme hâkiminin yabancı hukuku o ülke mahkemesi gibi uygulaması gerektiğinden hareket etmektedir. Bu görüş bakımından yargılamanın yapıldığı ülkenin akit ülke olup olmamasının önemi de yoktur. Çekinceyi yorumlarken mahkeme ülkesinden daha ziyade atıf yapılan ülkenin çekince koyup koymadığı esas alınmaktadır⁵³. Görüşün temelinde, CISG'in atıf yapılan ülkenin hukukunun parçası olarak uygulandığı varsayımı vardır. Bununla birlikte kanaatimizce, m. 1/1.b vasıtasıyla uygulamada CISG atıf yapılan ülkenin hukukunun parçası olarak değil, yukarıda açıklandığı üzere farklı ülkelerde işyerleri bulunan taraflar arasındaki bir uluslararası satım sözleşmesinde CISG'e taraf ülke

50 CISG Advisory Council Opinion No 15, (n 43) 7-8.

51 Peter Winship, "The Scope of the Vienna Convention on International Sales Contracts" in Galston&Smit (eds) *International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods* (Matthew Bender 1984) 31; Tiryakioğlu, *Taşınır Mallara İlişkin* (n 33) 111.

52 Tiryakioğlu, *Taşınır Mallara İlişkin* (n 33) 111.

53 Peter Schlechtriem, "Requirements of Application and Sphere of Application of the CISG" (2005) 36 Victoria University of Wellington Law Review 781 784; Zeynep Derya Tarman, "Türk Satım Hukukunda Yeni Bir Dönem: Viyana Satım Antlaşmasının Milletlerarası Satım Sözleşmelerine Etkisi", *İpek Yolu Canlanıyor: Türk-Çin Hukuk Zirvesi Konferans Bildiri Kitabı* (Adalet 2013) 179; Aysel Çelikel and Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk* (15th edn, Beta 2017) 392-393.

mahkemesinin CISG'e taraf ülke hukukuna atıf yapması şartının sağlanması nedeniyle uygulanmaktadır. CISG'in uygulanmasını sağlayan atıf yapmanın kendisidir. CISG atıf yapılan ülke hukukunun parçası olarak uygulanmamaktadır.

Doktrindeki üçüncü görüş yukarıda yer verilen çekinceyi dar ve geniş yorumlayan görüşlerin bir uzlaşması mahiyetindedir. Bu görüş, m. 95 çekincesinin sadece çekince koymuş devlet mahkemelerinde görülen davalarda uygulanacak hukukun bir akit devlet hukuku olması halinde CISG yerine o devletin iç borçlar hukuku düzenlemelerinin uygulanması şeklinde yorumlanmasını benimsemektedir⁵⁴. Bu görüşe çekincenin sadece çekince koymuş devlet mahkemelerinde yapılacak davalarda etkin olması bakımından katılmaktayız. Çünkü, m. 1.1.b'yi uygulama yükümlülüğü yargılamanın yapıldığı ülkenin akit ülke olmasından kaynaklanmaktadır. Bu yükümlülükle bağlı olmama amacını da ancak bu yükümlülük altında olan devletler güdebilirler. Bununla birlikte, CISG'in uygulanma dayanağı ve çekincenin yorumuna ilişkin, doktrindeki ikinci görüşe yönelik değerlendirmelerimizi bu görüş için de saklı tutuyoruz.

Doktrindeki bu yoğun tartışmalar üzerine CISG Danışma Kurulu m. 95 çekincesinin yorumlanması konusunda, bizim de katıldığımız, 15 No'lu Görüş'ünü açıklamıştır. Bu görüşteki yorum her ne kadar bağlayıcı nitelikte olmasa da yol gösterici niteliktedir. CISG Danışma Kurulu raporunda bu durum, çekince koyan akit ülke mahkemesinde yapılan yargılamalar, çekince koymayan akit ülke mahkemesinde yapılan yargılamalar ve akit olmayan ülke mahkemesinde yapılan yargılamalar bakımından üç ayrı ihtimal dikkate alınarak ele alınmıştır⁵⁵:

Çekince koyan bir akit ülke mahkemesinde yapılan yargılamada, çekincenin akit ülkenin m. 1/1.b'yi uygulamak konusundaki uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülüğünü ortadan kaldırdığını beyan etmiştir. Bununla birlikte, çekince koyan akit ülkenin kendi milletlerarası özel hukuk kurallarının bir akit ülke hukukuna atıf yapması halinde bu çekincenin CISG'in uygulanmasını engellemeyeceği ileri sürülmüştür. Akit ülkenin m. 1/1.b'yi uygulamak noktasında yükümlülüğü olmamakla beraber, bu CISG'i kendi kanunlar ihtilafı kurallarının atfı yoluyla atıf yapılan ülkenin iç hukukunun parçası olarak uygulama özgürlüğünü de etkilememektedir. Bu durumda akit ülke mahkemesi adeta CISG'e taraf olmayan bir ülke mahkemesinin yöntemini benimsemektedir⁵⁶.

Çekince koymayan bir akit ülke mahkemesinde yapılan yargılamada, kanunlar ihtilafı kuralları çekince koyan bir akit ülke hukukuna atıf yaparsa, CISG, m. 1/1.b uyarınca uygulanacaktır. Gerekece olarak ise çekincenin bu çekinceyi koyan ve hukukuna atıf yapılan devletin akit ülke olma özelliğini ortadan kaldırmadığı ileri

54 Kocasakal, (n 20) 37.

55 CISG AC Opinion No 15 (n 43).

56 ibid 9-10.

sürülmektedir. Rapor'da, yargılamanın yapıldığı mahkemenin atıf yaptığı çekince koyan ülke hukukunun o ülke hâkiminin uyguladığı gibi uygulanması gerektiğinden hareketle atıf yapılan çekince koyan ülke hukukunun iç hukukunun uygulanması gerektiği şeklindeki yukarıda yer verdiğimiz doktrindeki görüş şu şekilde eleştirilmektedir: Bu görüş farklılığı m. 95 çekincesinin farklı yorumlanmasından ziyade, m. 1/1.b'nin farklı yorumlanmasından ortaya çıkmaktadır. Eleştirilen görüş, CISG'in m. 1/1.b vasıtasıyla uygulanmasının, CISG'in de parçası olduğu atıf yapılan ve çekince koyan devlet hukukunun uygulanması neticesi olduğundan hareket etmektedir. Oysa m. 1/1.b, 1. maddenin girişini de içine alacak şekilde bütünüyle değerlendirildiğinde CISG'in, tarafların işyerlerinin farklı ülkelerde olduğu uluslararası satım sözleşmelerinde forumun kanunlar ihtilafı kurallarının bir akit ülke hukukuna atıf yapması halinde uygulanacağı ortaya çıkmaktadır. Bu durumda CISG, forumun kanunlar ihtilafı kuralları akit ülke hukukuna atıf yapma şartı sağlandığı için uygulanacak, atıf yapılan ülke hukukunun parçası olarak uygulanmayacak, dolayısıyla atıf yapılan ülke hukukunun parçası olan CISG'deki çekince dikkate alınmayacaktır⁵⁷. CISG'in uluslararası ticaretin önündeki engelleri kaldırma amacı güden bir yeknesaklaştırma çalışması olduğu dikkate alınarak uygulanmasının engellenmesini minimum düzeye indiren bir tarzda çekincenin yorumlanması, doktrindeki diğer görüşlere nazaran kanaatimizce daha yerindedir⁵⁸.

Uyuşmazlığın akit olmayan bir ülke mahkemesinde görülmesi halinde, akit olmayan ülkenin CISG'e taraf olmadığı için m.1.1.b ve m. 95 çekincesini dikkate almasına gerek yoktur. Bu halde CISG, Antlaşma'ya taraf olmayan forum ülkesinin kanunlar ihtilafı kurallarının atıf yaptığı taraf ülkenin iç hukukunun bir parçası olarak uygulanır. Atıf yapılan hukuk m. 95 çekincesi koymuş bir devletin hukuku ise bu durumda, hâkim yabancı hukuku yabancı ülke hâkiminin uyguladığı gibi uygulayacağından dolayı, çekince koymuş devlette CISG dolaylı olarak uygulanmadığından, o ülkenin iç hukukunu uygulamak durumundadır⁵⁹.

iii. Hukuk Seçimi Yaparak Dolaylı Uygulama

CISG'in m. 1/1.b yoluyla uygulanmasının bir aracı forumun objektif kanunlar ihtilafı kurallarının taraf ülke hukukuna atıf yapması iken bir diğer aracı da forumun kanunlar ihtilafı kurallarının hukuk seçimine imkân tanınması halinde CISG'e taraf bir ülkenin hukukunun seçilmesi yoluyla CISG'in uygulanmasıdır⁶⁰. Çeşitli ülkelerde verilmiş mahkeme kararları ile tahkim kararlarının uygulanması da CISG'in m. 1.1.b kapsamında tarafların hukuk seçimi yoluyla uygulanmasının mümkün olduğunu

57 ibid 12-13.

58 Aynı yönde bkz., Marlene Wethmar-Lemmer, "Applying the CISG via the Rules of Private International Law: Articles 1(1) (b) and 95 of the CISG-Analysing CISG Advisory Council Opinion 15" (2016) 15 De Jure 58, 73.

59 CISG AC Opnion No 15, (n 43) 15.

60 Franco Ferrari, "PIL and CISG: Friends or Foes" (2013) 31 Journal of Law & Commerce 45, 71; Kocasakal, (n 20) 32.

göstermektedir⁶¹. CISG ve kanunlar ihtilafı kuralları bağlamında belirtilmesi gereken bir diğer husus ise CISG'in maddi hukuk konvansiyonu olması ve kanunlar ihtilafı kurallarına yer vermemesi nedeniyle, CISG'de kanunlar ihtilafı kurallarına yapılan atıflarda bu atfın forumun kanunlar ihtilafı kuralları ve milletlerarası özel hukuk anlayışı olduğudur.⁶² Bu nedenle, CISG sözleşme taraflarının anlaşması yoluyla forumun milletlerarası özel hukuk anlayışının hukuk seçimine dair kurallarının sınırları çerçevesinde uygulanabilecektir⁶³.

4. CISG Kapsamında Tarafların İrade Serbestisi

a. CISG'in Uygulanmasının Açık Hüküm Yoluyla Engellenmesi

CISG'in tarafların arasındaki uluslararası satım sözleşmesine uygulanıp uygulanmaması noktasında sözleşme taraflarına tanınan irade serbestisi CISG m. 6'da düzenlenmiştir. Bu düzenleme uyarınca, CISG m. 1/1'de düzenlenen tarafların işyerlerinin bulunduğu yere bağlı doğrudan veya dolaylı uygulama şartları gerçekleşse dahi, taraflar aralarındaki uluslararası satım sözleşmesine CISG'in uygulanmamasını kararlaştırabilirler. Bir uluslararası satım sözleşmesine CISG'in uygulanabilmesi için m. 1'deki doğrudan veya dolaylı uygulama şartlarını taşımasının yanı sıra m. 6 kapsamında uygulanmasının engellenmemesi gerekir. CISG'in uygulama dışı bırakılması sözleşmeye konulacak açık bir hüküm yoluyla olabileceği gibi aşağıda açıklanacağı üzere hukuk seçimi yoluyla da olabilir⁶⁴.

CISG'in m. 6 aracılığıyla uygulama alanı dışında bırakılması Antlaşma kendi uygulama alanını belirlediği için Antlaşma hükümlerine tabidir⁶⁵. Bu nedenle, CISG Danışma Kurulu'nun CISG m. 6 konusundaki yorumunu içeren 16 No'lu Görüş'te de belirtildiği üzere m. 6'nın tanıdığı imkân ile satım sözleşmesine bir hüküm konulması yoluyla CISG'in uygulanmasının bertaraf edilmesini hedefleyen sözleşme hükmünün geçerliliği ve yorumu, sözleşmenin kurulması konusundaki kuralları düzenleyen CISG m. 11 ve m. 14-24 arasındaki hükümlere tabidir. CISG hükümlerinin tarafların satım sözleşmesini kurduktan sonraki dönemde uygulama dışı bırakılması ise CISG m. 11 ile m. 14-24 arasındaki hükümlere ilaveten sözleşme değişikliğine ilişkin kuralları düzenleyen m. 29 düzenlemesine göre değerlendirilecektir⁶⁶.

CISG Danışma Kurulu'nun 16 No'lu Görüş'ünde, tarafların m. 6 kapsamında gösterdikleri iradelerinin yorumunun CISG m. 8 hükümlerine göre yapılacağı

61 Mahkeme kararları için bkz. Ferrari, "PIL and CISG" (n 60) 72 dn 144; tahkim kararları için bkz., 73 dn 145.

62 ibid 57; Kocasakal, (n 20) 33.

63 Schwenzer and Hahem, (n 7) 178.

64 ibid 246.

65 ibid 243.

66 CISG AC Opinion No 16, Exclusion of the CISG under Article 6, Rapporteur: Doctor Lisa Spagnolo, Monash University, Australia. Adopted by the CISG Advisory Council following its 19th Meeting, in Pretoria, South Africa on 30 May 2014, 4.

belirtilmiştir. Bu doğrultuda CISG'in uygulama dışında bırakılması noktasındaki irade, ister sözleşme yapımı ister daha sonraki bir aşamada açıklanmış olsun, açıkça ve aşık bir biçimde anlaşılmalıdır. Mahkemelerin bu konudaki irade beyanının yorumunda daha düşük bir standardı benimsemeleri CISG ile amaçlanan yeknesaklaştırma çalışmasını etkisiz hale getirecektir⁶⁷. Bu noktada, aranan açık ve aşık irade, CISG'in açık hüküm yoluyla bertaraf edilmesi, CISG'e taraf olmayan bir ülke hukukunun seçilmesi veya CISG ile beraber uygulanması mümkün olmayan bir ülkenin iç borçlar kanununun seçilmesinden anlaşılabilir. Bununla birlikte, CISG'e taraf ülke hukukunun seçilmesi veya taraf ülkenin bölgesel biriminin hukukunun seçilmesi, sözleşmede CISG'in uygulanmayacağına dair hüküm bulunmadıkça, açık ve aşık iradeyi göstermez⁶⁸.

CISG m. 6'daki hüküm sözleşmeler hukukundaki irade serbestisinin bir yansımasıdır. Taraflara aralarındaki sözleşmeyi ticari ilişkilerine uygun olarak şekillendirme konusunda imkân tanınmaktadır. Bu hüküm aynı zamanda CISG hükümlerinin emredici olmadığını göstermektedir⁶⁹. Ayrıca, özellikle m. 1/1.b yoluyla CISG'in dolaylı uygulanmasından doğabilecek belirsizlikleri, tarafların istememelerine rağmen CISG'in uygulanması ihtimalini ortadan kaldırmaktadır⁷⁰. Tarafların m. 6 uyarınca CISG'in uygulanmasını açık hüküm yoluyla engellemeleri durumunda, CISG yerine tarafların seçtikleri hukuk veya mahkemenin objektif kanunlar ihtilafı kurallarının gösterdiği hukuk uygulanacaktır⁷¹. Mahkemenin objektif kanunlar ihtilafı kuralları bir taraf devlet hukukuna atıf yapmış olsa dahi o devletin iç hukuku uygulanacaktır⁷².

CISG m. 6 düzenlemesi ile taraflara tanınan bir diğer irade serbestisi ise tarafların CISG hükümlerine istisna getirebilmeleri veya hükümlerin etkilerini değiştirebilmeleridir. Bu durumda CISG'in kısmen uygulanması söz konusu olacaktır. CISG hükümlerine istisna getirebilmeleri veya doğurabileceği etkileri değiştirebilmeleri CISG'de yer alan bazı hükümlerin yerini alabilecek kurallar belirleyebilmelerini veya CISG hükümlerine dair değişiklik ya da ekleme yapabileceklerini ifade eder⁷³.

Uluslararası ticari uygulamalar ve teamüller dikkate alınarak taraflara tanınan irade serbestisi CISG'in temel esaslarından birisidir. CISG'i tarafların tamamen veya kısmen bertaraf edebilecekleri yönündeki m. 6'daki hükmün yanı sıra taraflara

67 ibid 6.

68 ibid 7-8.

69 Kocasakal, (n 20) 39.

70 Ferrari, "PIL and CISG" (n 60) 99.

71 Tiryakioğlu, "11 Nisan 1981 tarihli Milletlerarası Mal Satımlarına İlişkin" (n 16) 202.

72 Franco Ferrari, "Remarks on the UNCITRAL Digest's Comments on Article 6 CISG" (2005) 25 Journal of Law & Commerce 13, 33.

73 Schwenzler and Hahem, (n 7) 242.

tanınan irade serbestisini yansıtan başka bazı düzenlemeler de mevcuttur. CISG'in uygulama alanına giren bir sözleşmede o sektörde geçerli ticari teamüllerin uygulanmasını tarafların kabul ettiği yönündeki m. 9/2'de yer alan hüküm ancak taraflar aksini kararlaştırmadıkça uygulanacaktır. Malların sözleşmeye uygunluğu şartlarını düzenleyen m. 35.2'de yer alan düzenlemelerin aksine de taraflar hüküm kabul edebileceklerdir. Bu niteliğiyle CISG daha ziyade tarafların sözleşmelerinde açıkça düzenlemediği konularda uygulanan tamamlayıcı kurallar getirmektedir⁷⁴.

Tarafların bu yöndeki düzenlemeleri maddi hukuk aşamasına daırdır. Bu nedenle CISG'in sözleşmenin kurulmasını düzenleyen hükümlerine tabidirler. Sözleşmede INCOTERMS kullanmak yoluyla teslim, hasarın geçişi vb. konularda CISG hükümlerinde değişiklik yapmak bu durumun önemli örneklerinden biridir⁷⁵. CISG'in bütünüyle bertaraf edilmesi, kısmen değiştirilmesi veya belirli hükümlerinin etkisinin değiştirilmesi kanunlar ihtilafı bağlamındaki hukuk seçimi maddelerinin aksine sadece CISG'e tabidir⁷⁶. Bununla birlikte, satım sözleşmesinde yer verilen düzenleme ile bu yola başvurulmasında kanunlar ihtilafı kuralları hala rol oynayacaktır. Çünkü bu sözleşme maddelerinin sözleşmeye uygulanacak hukukun emredici hükümlerine aykırı olmaması gerekir⁷⁷.

Tarafların CISG'in bütünüyle uygulanmayacağını kararlaştırabilmelerine herhangi bir sınırlama getirilmemişken, CISG'in hükümlerine istisna getirilebilmesi, hükümlerin etkisinin değiştirilmesi bazı sınırlamalara tabidir. CISG m. 12 hükümleri saklı tutulmuştur⁷⁸. CISG m. 12'ye göre taraflardan birinin işyerinin CISG m. 96 uyarınca çekince koymuş bir devlette bulunması durumunda, sözleşmenin tarafları CISG'in hükümlerine istisna getirmek yoluyla, bu çekincenin kapsamını oluşturan, çekince koymak yoluyla ilgili devlet tarafından bertaraf edilen CISG'in 11. ve 29. maddelerinde yer alan düzenlemeleri uygulanır hale getiremeyeceklerdir. CISG m. 11 ve m. 29 ile sözleşmenin kurulması, değiştirilmesi ve ortadan kaldırılması ile bu kapsamda yapılacak icap, kabul gibi irade beyanlarının yazılı olmayan bir şekilde yapılması mümkün kılınmıştır. CISG m. 96 uyarınca çekince koyan bir devlet, sözleşmenin taraflarından birinin işyeri kendi ülkesinde bulunuyorsa m. 11 ve m. 29 düzenlemelerinin uygulanmasını yani ilgili maddelerde belirtilen irade beyanlarının yazılı olmayan bir şekilde yapılmasını kabul etmiyor demektir. Sözleşme taraflarından birinin işyeri m. 96 çekincesini koyan devletteyse sözleşmenin tarafları çekincenin etkisini değiştiren bir kısmen bertaraf etme, istisna getirme yoluna başvuramayacaklar, CISG m. 11 ve m. 29 düzenlemelerini uygulanabilir hale getiremeyeceklerdir.

74 İbrahim Gül, "Freedom of Contract, Party Autonomy and Its Limit under CISG" (2016) 6 Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi 77, 82.

75 Ayrıntılı bilgi için bkz., Juana Coetzee, "The Interplay between Incoterms and the CISG" (2013) 32 Journal of Law & Commerce 1 et seq.; Schwenger and Hahem, (n 4) 244.

76 Schwenger and Hahem, (n 7) 253.

77 Ferrari, "PIL and CISG", (n 60) 103.

78 CISG, m. 6.

Bertaraf edilemeyecek diğer düzenlemeler ise CISG m. 89-101 arasındaki taraf devletlere uluslararası hukuk kapsamında tanınan yetkiler ve yüklenen yükümlülüklerdir. Ayrıca, CISG m. 28'de aynen ifaya hükmederken mahkemeye getirilen sınırlama da bertaraf edilemeyecek bir hükümdür⁷⁹.

Tarafların CISG m. 6'da belirtilen şartlar dâhilinde irade serbestisini kullanarak CISG'in hükümlerinin uygulanmasını engellemelerinin doğal sonucu, tarafların seçtiği hukuk sistemi veya yargılamanın yapıldığı mahkemenin kanunlar ihtilafı kurallarına göre tespit edilecek hukuk sistemi CISG'e taraf bir ülke olsa dahi, CISG hükümleri yerine, seçilen ülke hukukunun veya kanunlar ihtilafı kurallarına göre tespit edilen ülke hukukunun satım sözleşmeleri konusundaki iç maddi hukuk kurallarının uygulanacak olmasıdır⁸⁰.

b. CISG'in Uygulanmasının Hukuk Seçimi Yoluyla Engellenmesi

CISG'in uygulanmasının engellenmesi satım sözleşmesine CISG'in uygulanmayacağını belirten açık bir hükümün konulmasının yanı sıra tarafların yaptığı hukuk seçimi yoluyla da mümkün olabilir. Tarafların akit olmayan ülke hukukunu seçmeleri CISG'in uygulanmasını engelleme iradelerinin mevcut olduğunu gösterir⁸¹. Akit olmayan ülke hukukunu seçmeleri CISG'in bertaraf edilmesi yönünde tarafların gösterdiği sözleşme hükümlerinden anlaşılan iradedir⁸². Bununla birlikte, genel işlem şartlarında akit olmayan ülke hukukuna yapılan atıf bu etkiyi doğurmaz. O ülke hukukunun atıf yapılan hükümlerinin sözleşmenin parçası haline gelmesini sağlar⁸³. Tarafların hukuk seçimi yoluyla CISG'in uygulanmasını engellemeleri, forumun kanunlar ihtilafı kurallarının hukuk seçiminin sözleşme kurulduktan sonra yapılmasına izin vermesi şartıyla, sözleşme kurulduktan sonra da yapılabilir⁸⁴.

Akit ülke hukukunun seçilmesi halinde, CISG o ülke maddi hukukunun bir parçası olduğu için, uygulanmasının istenmediği açıkça belirtilmedikçe gene uygulanabilecektir⁸⁵. Akit ülke hukukunun seçilmesi halinde tarafların CISG'in uygulanmasını engelleyebilmeleri için, CISG'in uygulanmasını istemediklerini belirten bir açık hükme sözleşmelerinde yer vermeleri gerekir. Sözleşmede akit ülkenin iç satım hukukunun seçildiği açıkça belirtilmedikçe CISG uygulanacaktır⁸⁶. Bu durum tarafların işyerlerinin CISG'e taraf ülkelerde bulunduğu hallerde de geçerlidir. CISG'in bu şekilde doğrudan uygulama alanına giren bir sözleşmede

79 Ferrari, "Remarks on the" (n 72) 20.

80 Toker, (n 15) 123-124.

81 Schlechtriem, (n 53) 785.

82 Tarman, (n 53) 182; Kocasakal, (n 20) 43.

83 Schwenger and Hahem, (n 7) 246.

84 Ferrari, "Remarks on the", (n 72) 33.

85 Schlechtriem, (n 53) 785; Mistelis, (n 29) 17; CISG AC Opinion No 16, (n 66) 7-8.

86 Schlechtriem and Butler, (n 11) 15; Tiryakioğlu, *Taşınır Mallara İlişkin* (n 33) 115.

tarafardan birinin işyerinin bulunduğu veya başka bir akit ülke hukukunun seçilmesi CISG'in uygulanmasının zımnen bertaraf edildiği şeklinde yorumlanamaz. Taraflar bu seçimi m. 4 ve m. 5 gibi CISG'in düzenlemediği belirtilen konulardan kaynaklı belirsizlikleri gidermek için veya uyumsuzluğun akit olmayan devlet mahkemesi önüne gelmesi ihtimalini düşünerek yapmış olabilirler⁸⁷.

CISG'de Antlaşma'nın örtülü olarak kapsam dışı bırakılabileceğine dair bir hüküm yoksa da açıkça kapsam dışı bırakılma şartı da yoktur. Bununla birlikte, uluslararası satım sözleşmesinde örtülü kapsam dışı bırakmaya dair açık olguların olması gerekir. Tarafların varsayımsal iradelerinden ziyade gerçek iradeleri tespit edilmelidir⁸⁸. Örtülü bir şekilde devre dışı bırakılmasına dair emareler dikkatli bir şekilde değerlendirilmelidir. Uyuşmazlığın CISG'e taraf olmayan bir ülkede görülmesine dair yetki anlaşması veya standart sözleşme hükümlerinin kullanılması örtülü bertaraf etmeye tek başına delil oluşturmaz⁸⁹. Standart sözleşmelerin CISG'in uygulanmasını bertaraf edebilmeleri için içeriklerinin belirli bir hukuk sisteminin kurallarının ve kavramlarının çok fazla etkisi altında olmaları ve bu kurallar ile CISG hükümleri arasındaki açık karşıtlıktan dolayı CISG ile beraber uygulanmalarının mümkün olmaması gerekir⁹⁰.

CISG'in uygulanma şartlarının sağlandığı bir durumda tarafların yargılama sırasında iddialarını belirli bir iç hukukun hükümlerine dayandırmaları tek başına CISG'in bertaraf edilmesi yönünde örtülü iradeyi göstermez. Çünkü taraflar o iç hukukun uygulanması gerektiğine inandıkları için iddialarını o hukuka dayandırmış olabilir. Hâkim tarafların hukuku yorumlamalarıyla bağlı değildir. Hâkim tarafların bunu yapmaktaki amaçlarının ne olduğunu incelemelidir. Tarafların bilinçli olarak CISG yerine o maddi hukuk hükümlerinin uygulanmasını istedikleri anlaşılmalıdır. Bu isteğin varlığı ise tarafların yargılama sırasındaki iddialarından CISG'in sözleşmeye uygulanacağını bilincinde olduklarının ve bunun uygulanmasını istemediklerinin açıkça anlaşılması ile kabul edilebilir⁹¹. Bu ise mahkemenin usul hukuku kurallarının imkân vermiş olması kaydıyla hâkimin tarafların dikkatini bu meseleye çekmiş olması halinde mümkündür⁹².

CISG'e taraf devlet mahkemelerinde CISG m. 1/1'deki şartların gerçekleşmesi durumunda Antlaşma mahkeme ülkesi hukukunun bir parçası olarak uygulanmaktadır. Taraf ülkelerdeki yargılamalarda CISG yabancı hukuk veya vakıa değildir. Bu nedenle uygulanması sırasında tarafların yargılama sırasında iddialarını CISG'e

87 Kocasakal, (n 20) 42.

88 Ferrari, "Remarks on the", (n 72) 22-23.

89 Schlechtriem and Butler, (n 11) 19.

90 Ferrari, "Remarks on the", (n 72) 28-29.

91 Schlechtriem and Butler, (n 11) 20; Ferrari, "Remarks on the", (n 72) 31.

92 Schwenzer and Hahem, (n 7) 251-252.

dayandırıp dayandırmamalarının önemi yoktur. Bununla birlikte, taraf olmayan ülke mahkemesinde yapılan yargılamalarda forumun kanunlar ihtilafı kurallarının CISG'e taraf bir ülke hukukuna atfı yapması halinde, CISG yabancı hukukun bir parçası olarak uygulanacaktır. Bu durumda forumun milletlerarası özel hukuk ilkelerinin yabancı hukuku hukuk olarak mı yoksa vakıa olarak mı değerlendirdiği önem arz etmektedir. Eğer vakıa olarak değerlendiriyorsa taraf vekillerinin iddialarını CISG'e dayandırmaları gerekir⁹³.

Uluslararası satım sözleşmesinde bir ülke borçlar kanunu hükümlerinin seçilmesi devlet mahkemelerinde hukuk seçimi teşkil etmezken, CISG Danışma Kurulu'nun 16 No'lu Görüşü'ne göre tarafların CISG'i bertaraf etmek istedikleri yönündeki iradelerinin göstergesidir. CISG'e taraf olmayan bir ülke borçlar veya satım kanunu hükümlerinin seçilmesi halinde bu yorum kesindir. Bununla birlikte, CISG'e taraf ülke borçlar veya satım kanununun seçilmesi halinde CISG'in o ülke borçlar veya satım kanununun bir parçası haline getirilip getirilmediğine dikkat edilmelidir. Böyle bir durumda, CISG'in bertaraf edilebilmesi için daha açık bir sözleşme hükmü gerekir⁹⁴.

Taraflar hukuk seçimini veya belirli bir ülke kanununun hükümlerinin seçimini CISG'de düzenlenmeyen malların mülkiyeti, temsil vb. hususlar için de yapmış olabilirler. Bununla birlikte, kısmi nitelikteki bu tür bir hukuk seçiminin sözleşme hükmünden açıkça anlaşılması gerekir. Aksi takdirde, taraf olmayan ülke hukuku seçildiği zaman CISG'in uygulanmasının bertaraf edilmesi mümkün değildir. Ayrıca, hukuk seçimi CISG tarafından düzenlenen sınırlı bazı konulara örneğin ifaya ilişkin olursa, bu durumda CISG'in bütünüyle bertaraf edilmesi değil, INCOTERMS'lerin seçilmesine benzer şekilde, kısmen bertaraf edilmesi şeklinde yorumlanması gerekir⁹⁵.

Tarafların sözleşmelerinde ulusal üstü hukuk kurallarını seçmeleri, *incorporation* yoluyla sözleşme hükmü haline getirmeleri, durumunda CISG'in bertaraf edilip edilmediği, bu ulusal üstü kuralların kapsamına göre belirlenecektir. Eğer bu kurallar kapsam olarak CISG'le aynı konuları düzenliyorlarsa bu CISG'in bertaraf edildiğinin göstergesidir. Bu duruma örnek olarak, tarafların UNIDROIT'in Uluslararası Ticari Sözleşmelere ilişkin Prensipleri'ni seçmeleri örnek olarak verilebilir. UNIDROIT Prensipleri'nin seçilmesi halinde CISG yerine bu ilkeler uygulanacaktır. INCOTERMS'lerin seçilmesi halinde ise bu terimler teslim, hasarın geçisi gibi dar bir alanı düzenledikleri için CISG'in bütünüyle bertaraf edilmesi yerine bu konulara ilişkin hükümlerinin bertaraf edilmesi mümkündür⁹⁶.

93 CISG AC Opinion No 16, (n 66) 18.

94 ibid 10-11.

95 ibid 13-14.

96 ibid 14.

c. CISG Hükümlerinin Seçilmesi

CISG’de tarafların CISG’in alanına girmeyen satım sözleşmelerinde CISG hükümlerinin uygulanmasını seçebilecekleri açıkça hükme bağlanmamıştır. Bununla birlikte, sözleşme serbestisi ilkesi kapsamında CISG hükümlerinin seçilmesinin mümkün olması nedeniyle bu konuya ilişkin açık bir hükme yer verilmesi de şart değildir⁹⁷. CISG hükümlerinin uygulanmasının seçilebileceğine dair Antlaşma’da açık hükme yer verilmemesinin bir diğer sebebi yeknesak hukuk kurallarının uygulanacak hukuk olarak seçiminin geçerliliği ve etkileri konularının milletlerarası özel hukukun ve sözleşmeye uygulanacak hukukun kurallarına bırakılmak istenmesidir⁹⁸. Bununla birlikte, CISG hükümlerinin seçilmesini engelleyici bir hüküm de yoktur. Taraflar, uygulanacak hukuk konusunda anlaşamamaları halinde tarafsız ve kolay ulaşırlı düzenlemeler olması nedeniyle CISG hükümlerini seçebilirler⁹⁹.

Taraflar, CISG’in doğrudan veya dolaylı uygulama koşulları gerçekleşmese veya aralarındaki sözleşmenin CISG m. 2 ile konusu itibarıyla kapsam dışı bırakılan sözleşmelerden biri olması halinde dahi CISG’in aralarındaki sözleşmesel ilişkiye uygulanmasını kararlaştırabilirler. Bu durumda, CISG *incorporation* yoluyla satım sözleşmesinin hükmü haline getirilerek uygulanacaktır. Bununla birlikte, forumun kanunlar ihtilafı kuralları vasıtasıyla tespit edilecek sözleşmeye uygulanacak hukukun emredici hükümlerine aykırı olamaz¹⁰⁰. Bunun sebebi, CISG ne kadar geniş kapsamlı ve yaygın kabul edilmiş bir düzenleme olsa da, hukuk olma niteliğini onu kabul etmiş devletin iradesinden almaktadır. Antlaşma uygulama alanına girmeyen konularda veya uygulama şartları gerçekleşmediği takdirde sözleşme hükümleri niteliğinde olup ancak *incorporation* yoluyla sözleşme parçası haline getirilebilir. Devlet mahkemelerinde yapılan yargılamalarda sözleşmeye uygulanacak hukuk olamaz¹⁰¹.

Tarafların bu şekilde aralarındaki sözleşmenin CISG’e tabi olduğuna dair sözleşmeye hüküm koymaları devlet yargılamasında yapılan yargılamalarda hukuk seçimi teşkil etmez, maddi hukuk atfı olarak değerlendirilebilir¹⁰². CISG hükümlerinin bu şekilde seçilmesine dair bir anlaşma hükmünün geçerliliği sadece CISG hükümlerine göre değil aynı zamanda esasa uygulanacak hukukun taraflara irade serbestisini hangi ölçüde tanıdığına göre belirlenecektir. Bununla birlikte, her hal ve şartta uygulanacak hukukun emredici hükümlerine aykırı olamazlar¹⁰³. Devlet yargısında CISG hükümleri tek başına sadece *incorporation* yoluyla

97 Ferrari, “Remarks on the” (n 72) 35.

98 Viscasillas, (n 28) 740-741.

99 Schroeter, (n 41) 265.

100 ibid 266; Kocasakal, (n 20) 46.

101 Bozkurt, (n 5) 313.

102 Tarman, (n 53) 183.

103 Schlechtriem and Butler, (n 11) 22.

uygulanabiliyorken tahkim yargılamasında uygulanacak hukuk kuralları olarak seçilerek hukuk seçimi yoluyla uygulanabilir¹⁰⁴.

5. Çekinceler ve Uygulama Alanına Etkileri

Makalemizin önceki kısımlarında incelenen m. 95 ve m. 96 çekincelerinin yanı sıra m. 92-94 arasında devletlere bazı konularda çekince koyma hakkı tanınmıştır. Bu durumlarda, uygulanacak hukuk çekince konuları bakımından bu devletler akit devlet statüsünde olmadığından forumun kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirlenecektir. CISG m. 92 uyarınca bir akit devlet Antlaşma'nın sözleşmenin kurulmasına dair II. veya malların satımına dair III. kısmı ile bağlı olmayacağına dair çekince koyabilecektir. Bu durumda bu çekince konulan kısımlarda düzenlenen konular bakımından çekince koyan devlet taraf devlet olarak kabul edilmeyecektir. Forumun kanunlar ihtilafı kurallarının CISG'e taraf olmakla beraber II. veya III. kısma çekince koyan devlet hukukuna atıf yapması durumunda bu kısımlarda düzenlenen konulara ilişkin atıf yapılan ülkenin bu konulardaki iç satım hukuku kuralları uygulanacaktır.

CISG m. 93'te farklı hukuk sistemlerinin uygulandığı ülkesel birimleri olan akit devletlere CISG'in bu ülkesel birimlerden bazılarında uygulanmaması yönünde çekince koyabilme hakkı tanınmıştır. Bu durumda satım sözleşmesinin taraflarından birinin işyeri CISG'e taraf bir devletin çekince uyarınca CISG'in uygulanmadığı ülkesel biriminde olması durumunda akit devlette bulunmuyor kabul edilecektir. CISG'in bu çekince sonucu uygulanmadığı bölgesel birim mahkemesinde yapılan bir yargılamada, CISG o birimde uygulanmadığından dolayı o mahkeminin CISG'i uygulamak yönünde uluslararası hukuktan kaynaklanan bir yükümlülüğü de yoktur. Satım sözleşmesine uygulanacak hukuk forumun kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirlenecektir.

CISG m. 94/1 çekincesi birbirine çok yakın hukuk sistemleri olan akit devletler için getirilmiş bir düzenlemedir. CISG'e taraf olmakla beraber CISG'te düzenlenen konularda aynı veya çok benzer nitelikli hukuki düzenlemelere sahip devletlerin, işyerleri bu devletlerde bulunan taraflar arasındaki satım sözleşmelerine CISG'in uygulanmayacağı yönünde çekince koyabilecekleri düzenlenmiştir. Bu çekince yoluyla akit devletler CISG'in m. 1/1.a yoluyla doğrudan uygulanma yükümlülüğünden kurtulmaktadırlar. Bu durumda, bu taraflar arasındaki satım sözleşmelerine işyerleri akit ülkede bulunmakla beraber, CISG'in uygulanmayacağı yönünde çekince konulduğu için forumun kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca tespit edilecek hukuk uygulanacaktır. CISG m. 94/2'de ise bir akit devletin Antlaşma'ya taraf olmayan bir veya birden fazla devletle aynı veya çok benzer hukuk kurallarına sahip olması durumunda işyeri bu devletlerde bulunan taraflar arasındaki satım sözleşmesine

104 Schlechtriem, (n 53) 785.

CISG'in uygulanmayacağı yönünde çekince konulabileceği düzenlenmiştir. Bu durumda taraflardan biri zaten akit devlet olmadığı için doğrudan uygulama mümkün olmamaktadır. Bu çekince sonucu CISG'in m. 1/1.b yoluyla dolaylı uygulanabilmesi engellenmektedir.

6. Sonuç

Uluslararası ticarete en önemli ve başarılı yeknesaklaştırma çalışması olarak kabul edilebilecek CISG kendi uygulama alanını da belirlemiştir. Bu çerçevede, forum ülkesinin CISG'e taraf olmasına dayanan uluslararası hukuktan kaynaklı yükümlülüğün neticesi olarak bir uluslararası satım sözleşmesinden kaynaklı yargılamada CISG'in uygulanma şartlarının oluşup oluşmadığı değerlendirilecektir. Makalemizde belirttiğimiz üzere bu uygulanma şartları doğrudan ve dolaylı olmak üzere ikiye ayrılmıştır. CISG'e taraf bir ülke mahkemesinde yapılan yargılamada, doğrudan uygulama milletlerarası unsurlu satım sözleşmesinde tarafların her ikisinin de işyerinin farklı akit ülkelerde olması halinde mümkündür. Dolaylı uygulama, aynı nitelikli satım sözleşmesinde forumun kanunlar ihtilafı kurallarının bir akit ülke hukukuna atıf yapması halinde mümkün olmaktadır. Dolaylı uygulamada CISG Danışma Kurulu'nun 15 No'lu Görüş'ünde belirtildiği üzere uygulamayı sağlayan atfın kendisidir. CISG akit ülke hukukuna atıf yapılma şartı sağlandığı için uygulanmakta atıf yapılan ülkenin iç hukukunun parçası olarak uygulanmamaktadır.

Bu nedenle dolaylı uygulama ile bağlı olmamayı öngören m. 95 çekincesi çekince koyan forum ülkesinin CISG'i m. 1/1.b vasıtasıyla dolaylı uygulama konusundaki uluslararası hukuktan kaynaklı yükümlülüğünü kaldırmaktadır. Bununla birlikte, forum ülkesinin kanunlar ihtilafı kuralları bir akit ülke hukukuna atıf yaparsa CISG atıf yapılan ülkenin iç hukukunun bir parçası olarak uygulanabilecektir. Bu durumda CISG adeta taraf olmayan ülke mahkemesinde yapılan bir yargılamadaki gibi uygulanmaktadır. Çekince koymayan akit ülke mahkemesindeki yargılamada çekince koyan akit ülke hukukuna atıf yapılması halinde de çekincenin o ülkenin akit ülke vasfını ortadan kaldırmaması nedeniyle CISG uygulanabilecektir. Taraf olmayan ülke mahkemesinde yapılan yargılamada ise forumun kanunlar ihtilafı kuralları CISG'e taraf ancak dolaylı uygulamaya çekince koyan yani bunla bağlı olmayan bir ülke hukukuna atıf yaparsa, hakim yabancı hukuku o ülkenin hakimi gibi uygulamakla yükümlü olduğundan ve CISG'in o ülkede uygulama şartları gerçekleşmediği için CISG değil o ülkenin iç satım hukuku uygulanacaktır.

CISG'in doğrudan veya dolaylı uygulama şartları gerçekleşmiş olsa dahi sözleşmenin tarafları CISG'in uygulanmasını m. 6'daki irade serbestisine dayanarak engelleyebilirler. Taraflar, CISG'in uygulanmasını aralarındaki sözleşmeye CISG'in

uygulanmayacağına dair açık hüküm koyarak engelleyebilecekleri gibi, CISG'e taraf olmayan bir ülkenin hukukunu seçmek yoluyla da engelleyebilirler. Taraflar, CISG'in uygulanmasını bu şekilde bütünüyle engelleyebilecekleri gibi bazı hükümlerinin uygulanmasını da engelleyebilirler. Bu ise uygulanmasını istemedikleri hükümleri belirtmeleri yoluyla olabileceği gibi CISG hükümlerinin emredici olmadığı dikkate alındığında o konularda sözleşmede kendilerinin düzenleme yapması yoluyla veya uygulanmasını istemedikleri konular için hukuk seçimi yapmaları yoluyla mümkün olabilir. CISG'in bütünüyle veya kısmen uygulanmasının engellenmesi bir sözleşme maddesi ile yapıldığından dolayı, bu maddenin geçerliliği ve yorumu CISG'te bu konulara dair yapılan düzenlemelere tabidir. Bununla birlikte, CISG'in uygulanmasının hukuk seçimi yoluyla, CISG'e taraf olmayan bir ülke hukuku seçilerek engellenmesi halinde hukuk seçimine dair bu sözleşme hükmünün yorumunda forumun hukuk seçimine dair kanunlar ihtilafı anlayışı da dikkate alınacaktır. Doğrudan veya dolaylı uygulama şartları gerçekleşen bir satım sözleşmesine m. 6 uyarınca CISG'in uygulanmasının engellenmesi durumunda, sözleşmeye uygulanacak hukuk forumun kanunlar ihtilafı kuralları tarafından belirlenecektir. Bu kurallar gereği CISG'e taraf bir ülke hukukuna atıf yapılsa dahi tarafların iradelerinin sonucu o ülkenin iç satım hukuku kuralları uygulanacaktır. Aynı yöntem CISG'de düzenlenmeyen konular için de geçerlidir. Bu konularda, tarafların bu konulara yönelik seçtikleri ülke hukuku veya böyle bir seçim yoksa forumun kanunlar ihtilafı kuralları gereği uygulanması gereken ülke hukuku uygulanacaktır.

CISG'in uygulanma şartlarının sağlanmadığı bir sözleşmede CISG hükümlerinin seçilebilmesi mümkündür. Bununla birlikte devlet mahkemelerinde yapılan yargılamada bir ülke hukukunun seçilmesinin şart olması nedeniyle milletlerarası özel hukuk bağlamında bu bir hukuk seçimi değildir. Taraflar CISG hükümlerini *incorporation* yoluyla sözleşme maddesi haline getirmektedirler. CISG bu durumda ancak, sözleşmeye uygulanacak hukukun emredici hükümlerine aykırı olmadığı sürece uygulanabilecektir. CISG'in bu yöntem ile seçilmesinin geçerliliği ve yorumu CISG'te yer alan sözleşmenin kurulmasına ve yorumuna dair düzenlemelerin yanı sıra forumun kanunlar ihtilafı anlayışına göre tespit edilecektir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almamıştır.

Bibliyografya/Bibliography

- Atamer Y, *Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları* (Beta 2005).
- Balkar Bozkurt S, "Uluslararası Satım Sözleşmelerinin Maddi Kurallar İçeren Konvansiyonlarla Düzenlenmesi Bağlamında Bir Yeknesaklaştırma Başarısı: 11 Nisan 1980 Tarihli Uluslararası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Konvansiyonu (Vienna Konvansiyonu)" (2017) 2017/2 Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 295-324.

- Balkar S, *Uluslararası Satım Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk ve Maddi Uluslararası Özel Hukuk Kuralları* (Galatasaray Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2002)
- Çalışkan Y, *Uluslararası Satım Hukukunda Kanunlar İhtilafı Meseleleri* (Beta 2014).
- Çelikel A and Erdem B, *Milletlerarası Özel Hukuk* (15th edn, Beta 2017).
- CISG AC Opinion No. 16, Exclusion of the CISG under Article 6, Rapporteur: Doctor Lisa Spagnolo, Monash University, Australia. Adopted by the CISG Advisory Council following its 19th Meeting, in Pretoria, South Africa on 30 May 2014.
- CISG-AC Opinion No. 15, Reservations under Articles 95 and 96 CISG, Rapporteur: Professor Doctor Ulrich G. Schroter, University of Mannheim, Germany. Adopted by the CISG Advisory Council following its 18th Meeting, in Beijing, China on 21 and 22 October 2013.
- Coetzee J, “The Interplay between Incoterms and the CISG” (2013) 32 *Journal of Law & Commerce* 1-22.
- Fawcett J, Harris J and Bridge M, *International Sale of Goods in the Conflict of Laws* (OUP 2012).
- Ferrari F, “PIL and CISG: Friends or Foes” (2013) 31 *Journal of Law & Commerce* 45-108.
- Ferrari F, “Remarks on the UNCITRAL Digest’s Comments on Article 6 CISG” (2005) 25 *Journal of Law & Commerce* 13-37.
- Ferrari F, “Overview of Case Law on the CISG’s International Sphere of Application and Its Applicability Requirements (Articles 1(1)(A) and (B))” (2002) *International Business Law Journal* 961-975.
- Gül İ, “Freedom of Contract, Party Autonomy and Its Limit under CISG (2016) 6 *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi* 77-101.
- Mistelis L, “CISG’in Uygulama Alanı: Yer, Zaman ve Kişi Bakımından”, in Yesim M. Atamer (eds), *Milletlerarası Satım Hukuku* (2nd edn, On İki Levha 2012).
- Özdemir FÖ, “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması’nın Birinci Madde Hükmünün İncelenmesi” in Günseli Öztekin Gelgel, and Faruk Kerem Giray (eds), *Milletlerarası Özel Hukuk Çerçevesinde Milletlerarası Mal Satımına İlişkin BM Sözleşmesinin Uygulama Alanı* (Beta 2014).
- Özdemir Kocasakal H, “Viyana Konvansiyonu’nun Milletlerarası Özel Hukuk Bakımından Uygulama Alanı”, 2013 (1) *GÜHFD Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması’nın Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi Sempozyumu Özel Sayısı* 19-52.
- Schlechtriem P and Butler P, *UN Law on International Sales* (Springer 2009).
- Schlechtriem P, “Requirements of Application and Sphere of Application of the CISG” 2005 (36) *Victoria University of Wellington Law Review* 781-794.
- Schroeter U, “Freedom of Contract: Comparisons between Provisions of the CISG Article 6 and Counterpart Provisions of the PECL” (2002) 6 *Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration* 257-266.
- Schwenzer I and Hahem P, “Uygulama Alanı ve Genel Hükümler”, Ingeborg Schwenzer, Pınar Çağlayan Aksoy (ed.), *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Viyana Satım Sözleşmesi) Şerhi* (XII Levha, 2015).
- Schwenzer I and Kee C, “International Sales Law-The Actual Practice”, (2011) 29 *Penn State International Law Review* 425-447.

- Tarman ZD, “Türk Satım Hukukunda Yeni Bir Dönem: Viyana Satım Antlaşmasının Milletlerarası Satım Sözleşmelerine Etkisi”, *İpek Yolu Canlanıyor: Türk-Çin Hukuk Zirvesi Konferans Bildiri Kitabı* (Adalet 2013).
- Tiryakioğlu B, *Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk* (AÜHF Yayınları 1996).
- Tiryakioğlu B, “11 Nisan 1980 tarihli Milletlerarası Mal Satımlarına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi ve Sözleşmenin Milletlerarası Özel Hukuk Kuralları ile İlişkisi” (1991) AÜHFD 191-205.
- Toker AG, *Uluslararası Taşınır Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin (Viyana Sözleşmesi) Uygulama Alanı* (Seçkin 2005).
- Wethmar Lemmer M, “Applying the CISG via the Rules of Private International Law: Articles 1(1)(b) and 95 of the CISG-Analysing CISG Advisory Council Opinion 15” (2016) 15 De Jure 58-73.
- Winship P, “The Scope of the Vienna Convention on International Sales Contracts” in Galston&Smit ed., *International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods* (Matthew Bender 1984).
- Viscasillas PP, “Applicable Law, the CISG, and the Future Convention on International Commercial Contracts” (2013) 58 Villanova Law Review 733-759.
- Zeytin Z, “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın (CISG) Uygulama Alanına İlişkin Bir İnceleme” (2008) 24(3) Banka Hukuku Dergisi 217-264.



Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Bireye Yönelik Ekonomik Yaptırım Kararları ve İnsan Hakları İlişkisi

Ceren Karagözoğlu¹

Öz

Birleşmiş Milletler Şartı ile uluslararası barış ve güvenliğin korunmasında başlıca sorumluluk Güvenlik Konseyi'ne verilmiştir. Konsey'in bireye yönelik yaptırım kararları da bu esasa dayalı olarak ağır insan hakkı ihlalleri ve terörizmin önlenmesi odağında gerçekleştirilmektedir. Ancak bu kararların insan haklarına ilişkin yeterli koruma içermemesi çeşitli ihlallere sebep olmakta ve kararların hukuki sınırlarının belirlenmesi ve yargısal denetimi hususunda tartışmaların doğmasına sebebiyet vermektedir. Çalışmada ise Güvenlik Konseyi'nin bireye yönelik yaptırım kararlarının ortaya çıkan bu hukuki sorunlar üzerinden değerlendirilmesi amaçlanmıştır.

Anahtar Kelimeler

Birleşmiş Milletler Şartı • Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi • Ekonomik yaptırım kararları • Yargısal denetim • İnsan hakları

The Evaluation of United Nations Economic Sanctions Decisions in Terms of Human Rights Law

Abstract

The Security Council has the primary responsibility for the maintenance of international peace and security. Targeted sanctions have been utilized by the Security Council to address the range of threats to international peace and security to counter terrorism, and protect human rights. However, the lack of adequate protection of human rights by these decisions causes various violations and leads to debates about the determination of the legal limits of decisions and judicial review. In this study, it is aimed to evaluate the targeted sanctions of the Security Council on these legal problems.

Keywords

Charter of The United Nations • UN Security Council • Economic Sanctions • Judicial Review • Human Rights

¹ Sorumlu Yazar: Ceren Karagözoğlu (Araş. Gör.), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. Eposta: cerenkaragozoglul@istanbul.edu.tr ORCID: 0000-0003-0757-9767

Atf: Karagozoglul C, "Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Bireye Yönelik Ekonomik Yaptırım Kararları ve İnsan Hakları İlişkisi" (2019) 39(1) PPIL 217. <https://doi.org/10.26650/ppil.2019.39.1.0005>

Extended Summary

The United Nations Security Council has the primary responsibility for maintenance of international peace and security. The Security Council shall determine the existence of any threat to the peace, breach of the peace, or act of aggression and shall make recommendations, or decide what measures shall be taken in accordance with Articles 41 and 42, to maintain or restore international peace and security (Article 39 UN Charter). According to Article 41 of the United Nations Charter, the Security Council may decide what measures not involving the use of armed force are to be employed to give effect to its decision. These may include a complete or partial interruption of economic relations and rail, sea, air, postal telegraphic, radio and other means of communication and the severance of diplomatic relations. The sanctions list of Article 41 is not a closed list, but in practice, economic sanctions on the list are more frequently referred to than others. The policy of government-oriented economic sanctions has led to negative consequences on the civilian population. For this reason, the Council has started to take decisions on certain goods and products or responsible persons or organizations instead of taking comprehensive measures affecting everyone. While typically states are sanctioned, non-state entities and individuals have recently also become targets.

United Nations Security Council has a wide margin appreciation to determine any situation contrary to international peace and security within the framework of Article 39. Targeted sanctions have been utilized by the Security Council to address the range of threats to international peace and security such as counter terrorism and the protection of human rights. Thus, the Security Council proposed to protect individual human rights and to reduce the negative impact of economic measures. However, there have been some problems as a result of the effective implementation of targeted sanctions.

In recent practice, the most common sanctions are arms embargoes, targeted travel restrictions, the freezing of assets or funds and any sources of terror financing. These sanctions may affect the specific individual rights and freedoms, for instance free movement of people, property rights and the right to a fair trial as well as the right to an effective remedy. In this context, the lack of adequate protection of human rights poses various violations and leads to debates about the determination of the legal limits of decisions and judicial review.

The Security Council has established Sanctions Committees to list the names of the individuals or entities to be sanctioned. Guidelines on the working procedures of the committees are accepted. However, working guideline determined the working procedure of committees are neither clear nor fair. A judicial mechanism is not envisaged by which individuals or entities may apply for their removal from the list.

The implementation of sanctions without granting these individuals the possibility of being heard or of challenging the measures taken against them, causes a violation of the right of access to court and the right to a fair trial. The procedure of listing and de-listing should be improved. Listed individuals and entities should be notified of the decision and the statement of the case.

First of all, this issue is to a large extent discussed within the framework of the United Nations Charter. According to Article 24 (2) of the Charter, the Security Council is bound to act in accordance with the purposes and principles of the United Nations. The promotion of respect for human rights is one of the aims of the United Nations. Therefore the Charter must be interpreted with evolving human rights.

Secondly, this issue is discussed within the framework of human rights conventions. The targeted sanctions do not contain sufficient guarantees for the protection of human rights. Especially, sanctions lack adequate guarantees under the right to a fair trial. That is why the implementation of sanctions causes a violation of the right of access to court and the right to a fair trial as well as the right to an effective remedy.

In the United Nations system, a judicial review is not foreseen in order to ensure the control of the Security Council resolutions. The issue of judicial review of these sanctions both internationally and nationally arises as a problem. The domestic courts control within the framework of national regulations the implementation of the sanctions. This review is undoubtedly important in terms of fulfilling the fundamental rights and freedoms. However, the national authorities decide on the basis of the legislation they depend on. This situation may cause the decisions of the Council to move away from a uniform application and to appear in different ways. Therefore, a new and centralized control mechanism needs to be developed within the United Nations.

The members of the United Nations agree to accept and carry out the decisions of the Security Council in accordance with the present Charter. But at the same time, states have to comply with the provisions of the human rights conventions to which they are parties. At this point, the question of whether there should be a hierarchy between the obligations of the member States arising from Conventions regarding human rights and United Nations Charter are raised. However, it is accepted that obligations of Charter and human rights law should be interpreted in harmony without entering into any hierarchy discussion and the Security Council resolutions should be implemented in the light of human rights law by member states.

Giriş

Birleşmiş Milletler Şartı¹ ile “uluslararası barış ve güvenliğin korunması” temelinde uluslararası toplumda ortak bir güvenlik sistemi² kurulması amaçlanmıştır. Bu hususta başlıca sorumluluk ise barışın tehdit edildiği ve bozulduğunun tespiti hususunda geniş bir takdir yetkisi ile Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi’ne verilmiştir. Şart’ın 24. maddesi ile Güvenlik Konseyi’nin bu sorumluluktan doğan yetkisini üye devletler adına ancak onlardan bağımsız olarak kullanacağı kabul edilmiştir³. Barışın tehdit edildiği, bozulduğu veya bir saldırı eyleminin Güvenlik Konseyi’nce tespit edildiği hallerde, Konsey’in uluslararası barış ve güvenliğin korunması ya da yeniden kurulması amacıyla tavsiyelerde bulunabileceği veya 41. ve 42. maddeler uyarınca gerekli gördüğü önlemleri alabileceği Şart’ın 39. maddesi ile kabul edilmiştir.

Birleşmiş Milletler Şartı ile uluslararası barış ve güvenliği korumak üzere etkin bir mekanizmanın kurulması amaçlandığından bunu korumakla görevli kılınan Güvenlik Konseyi’ne barışın tehdit edildiği veya bozulduğunun tespiti hususunda geniş bir takdir yetkisi verilmiştir⁴.

Devlet dışı aktörlerin uluslararası hukukta rol alması, uluslararası barış ve güvenliğin korunmasını insan hakları ile ilişkilendirilmesi⁵ sonucu “uluslararası barış ve güvenliğin tehdidi” kavramı uygulama ile genişletilmiş; Konsey, Şart’ta öngörülmeven durumların da uluslararası barış ve güvenliği tehdit eder konuma geldiğini kabul etmiştir⁶. Terör

1 Yearbook of the United Nations, 1946, s. 831 ff. Şart, 06.06.1945 tarihinde San Francisco’da imzalanmış ve 110. maddeye uygun olarak 24.10.1945’te yürürlüğe girmiştir. Türkiye Andlaşma’yı Uluslararası Adalet Divanı Statüsü ile birlikte 15.09.1945’te onaylamıştır. 4801 Sayılı Onay Kanunu 24.09.1945 tarih, 6902 Sayılı Resmi Gazete’de yayınlanmıştır.

2 Sevin Toluner, ‘Nikaragua’ya Karşı Askeri ve Benzeri Faaliyetler Davasındaki Yargı ve Meşru Müdafaa Hakkı’, *Milletlerarası Hukuk Açısından Türkiye’nin Bazı Dış Politika Sorunları* (Beta 2004) 445.

3 Birleşmiş Milletler Şartı’nın 24. maddesi ile uluslararası barış ve güvenliğin hızlı ve etkin bir şekilde sağlanması amacıyla hareketle Güvenlik Konseyi’ne geniş, esnek bir takdir yetkisi verilmiştir. Bu bağlamda hükmün Şart’ın amaçlarının yer aldığı 1. madde’den daha kapsayıcı nitelikte olduğu ve hatta öngörülen amaçların gerçekleşmesi için araç işlevini gördüğü kabul edilmektedir. Anne Peters, ‘Ch.V The Security Council, Functions and Powers, Article 24’ in Bruno Simma, Daniel-Erasmus Khan, Georg Nolte, Andreas Paulus (eds), Nikolai Wessendorf (ass. ed), *The Charter of the United Nations: A Commentary, Vol I* (3rd edn, Oxford University Press 2012) 772.

4 Jochen Frowein & Nico Kirsch, ‘Chapter VII. Action with Respect to Threats to Peace, Breaches of the Peace, and of Aggression’ in Bruno Simma, Hermann Mosler, Albrecht Randelzhofer, Christian Tomuschat, Rüdiger Wolfrum, Andreas Paulus and Eleni Chaitidou (eds), *The Chapter Of The United Nations: A Commentary, Vol I*, (Oxford University Press 2002) 705-6, 719; Dapo Akande, ‘The International Court of Justice and the Security Council: Is there Room for Judicial Control of Decisions of the Political Organs of the United Nations?’ (1997) 46(2) ICLQ 315; Eugenia Lopez- Jacoiste, ‘The UN Collective Security System and its Relationship with Economic Sanctions and Human Rights’ (2010) 14 Max Planck UNYB 280.

5 Füsün Arsava, ‘BM Güvenlik Konseyi’nin İnsan Haklarını Koruma Rolü ve Güvenlik Konseyi’nin Yetkilerinin Dayanağı ve Sınırları’ (2007) 4 (13) UHPD, 3.

6 Ülkü Halatçı Ulusoy, *Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Kapsamında Birleşmiş Milletler Akıllı Yaptırımları* (Turhan Kitabevi 2014) 52-3.

eylemi⁷ olarak nitelendirilen eylemler, insan haklarının ve insancıl hukuk kurallarının ağır ihlalleri, silahlı çatışmalarda sivil nüfusun korunması, kitle imha silahlarının yaygınlaşması da uluslararası barış ve güvenliğin tehdi olarak görülerek Güvenlik Konseyi'nin yetkisi dâhilinde kabul edilmiştir⁸. Ancak terör eylemlerinin bütününtün uluslararası barış ve güvenliği tehdit ettiğine ilişkin bir tespitte bulunulmamış, uluslararası nitelik taşıyan bir terör eyleminin gerçekleşmesi aranmıştır⁹. Benzer şekilde insan hakkı ihlalleri de silahlı bir uyuşmazlıkla ilişkilendirilmesi veya bir bölgenin ya da bir ülkenin güvenliği bakımından tehdit oluşturması durumunda Güvenlik Konseyi'nin yetkisi dâhilinde kabul edilmiştir¹⁰.

Güvenlik Konseyi uluslararası barış ve güvenliğin korunması ya da yeniden kurulması amacıyla tavsiyelerde bulunabileceği gibi 41. ve 42. maddeler uyarınca gerekli gördüğü önlemleri de alabilecektir. Bu hükümler gereğince Konsey, uluslararası barış ve güvenliği korumak için askeri ve askeri olmayan önlemler alma yetkisine sahiptir. Maddelerde yer alan düzenlemelerde Konsey'in yetkileri “önlem”, “tedbir alma”, “üye devletlere çağrıda bulunulma” olarak formüle edilmiş olsa da uygulamada yaptırım niteliğine büründüğü kabul edilmektedir¹¹.

Şart'ın 41. maddesi ile Güvenlik Konseyi'nin, kararlarını yürütmek için silahlı kuvvet kullanımını içermeyen önlemler alabileceği kabul edilmiş, bu önlemlerin, ekonomik ilişkilerin ve demiryolu, deniz, hava, posta, telgraf, radyo ve diğer iletişim

7 Terör, şiddet yoluyla yaratılan korku ortamını ve bu ortamı yaratan şiddet eylemini ifade etmektedir. Terörizm ise, siyasi amaçlar için örgütlü, sistemli ve sürekli terör kullanmayı yöntem olarak benimseyen bir strateji anlayışının bütünü olarak kabul edilmektedir. Bu bağlamda terör korku yaratmaya yönelik genel bir olgu olarak kabul edilirken terörizm bu korkuya yönelik şiddet sürecini tanımlamaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Hamide Zafer, *Ceza Hukukunda Terörizm* (Beta 1999) 9-11; Ahmet Hamdi Topal, *Uluslararası Terörizm ve Terörist Eylemlere Karşı Kuvvet Kullanımı* (Beta 2005) 7-8.

Hukuki niteliğinin yanında siyasi ve sosyolojik bir kavram olan ‘terörizm’ kavramının uluslararası hukuk düzeninde genel olarak kabul edilmiş bir tanımı bulunmamaktadır. Farklı siyasal sistemlerin benimsenmiş olması, self determinasyon, siyasi suç, devlet aktörlerinin terörizmle ilişkisi gibi kavramlara ilişkin ortak kabulün olmaması, devletlerin terörizm tanımında ortak düzlemde buluşmalarını engelleyici unsurlar olarak gösterilmektedir. Uluslararası hukuktaki terörizmin tanımı sorunu ve sorunun kaynağı olarak öngörülen sebeplere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. İbrahim Kaya, *Terörle Mücadele ve Uluslararası Hukuk*, (USAK 2005) 9-10, 22-24; Topal (n 7) 8-38.

8 *Designing UN Targeted Sanctions* (Initial Findings of The Targeted Sanctions Consortium (Tsc) Evaluating Impacts And Effectiveness Of Un Targeted Sanctions), Watson Institute For International Studies (Brown University August, 2012) 6, <http://graduateinstitute.ch/files/live/sites/iheid/files/sites/internationalgovernance/shared/PSIG_images/Sanctions/Designing%20UN%20Targeted%20Sanctions.pdf> Erişim tarihi 09.04.2018; Rüdiger Wolfrum, ‘Ch.I Purposes and Principles, Article 1’ in Bruno Simma, Daniel-Erasmus Khan, Georg Nolte, Andreas Paulus (eds), Nikolai Wessendorf (ass. ed), *The Charter of the United Nations: A Commentary Vol. I* (3rd edn, Oxford University Press 2012) 111. Ayrıca bkz. Frowein & Kirsch (n 4) 716; Lopez- Jacoiste (n 4) 282-3; Halatçı Ulusoy (n 6) 52-3; Arsava, ‘BM Güvenlik Konseyi'nin İnsan Haklarını Koruma Rolü’ (n 5) 3; Birleşmiş Milletlerin 2004 tarihli ‘*A more secure world: Our shared responsibility (Daha güvenli bir Dünya: Ortak Sorumluluğumuz)*’ başlıklı raporunda terörizm, barış ve güvenliği tehdit eden unsurlar arasında sayılmıştır.

9 Halatçı Ulusoy (n 6) 33.

10 Arsava, ‘BM Güvenlik Konseyi'nin İnsan Haklarını Koruma Rolü’ (n 5) 6-7.

11 Şart'ta ‘yaptırım’ kavramına yer verilmemiştir. Ancak zaman içerisinde madde hükmünün bu yönde evrildiği ve Güvenlik Konseyi'nin amaçlarına ulaşmasında önemli bir aracı oluşturduğu kabul edilmektedir. Lopez- Jacoiste (n 4) 285; Halatçı Ulusoy (n 6) 39. Uluslararası Hukuk Komisyonu da Birleşmiş Milletler Şartı ile benimsenen sistem kapsamında barış ve güvenliğin korunması amacıyla alınan tedbirler bakımından ‘yaptırım’ kavramının kullanılabilceğini ifade etmiştir (Yearbook International Law Commission, 1979 Vol 2, Part 2, Report of the Commission to the General Assembly on the work of its thirty-first session, 121, <http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1979_v2_p2.pdf> Erişim tarihi 05.12.2017). Bu sebeple çalışmanın devamında ‘yaptırım’ kavramı kullanılacaktır.

ve ulaştırma araçlarının kısmen veya tamamen kesintiye uğratılmasını, diplomatik ilişkilerin kesilmesini içerebileceği ifade edilmiştir. Madde hükmünde yaptırımlar tahdidi olmayan bir şekilde sayılmış, kapsamı hususunda ayrıntılı bir açıklama yapılmayarak¹² Güvenlik Konseyi uygulanacak yaptırımlar konusunda serbest bırakılmıřtır¹³. Uygulamada ise madde hükmü daha çok ekonomik yaptırımlar şeklinde karşımıza çıkmaktadır.

Birleşmiş Milletler sisteminde ekonomik yaptırımların hedef alanı esas olarak devletlere yöneliktir. Ancak hükümet odaklı uygulanan bu politika, yaptırımların geniş bir alana nüfuz etmesine ve sivil nüfus bakımından olumsuz sonuçların ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Bu sebeple Konsey, herkesi etkileyen kapsamlı önlemler almak yerine belirli mal ve ürünlere ya da sorumlu kişi veya kuruluşlara yönelik kararlar almaya başlamıştır. Böylece insan haklarının korunması hususunda Güvenlik Konseyi'nin rol alması ile -şart düzleminde- uluslararası hukuk sahasına çıkan birey, uluslararası güvenliğe bir tehdit oluşturması halinde Konsey yaptırımlarının hedefi haline gelmiştir. Özel kişi ve kuruluşlar tarafından gerçekleştirilen ihlaller, terörizm veya terör eylemleriyle ilişkilendirilen haller, Güvenlik Konseyi ekonomik yaptırım kararlarının konusunu oluşturmuş, devlet merkezli yaptırımlardan birey merkezli yaptırımlara geçilmiş, bireylerin temel hak ve özgürlükleri temelinde sonuç doğuran yaptırımlar uygulanmaya başlanmıştır.

Güvenlik Konseyi'nin doğrudan bireyi hedef alan ekonomik yaptırım kararları, özellikle terörizmle mücadele hususunda önemli bir rol üstlense de bireyin temel hak ve özgürlüklerinin korunması hususunda önemli eksiklikleri barındırmaktadır. Kararların uygulanmasını denetlemek ve gerektiğinde yeniden yapılandırmakla yetkili Komiteler; yetkileri, karar mekanizmaları olarak öngörülen sistemleri ve kullandıkları ölçütler itibariyle özellikle adil yargılanma hakkı, etkili başvuru hakkı, mülkiyet hakkı ve seyahat özgürlüğü bakımından ihlal niteliği taşıyacak uygulamalara sebep olmaktadır.

Yaptırımların bu etkisini ortadan kaldırmak ve adil ve şeffaf uygulamaların gerçekleşmesini sağlamak için her bir olayın bireysel olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Yaptırımlar, sosyal ve ekonomik etkileri göz önünde bulundurularak orantılılık ilkesi temelinde uygulanmalı, açık kriterler doğrultusunda belli sürelerle sınırlandırılmalıdır¹⁴. Bu bağlamda Güvenlik Konseyi kararlarının ulusal hukuk düzenlerindeki hukuki niteliklerinin ve uygulamasına ilişkin usulün hukuksal

12 Ayşe Nur Tütüncü 'Güvenlik Konseyi Kararlarının İç Hukukta İcrası' (2013) 13 AÜSBD 18.

13 Birleşmiş Milletler şartı'nda bu hususta ngrlmş bir kısıtlama hükmü bulunmamaktadır. Birleşmiş Milletler sisteminde ekonomik yaptırımlar ihracat ve ithalata getirilen kısıtlamalar, ticaret anlaşmalarının feshi, askıya alınması uluslararası örgütler tarafından yapılan yardımların askıya alınması, yaptırımların uygulandığı devletin başka ülkelerdeki malvarlığının dondurulması veya bunları el konulması şeklinde gerçekleştirilmektedir. Berat Lale Akkutay 'Birleşmiş Milletler Andlaşması erevesinde Ekonomik Yaptırımların Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi' (2014) 111 TBDD 418- 421; Lopez- Jacoiste (n 4) 298.

14 Lopez- Jacoiste (n 4) 302.

çerçevesini belirleyen yasal düzenlemelerin oluşturulması hukuki güvenilirliğin sağlanması bakımından önem arz etmektedir. Konsey ve Komite kararlarının hukuki bir denetim mekanizmasından yoksun olması, “*hukukun üstünlüğü*” ve “*insan haklarına saygı*” gibi evrensel ilkelerden uzaklaşarak yapılan uygulamalar, bireylerin haklarına yönelik sınırlamalar veya ihlalleri artırmakta ve Konsey kararlarının hukuki bir sınırlamaya tabi olup olmadığı sorununun doğurmaktadır. Bu durum ise başta Birleşmiş Milletler Şartı olmak üzere, gerek evrensel gerekse bölgesel insan hakları sözleşmeleri ekseninde değerlendirilmektedir.

Güvenlik Konseyi kararları Şart ile kurulması amaçlanan ortak güvenlik sisteminin en önemli araçlarını oluşturmaktadır. Uluslararası toplumda barış ve güvenliğin sağlanması hususunda çok büyük ve önemli bir görevi üstlendiği hususunda şüphe yoktur. Ancak uluslararası toplumun menfaatlerini korunurken bireylerin menfaatlerinin -ki uluslararası alandaki tezahürü insan hakları hukukudur- ihmal edilmemesi gerekir. Bunlar iki karşıt hareketten ziyade birbirinin varlığının sağlamaştıran, meşruiyetini güçlendiren sistemlerdir. Ancak gerek ulusal gerekse uluslararası sistemlerde bireyi hedef alan ekonomik yaptırım kararlarına ilişkin yeterli hukuki düzenleme bulunmamaktadır. Kararların ulusal hukuk sistemleri bakımından zemininin belirlenmesi hem bireyin muhatap kaldığı yaptırım hukuki niteliğinin tespit edilmesi hem de kararlarının doğuracağı hukuki sonuçlara karşı başvurulabilecek hukuki yolları belirlenmesi açısından çok önemlidir. Ancak Türk hukuk sistemi de dahil olmak üzere çoğu hukuk sisteminde buna ilişkin bir düzenlemeler bulunmamaktadır. Bu durum kararların uygulanması aşamasında münferit uygulamalara sebep olmakta karara muhatap kalan birey açısından belirsiz bir sürecin başlamasına sebep olmaktadır. Uluslararası alanda ise kararlar, bireylerin hak ve özgürlükleri üzerinde doğurduğu sonuçlar bağlamında uluslararası insan hakları sözleşmeleri ile sağlanan koruma ölçüsünde vücut bulmaktadır.

İnsan hakları hukukunun, ancak ulusal işlemler yani devlet eliyle uygulanabilen bu yaptırım kararları bakımından oluşturduğu koruma ve devlet uygulamaları bakımından asgari düzeni oluşumuna sağladığı katkı şüphesiz çok önemlidir. Ancak yaptırım kararların devletler tarafından yeknesak uygulanmasının sağlanması ve gerekli, etkili denetimin yapılması için Birleşmiş Milletler sisteminde hem normatif düzeyde hem de kurumsal olarak gerekli yapılanmanın gerçekleşmesi gerekmektedir. Çalışma da bu gereklilik çatisı üzerine kuruludur.

Çalışmanın odak noktasını bireye yönelik alınan ekonomik yaptırım kararları oluşturmaktadır. Esas olarak devleti hedef alan ancak kapsamı ve mahiyeti itibariyle dolaylı olarak da olsa bireylerin hak ve özgürlükleri üzerinde etki doğuran yaptırım kararları ve bu kararların doğurduğu sonuçlar çalışma kapsamında incelenmeyecektir. Konsey’in bireylere yönelik aldığı ekonomik yaptırım kararlarının insan hakları

hukuku bakımından hukuki bir sınırlamaya tabi olup olmadığı sorusu, başta Birleşmiş Milletler Şartı olmak üzere uluslararası hukuk kuralları bakımından değerlendirilecektir.

Bireye yönelik yaptırım kararlarının meşruiyetinin açıklanması bağlamında sınırlarının tespiti açısından Şart hükümlerinden; bireyin temel hak ve özgürlükleri bakımından doğurduğu etkinin tespiti açısından ise ulusal ve insan hakları sözleşmeleri ile kurulan uluslararası denetim mekanizmalarının kararlarından yararlanılacaktır. Kararların bireyin temel hak ve özgürlükleri üzerindeki etkisi ve değerlendirilmesi, her hak ve özgürlük bakımından ayrıca hacimli bir çalışmayı gerektirdiğinden söz konusunun etkinin tespiti ile yetinilecek bu hak ve özgürlükler bakımından ayrıntılı bir inceleme yapılmayacaktır. Konsey kararları doğrudan uygulanma kabiliyetini haiz olmadığından ve ancak devletler aracılığı ile uygulama alanı bulduğundan yaptırım kararların ulusal mevzuatlar içerisindeki normatif değerine ve yargısal denetimine ilişkin hususlara değinilecektir.

Bu kapsamda bireye yönelik ekonomik yaptım kararlarına sıklıkla konu olması bakımından terörizm, insan hakları ve uluslararası insancıl hukuk kurallarının ağır ihlallerine ilişkin Güvenlik Konseyi kararlarına ve bu kararlarla öngörülen, bireyin temel hak ve özgürlüklerine etkisinin tespiti bakımından önemli kabul edilebilecek usuli düzenlemelere örnekleme yoluyla yer verilecektir.

I. Birleşmiş Milletler Sistemi Çerçevesinde Güvenlik Konseyi Ekonomik Yaptırım Kararları

A. Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin Bireylere Yönelik Ekonomik Yaptırım Kararları

Birleşmiş Milletler sisteminde ekonomik yaptırımların hedef alanı esas olarak devletlere yöneliktir. Bu kapsamda Güvenlik Konseyi, çeşitli dönemlerde devlet eksenli ekonomik yaptırım kararları uygulamıştır¹⁵. Ancak hükümet odaklı bu kararlar doğrultusunda uygulanan tedbirler, yaptırımların geniş bir alana nüfuz etmesine ve sivil nüfus bakımından olumsuz sonuçların ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Bu sebeple Konsey, herkesi etkileyen kapsamlı önlemler almak yerine belirli mal ve ürünlere ya da sorumlu kişi veya kuruluşlara yönelik kararlar almaya başlamıştır. Böylelikle devlet merkezli yaptırımlardan birey merkezli yaptırımlara geçilmiş, bireylerin temel hak ve özgürlükleri temelinde sonuç doğuran yaptırımlar uygulanmaya başlanmıştır.

¹⁵ Kararlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Dana Shamlawi, 'The United Nation Security Council's Continued Use of Economic Sanctions' (2015) E- International Relations Students <<http://www.e-ir.info/2015/04/17/the-united-nation-security-councils-continued-use-of-economic-sanctions/>> Erişim tarihi 03.01.2016; Vera Gowlland Debbas, 'Sactions Regimes Under Article 41 of the UN Charter' in Vera Gowlland Debbas, Djacoba Liva Tehindrazanarivelo (eds), *National Implementation of United Nations Sanctions: A Comparative Study* (Martinus Nijhoff Publishers 2004) 7-16.

Güvenlik Konseyi'nin bireye yönelik yaptırımları; diplomatik ilişkilere ilişkin tedbirler, silah ambargosu uygulanması, belli bir sektöre veya ürünlere yönelik ticari sınırlamalar, mali yaptırımlar ve seyahat yasakları şeklinde gruplandırılmaktadır¹⁶. Yaptırımlar, uygulamada diplomatik görüşmeler, barış gücü uygulamaları vb. bir takım unsurlarla desteklenmektedir¹⁷.

Bireylere yönelik alınan ekonomik yaptırım kararları, uygulanan yaptırımların etki alanını daraltarak daha az sayıda kişinin yaptırımlardan etkilenmesini sağlarken; temel hak ve özgürlüklerinin korunmasına ilişkin yeterli güvencelerden yoksun olması sebebiyle hedef alınan kişi/kuruluşlar bakımından hak ihlallerinin doğumuna sebep olmaktadır. Kararlarla ile öngörülen yaptırımların yerine getirilmesi ile görevli komiteler kurulmaktadır¹⁸. Komitelere karara muhatap kişilerin isimlerini listeleme yetkisi verilmekte ve bu usulle doğrudan bireyleri muhatap alan yaptırımlar uygulanmaktadır¹⁹. Ancak Konsey kararların yargısal bir denetime tâbi olmaması, komitelerin çalışma usullerinin ve listeleme kriterlerinin esnek şekilde düzenleniyor olması uygulamada belirsizliğe sebep olarak başta adil yargılanma hakkı olmak üzere yaptırımın niteliğine bağlı olarak yaptırımın hedefi olan bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edilmesine sebebiyet vermektedir.

Güvenlik Konseyi, bireye yönelik yaptırım kararlarına özellikle terörizm, insan hakları ve insancıl hukuk kurallarının ihlallerinin önlenmesi hususunda sıklıkla başvurmaktadır. Bireyler tarafından gerçekleştirilen eylemler, terörizmin bir parçası olarak kabul edilmesi veya terör eylemleriyle ya da insan hakkı ihlalleri ile ilişkilendirilmesi durumunda, Güvenlik Konseyi kararlarının konusunu oluşturmaktadır²⁰. Bu sebeple kararlara konu yaptırımların içeriği ve uygulanma usulüne ilişkin düzenlemelerin aktarılması bakımından da terörizm, insan hakları ve insancıl hukuk kurallarının ağır ihlaline ilişkin bazı kararlara çalışma kapsamında yer verilmiştir.

1. Terörizmin Önlenmesi Kapsamında Alınan Yaptırım Kararları

Güvenlik Konseyi, artan terörizm olaylarını önlemek amacıyla terör eylemlerinin sorumlularını ve bir şekilde bu kişilerle bağlantılı kişi, kişi grupları ve kuruluşları kapsayan yaptırım kararları almıştır. Terörizmle ilgili kişi ve kuruluşları belirlemek,

16 *Designing UN Targeted Sanctions* (n 8) 11-2,

17 *Designing UN Targeted Sanctions* (n 8) 13.

18 Yaptırım kararlarını uygulamak için kurulan komiteler, Birleşmiş Milletler Şartı'nın 29. maddesinde yer alan Güvenlik Konseyi'nin görevini yerine getirmek için gerekli gördüğü takdirde yardımcı organlar oluşturabileceğini öngören hükme dayanılmaktadır.

19 Bu yaptırımlar belirli kişi/kişi grubu veya kuruluşlara yönelik olmalarından hareketle öğretilerde 'akıllı ya da hedefe yönelik yaptırım' kararları olarak isimlendirilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. *Designing UN Targeted Sanctions* (n 8); Sümeyra Altınar Coşkun, *Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, Akıllı Yaptırım Kararları ve Terörizmin Finansmanının Önlenmesi* (Seçkin 2015) 51-2.

20 Frowein & Kirsch (n 4) 714 ff.

yaptırımların uygulanmasını sağlamak ve denetlemek amacıyla Komiteler kurmuştur. El Kaide ve Taliban'a yönelik almış olduğu kararlar ve kararlar doğrultusunda kurulan komiteler bu hususa örnek olarak gösterilmektedir²¹.

1998 yılında Usame Bin Ladin ve El Kaide örgütü tarafından Tanzanya ve Kenya'daki Amerikan elçiliklerine gerçekleştirilen saldırılar sonrasında 1193 (1998)²² ve 1214 (1998)²³ sayılı Kararlar alınmıştır. Güvenlik Konseyi, söz konusu kararlarla Afganistan'da iktidar olan Taliban Hükümeti'ne ülke topraklarında bulunan terörist oluşumları ve bu kapsamda yapılan eylemleri önlemesi yönünde uyarıda bulunmuş aksi durumda yaptırım uygulanacağı hususunu belirtmiştir. Taliban Yönetimi'nin Kararların gereklerini yerine getirmemesi ve terörist örgütlenmelere destek vermesi üzerine Güvenlik Konseyi, terörist örgütlenmenin uluslararası barış ve güvenlik bakımından tehdit oluşturduğundan hareketle ekonomik yaptırımlar içeren 1267 (1999) sayılı Kararı²⁴ almıştır. Karar ile Taliban Yönetimi'ne ait hava araçlarını iniş ve kalkışları yasaklanmış ve Taliban Yönetimi ve Yönetimle bağlantılı kişilerin mali kaynak ve fonlarının dondurulması öngörülmüştür.

1333 (2000) sayılı Karar²⁵ ile Taliban Yönetimine ilişkin yaptırımlar genişletilmiş ve Usame Bin Ladin ve El Kaide'yi destekleyen tüm kişi ve kuruluşların tespit edilerek yargılanması yönünde çağrı yapılmıştır. 1368 (2001) sayılı Karar²⁶ ile terörizmin finansmanı ile mücadele vurgusu yapılarak devletlerarası işbirliğine dikkat çekilmiştir.

1373 (2001) sayılı Karar²⁷ terörizmle mücadele konusunda en kapsamlı ve etkin düzenleme olarak kabul edilmektedir. Kararla terörizmin uluslararası barış ve güvenliği tehdit ettiğine değinilerek tüm devletler bakımından terör eylemlerinin engellenmesi ve bunlara ilişkin mali kaynakların kurutulması hususunda birtakım

21 Güvenlik Konseyi'nin terörizmin önlenmesine ilişkin vermiş olduğu kararlar çeşitli aralıklarla güncellenmiştir. Çalışmada bireylere yönelik ekonomik yaptırım kararları ile öngörülen rejimi göstermek amacıyla temel nitelikli kararlara yer verilmiştir. Konsey'in diğer kararları için bkz. 1333, 1363, 1378, 1388, 1390, 1452, 1455, 1456, 1526, 1540, 1546, 1566, 1617, 1618, 1624, 1625, 1699, 1730, 1735, 1746, 1776, 1805, 1806, 1810, 1817, 1822, 1833, 1868, 1890, 1904, 1907, 1917, 1943, 1963, 1974, 1977, 1988, 1989, 2011, 2041, 2056, 2069, 2071, 2082, 2083, 2085, 2096, 2100, 2120, 2129, 2140, 2145, 2160, 2161, 2164, 2169, 2170, 2178, 2195, 2199, 2201, 2204, 2210, 2214, 2220, 2227, 2233, 2249, 2253, 2255, 2274, 2299, 2309, 2319, 2322, 2325, 2331, 2344, 2347, 2368, 2370, 2374, 2388, 2395, 2396, 2405 <<http://unscr.com/en/resolutions/1267>>

22 S/RES/1193 (1998) <<http://unscr.com/en/resolutions/doc/1193>> erişim tarihi 10.12.2017.

23 S/RES/1214 (1998) <<http://unscr.com/en/resolutions/doc/1214>> erişim tarihi 10.12.2017.

24 S/RES/1267 (1999) <<http://unscr.com/en/resolutions/doc/1267>> erişim tarihi 10.12.2017.

25 S/RES/1333 (2000) <<http://unscr.com/en/resolutions/doc/1333>> erişim tarihi 12.12.2017.

26 S/RES/1368 (2001) <<http://unscr.com/en/resolutions/doc/1368>> erişim tarihi 12.12.2017.

27 S/RES/1373 (2001) <<http://unscr.com/en/resolutions/doc/1373>> erişim tarihi 12.12.2017.

yükümlülükler öngörülmüştür²⁸. Bu kapsamda ilk olarak terör eylemlerinin engellenmesi ve terörizmin finansmanının önlenmesi bakımından devletlerarasında işbirliği öngörülmüş ve buna temel olması bakımından ise devletler; Birleşmiş Milletler öncülüğünde hazırlanan terörizmin finansmanının önlenmesi kapsamındaki sözleşme ve ilgili protokollere²⁹ taraf olmaya davet edilmiş, Güvenlik Konseyi'nin bu kapsamda verdiği kararların etkin şekilde uygulanmasının sağlanması hususunda gerekli ulusal düzenlemeleri gerçekleştirmekle yükümlü tutulmuştur³⁰.

1373 sayılı Kararla söz konusu kararın devletler tarafından yürütülmesini izlemekle görevli Güvenlik Konseyi üyelerinden oluşan Terörle Mücadele Komitesi kurulmuştur. Komite, söz konusu kararların yerine getirilmesini denetlemekle görevlendirilmiştir. Devletler, kararın gereklerinin yerine getirilmesine ilişkin Komite'ye rapor sunmakla yükümlü kılınmıştır.

1390 (2002) sayılı Kararla³¹, Usame bin Ladin, El Kaide örgütü üyeleri ve Taliban ve bunlarla ilişkili diğer kişi, kişi grupları veya kuruluşlara ait malvarlıklarının ve fonların dondurulması, bu kişilerin ülkeden geçişlerinin engellenmesi öngörülmüştür.

1526 (2004) sayılı Kararla³² ise yaptırımların etkinliğinin sağlanması ve terörizmin finansmanının önlenmesi hususunda gerekli ulusal düzenlemelerin yapılması kararlaştırılmıştır. 1540 (2004) sayılı Kararla³³ terörist örgütler ve devlet dışı aktörlerin kitle imha silahlarına erişimin engellenmesine yönelik tedbirler öngörülerek ulusal mevzuatlar bakımından gerekli düzenlemelerin yapılması gereği kabul edilmiştir. Bu Karara bağlı olarak kurulan Komite devletlerin bu konudaki çalışmalarını, raporlarını ve ulusal düzenlemelerini izlemekle görevli kılınmıştır.

28 1373 sayılı karar ile tüm devletler bakımından terörizmle mücadele hususunda diğer devletlerle işbirliği ve bilgi paylaşma, terörizmle bağlantılı kişi ve kuruluşlara destek verilmesinden kaçınma, etkili sınır kontrolü yapma, teröristlere mülteci statüsü tanınamama, teröristlere ve terör örgütlerine doğrudan veya dolaylı kaynak yaratılmasını engelleme ve terörle bağlantılı kişi ve kuruluşların doğrudan ve dolaylı olarak ilgisi bulunan malvarlıklarını dondurma, terörist eylemlerde bulunan kişileri cezalandırma gibi bir takım yükümlülükler öngörülmüştür. Karar sadece BM'ye üye devletler değil tüm devletler bakımından bu yükümlülükleri öngörmesi sebebiyle diğer kararlardan ayrılmakta ve öğretide zaman ve yer bakımından bir sınırlama yapılmamış olması sebebiyle Güvenlik Konseyi'nin yasama yetkisi kullanımı olarak yorumlanmaktadır. Halaçtı Ulusoy (n 6) 124- 5.

29 Terörizmin Finansmanının Önlenmesine İlişkin Sözleşme, 09.12.1999 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nda kabul edilmiştir. Sözleşme'nin ekinde dokuz sözleşmenin adı yer almaktadır. Bu sözleşmeler, Uçakların Yasadışı Ele Geçirilmesinin Önlenmesi Sözleşmesi, Sivil Havacılık Güvenliğine Karşı Yasadışı Eylemlerin Önlenmesi Sözleşmesi, Diplomatik Ajanlar Dahil Uluslararası Korunan Kişilere Karşı Suçların Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi, Rehin Almalara Karşı Uluslararası Sözleşme, Nükleer Maddelerin Fiziki Korunması Sözleşmesi, Uluslararası Sivil Havacılığa Hizmet Veren Havalimanlarında Yasadışı Şiddet Eylemlerinin Önlenmesi Protokolü, Sivil Havacılık Güvenliğine Karşı Yasadışı Eylemlerin Önlenmesi Sözleşmesine Ek Protokol, Denizcilik Sefer yollarının Güvenliğine Karşı Yasadışı Eylemlerin Önlenmesi Sözleşmesi, Kıta Sahanelerinde Kurulu Sabit Platformların Güvenliğine Karşı Yasadışı Eylemlerin Önlenmesi Hakkında Protokol, Terörist Bombalamaların Önlenmesi Sözleşmesi'dir.

30 Söz konusu yükümlülükler, öğretide, Şart'ın 2. maddesi ile normatif değer kazanan 'devletin iç işlerine karışma yasağı' bakımından ihlal olduğu yönünde eleştirilmektedir. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Halaçtı Ulusoy (n 6) 129.

31 S/RES/1390 (2002) <<http://unscr.com/en/resolutions/doc/1390>> Erişim tarihi 02.01.2018.

32 S/RES/1526 (2004) <<http://unscr.com/en/resolutions/doc/1526>> Erişim tarihi 02.01.2018.

33 S/RES/1540 (2004) <<http://unscr.com/en/resolutions/doc/1540>> Erişim tarihi 02.01.2018.

Konsey'in devam eden bireye yönelik ekonomik yaptırım kararlarında ise, 1267, 1333 ve 1390 sayılı kararlar gereğince alınması gereken tedbirler vurgulanmış ve devletler bakımından öngörülen yükümlülükler benzer şekilde tekrarlanmıştır. 1526 (2004), 1617 (2005)³⁴, 1735 (2006)³⁵ sayılı Kararlarla listeleme usulüne ilişkin bir takım değişiklikler öngörülmüş; devletler listeye eklenmek üzere bildirdikleri kişilerin Usame Bin Ladin, Taliban, El Kaide ile aralarındaki ilişkiyi gösteren bilgiyi ve buna ilişkin dayanaklarını bildirmekle yükümlü kılınmıştır. 2170 (2014)³⁶ sayılı kararda ise diğer kararlardaki terör örgütlerine ek olarak IŞİD ve El Nusra Cephesi'nden bahsedilerek bunlarla bağlantılı kişi, kurum ve kuruluşlara verilen destekleri önlemek için ulusal tedbirlerin alınması gerektiği belirtilmiş, bu hususta uluslararası iş birliğinin sağlanmasına yönelik yükümlülükler ifade edilmiştir. Bu örgütlerle bağlantılı kişi, kurum veya kuruluşları finanse eden, silahlandıran, destekleyen kişilerin yaptırımlar listesine ekleneceği malvarlığının dondurulması, seyahat yasağı ve silah ambargosuna tabi tutulacakları belirtilmiştir³⁷.

Güvenlik Konseyi kararları, uygulama ile birlikte güncellenmiş ve ihtiyaçlar doğrultusunda Komiteler kurulmuştur. 1267 sayılı kararla kurulan Yaptırımlar Komitesi liste hazırlama ve denetleme yetkisine sahip olması sebebiyle uygulamanın incelenmesi bakımından en önemli düzenlemeyi oluşturmaktadır.

1267 Yaptırımlar Komitesi, kararlarının uygulanmasını denetlenmek ve üye devlet raporlarını incelemekle görevlendirilmiştir. Komite'ye yaptırımların uygulanacağı kişi veya kuruluşların isimlerinin yer aldığı listeleri oluşturma yetkisi verilmiştir. Listede yer alan kişi ve kuruluşlar devletler tarafından önerilmektedir. 2011 yılına kadar Taliban ve El Kaide ile bağlantılı kişi ve kurumların isimleri tek bir listede yer almıştır. 2011 yılında, 1988³⁸ ve 1989³⁹ sayılı Kararların alınması ile Komite, Taliban ve El Kaide Yaptırımlar Komitesi olarak ikiye ayrılmıştır. Her iki Komite bakımından ayrı sistem oluşturulmuş bu kapsamda listeye dâhil edilme ve silinme usulleri benimsenmiştir.

1989 sayılı El Kaide Yaptırımlar Komitesi ile El Kaide ile bağlantılı kişi ve kuruluşlara ilişkin yaptırımlar öngörülmüştür. Komite'nin çalışma usulü bir Rehber ile

34 S/RES/1617 (2005) <<http://unscr.com/en/resolutions/doc/1617>> Erişim tarihi 15.01.2018.

35 S/RES/1735 (2006) <<http://unscr.com/en/resolutions/doc/1735>> Erişim tarihi 15.01.2018.

36 S/RES/1735 (2006) <<http://unscr.com/en/resolutions/doc/2170>> Erişim tarihi 15.01.2018.

37 Konsey, devam eden kararlarında da daha önceki kararlarla öngörülen yükümlülükleri IŞİD örgütünü de kapsayacak şekilde tekrarlamıştır.

38 S/RES/1988 (2011) <[https://www.undocs.org/S/RES/1988\(2011\)](https://www.undocs.org/S/RES/1988(2011))> Erişim tarihi 15.01.2018.

39 S/RES/1989 (2011) <<http://unscr.com/en/resolutions/doc/1989>> Erişim tarihi 15.01.2018.

düzenlenmiştir⁴⁰. Komite, 2253 (2015) sayılı kararla birlikte IŞİD- El Kaide Komitesi olarak adlandırılmaya başlanmıştır. Komite'nin kararlarını yazılı prosedürle alacağı ve en geç Komitenin onayını takip eden günün sonunda güncellenmiş yaptırım listelerini kısa gerekçeleri ile birlikte Komitenin internet sayfasında yayınlanacağı kabul edilmiştir⁴¹. Kararların çeşitli araçlarla birlikte üye devletlere iletileceği ve bilgilendirmeyi takiben devletlerin de ilgili bilgiyi bankalar, finansal kurumlar, hava alanları, limanlar, konsolosluklar vb. kurumlara iletmekle yükümlü olduğu düzenlenmiştir. Üye devletlere, yaptırım listesine alınmak üzere isim önerisinde bulunmadan önce bu kişiler hakkında daha fazla bilgi sahibi olması için ilgili kişi veya kurumun vatandaşı olduğu ya da ikamette ettiği devlet ile iletişime geçmesi ve iddiasını dayanak teşkil eden kanıt ve belgeleri sunması tavsiye edilmiştir⁴². Komitenin listeleme taleplerini 10 iş günü içinde karar bağlayacağı kabul edilmiş, acil durumlarda üye devletlerin talebi halinde bu sürenin Komite Başkanı'nın takdirine bağlı olarak kıstlanabileceği belirtilmiştir⁴³. Listedenden çıkarma usulü ise listeleme usulüne paralel olarak düzenlenmiştir. Listedenden çıkarılmaya ilişkin taleplerin üye devletler ve Ombudsman Merkezi aracılığı bireyler tarafından talep edilebileceği kabul edilmiştir⁴⁴. Ombudsman aracılığı ile yapılan başvurularda Merkez, başvuruya ilişkin bir rapor hazırlayarak Komite'ye sunacak ve nihai karar Komite tarafından verilecektir. Komitenin, listeden çıkarılmaya ilişkin talebi, üye devletlerin istemesi halinde Komite Başkanı'nın takdirine bağlı olarak kıstlanabileceği haller saklı kalmak üzere, 10 iş günü içerisinde karar bağlayacağı ifade edilmiştir⁴⁵. Listeye alma ve listeden çıkarılma hakkındaki kararlar oybirliği ile alınacaktır. Oy birliğinin sağlanamaması durumunda konunun Güvenlik Konseyi'ne sevkî mümkündür⁴⁶. Bununla birlikte listeden çıkarılmaya ilişkin tavsiyenin Güvenlik Konseyi'nce 60 gün içerisinde oybirliği ile reddedilmediği sürece uygulanacağı kabul edilmiştir⁴⁷. Bütün bunlarla birlikte Rehber'de uluslararası ve bölgesel kuruluşlardan, İzleme Komitesinden gelen bilgiler doğrultusunda listelerde mevcut bilgilerin güncelleneceği ve gözden geçirileceği de ayrıca düzenleme altına alınmıştır⁴⁸. Yaptırım kararları ile öngörülen malvarlığının dondurulması ve seyahat yasağı ilişkin tedbirlerine ilişkin muafiyetlere ilişkin şartlar belirtilmiştir⁴⁹.

40 Komitenin çalışma usulü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Guidelines of The Committee For The Conduct of Its Work Adopted on 7 November 2002, as amended on 10 April 2003, 21 December 2005, 29 November 2006, 12 February 2007, 9 December 2008, 22 July 2010, 26 January 2011, 30 November 2011, 15 April 2013, 23 December 2016, and 5 September 2018 (ISIL (DA'ESH), AL-QAIDA) <https://www.un.org/securitycouncil/sites/www.un.org.securitycouncil/files/guidelines_of_the_committee_for_the_conduct_of_its_work_0.pdf> Erişim tarihi 03.03.2019. Bundan sonra 'Guidelines of The Committee' şeklinde kısaltılacaktır.

41 Guidelines of The Committee, md 4-5/a-b-c, 6/q.

42 Guidelines of The Committee, md 6/c-d.

43 Guidelines of The Committee, md 6/n.

44 Guidelines of The Committee, md 7.

45 Guidelines of The Committee, md 7/f.

46 Guidelines of The Committee, md 2.

47 Guidelines of The Committee, md 7.

48 Guidelines of The Committee, md 8-9.

49 Guidelines of The Committee md 11-12.

1988 sayılı kararla kurulan Taliban Yaptırımlar Komitesinde yaptırımların uygulama alanı bakımından coğrafi bir sınırlamaya gidilmiş, Afganistan'da uluslararası barış ve güvenliğe tehdit oluşturan tehdit eden kişi ve kuruluşlar bakımından ekonomik yaptırımlar uygulanması öngörülmüştür. Komite'nin çalışma usulü bir Rehber ile düzenlenmiştir⁵⁰. Komite'nin çalışma usulleri genel itibariyle El Kaide Komitesiyle benzer şekilde düzenlenmiştir. Farklı düzenleme ise bireye sağlanan başvuru mekanizması hususundadır. Listede ismi yer alan kişi ve kuruluşların doğrudan veya vatandaşları oldukları veya ikamet ettikleri devletler aracılığı ile 1730 (2006) sayılı Kararla kurulan Odak Noktası'na başvurarak listelerden isimlerinin silinmesini talep edebilecekleri düzenlenmiştir. Başvuruların Odak Noktası'nın raporları doğrultusunda Yaptırımlar Komitesi tarafından karara bağlayacağı kabul edilmiştir.

Listede yer alan kişi ve kuruluşlara doğrudan başvuru hakkının verilmesi usuli güvencelerin sağlanması bakımından önemli bir adım olarak kabul edilmektedir. Ancak başvurular bakımından oluşturulmaya çalışılan bu aşamalı sistem Konsey ve Komite'nin aynı devlet üyelerinden oluşmasından dolayı yeterli güvence temin etmediği hususunda eleştirilmektedir⁵¹.

1267 sayılı Karar, terörizmle mücadele hususunda önemli bir aracı oluşturmuş; ancak buna hedef olacak kişiler bakımından yeterli ve gerekli hukuki güvenceleri sağlayamamıştır. Listede ismi yer alan kişilere gerekli bilgilendirme yapılmamış ve bunun bir sonucu olarak kişiler, savunma haklarını kullanmaktan yoksun bırakılmıştır. İtiraz merci olarak bağımsız bir denetim mekanizmasının öngörülmemekle kişilerin adil yargılanma hakkı ihlal edilmiştir. Bu sebeple, kararlar çeşitli aralıkla güncelleştirilerek ve söz konusu eksikler giderilmeye çalışılmıştır. Üye devletler tarafından önerilen listelerin gerekçelendirilmesi, listeye alınan kişilerin hangi gerekçelerle alındığının belirtilmesi gerekliliği kabul edilmiştir. Benzer şekilde kişilere, bireysel başvuru yoluna açan Merkezler kurularak Birleşmiş Milletler sistemi içinde denetimi sağlayacak mekanizmalar oluşturulmaya çalışılmıştır. Yapılan değişiklikler Konsey kararları oluşturulan sistemin aksaklıklarının giderilmesine hizmet etse de kişilerin temel hak ve özgürlüklerine yönelen bu tehdidi önleyecek nitelikte değildir.

2. İnsan Hakları ve Uluslararası İnsancıl Hukuk Kurallarının Ağır İhlallerinin Önlemesi Kapsamında Alınan Yaptırım Kararları

Güvenlik Konseyi, insan haklarının ve uluslararası insancıl hukuk kurallarının ağır ihlali hallerini uluslararası barış ve güvenliği tehdit olarak değerlendirdiği durumlarda Şart'ın VII. Bölümü kapsamında silah ambargoları, seyahat kısıtlamaları, bu

50 Komitenin çalışma usulü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Guidelines of The Committee For The Conduct of Its Work (Adopted on 30 November 2011, as amended on 15 April 2013, 29 July 2013 and 3 December 2018) <https://www.un.org/securitycouncil/sites/www.un.org.securitycouncil/files/guidelines_1988_committee_3_december_2018_english.pdf> Erişim tarihi 03.03.2019.

51 Halatçı Ulusoy (n 6) 96.

eylemlerle ilişkili bireylerin mal varlığının dondurulması yönünde kararlar vermiştir. Demokratik Kongo Cumhuriyeti ve Somali’de yaşanan olaylara ilişkili olarak verdiği kararlar bu hususa örnek teşkil etmektedir.

Güvenlik Konseyi 1493 (2003) sayılı Karar⁵² ile Demokratik Kongo Cumhuriyeti’nde yaşanan olaylarla ortaya çıkan insan hakları ve uluslararası insancıl hukuk kurallarının ağır ihlallerinin uluslararası barış ve güvenlik için tehdit oluşturduğunu tespit ederek Şart’ın VII. Bölümü kapsamında ülkenin kuzey ve güney bölgelerinde faaliyet gösteren olaylarla ilişkili silahlı gruplara, doğrudan veya dolaylı özellikle askeri ya da mali yardım yapılmamasını ve silah ambargosunu içeren birtakım tedbirler öngörmüştür⁵³. 1807 (2008)⁵⁴ ve 1896 (2009)⁵⁵ sayılı Kararlarla, silah ambargosunun tüm ülkede uygulanmasını kabul ederek yaptırımların uygulama alanı genişletmiş ve malvarlıklarının dondurulması ve seyahat yasağı uygulanmasını içeren yaptırımlar öngörmüştür. Kararlarda yaptırımların uygulanacağı kişi ve kuruluşların belirlenmesine ilişkin kriterler geniş bir şekilde kaleme alınmıştır⁵⁶. Bu yaptırımların uygulanmasını denetlemekle görevli 1533 sayılı Komite kurulmuştur.

1992 yılında 733 Sayılı Karar⁵⁷ ile Somali’de yaşanan deniz haydutluğu ve silahlı soygun eylemleri sonucu ortaya çıkan şiddet olaylarının uluslararası barış ve güvenlik için tehdit oluşturduğunu tespit edilerek VII. Bölüm kapsamında önlemlerin alınması gerektiği kabul edilmiştir. Söz konusu kararın kapsamı çeşitli aralıklarla güncellenmiş ve silahlı gruplara silah ambargosu uygulanması gibi birtakım yaptırımlar öngörülmüştür⁵⁸. 1844 (2008) sayılı Kararla⁵⁹ ise söz konusu silahlı gruplarla ilişkilendirilen bireylere yönelik olarak malvarlığının dondurulması ve seyahat yasağı içeren yaptırım kararları alınmıştır. Kararla listeme ve listeden çıkarılma usulü ve gereklilik durumunda tanınacak muafiyetlere ilişkin ilkeler belirtilmiştir. Listeleme ve listeden çıkarılma bakımından bireye başvuru hakkı tanınmışsa da büyük oranda devlet talepleri üzerine kurulu bir sistem öngörülmüştür.

52 S/RES/1493 (2003) <<http://unscr.com/en/resolutions/doc/1493>> Erişim tarihi 05.04.2018.

53 Kararın kapsamı çeşitli aralıklarla güncellenmiştir. Çalışmada bireye yönelen yaptırım kararları ile öngörülen rejimin belirtilmesi açısından temel nitelikli kararlara yer verilmiştir. İlgili Güvenlik Konsey Kararları için bkz. 1499, 1501, 1522, 1533, 1552, 1555, 1565, 1592, 1596, 1616, 1649, 1654, 1671, 1698, 1756, 1768, 1771, 1799, 1804, 1807 <<http://unscr.com/en/resolutions/doc/1493>> erişim tarihi 05.04.2018.

54 S/RES/1807 (2008) <<http://unscr.com/en/resolutions/doc/1807>> erişim tarihi 05.04.2018.

55 S/RES/1896 (2009) <<http://unscr.com/en/resolutions/doc/1896>> erişim tarihi 05.04.2018.

56 Kriterler; silah ambargosunu ihlal eden kişi veya kuruluşlar, bölgede faaliyet gösteren silahlı grupların desteleyenler, silahlı çatışmalarda uluslararası hukuk kurallarını ihlal edenler, çocukları asker olarak kullanan veya onları hedef alan siyasi veya askeri liderler, bölgedeki insani yardıma erişimi veya bunun dağıtımını engelleyen, doğal kaynakların yasa dışı ticareti yoluyla bölgedeki yasadışı silahlı grupları destekleyen kişi ve kuruluşlar vb. sıralanmıştır. Lopez- Jacoiste (n 4) 306.

57 S/RES/733 (1992) <<http://unscr.com/en/resolutions/doc/733>> erişim tarihi 05.04.2018.

58 Kararın kapsamı çeşitli aralıklarla güncellenmiştir. Çalışmada bireye yönelik yaptırım kararları ile öngörülen rejimin belirtilmesi açısından temel nitelikli bazı kararlara yer verilmiştir. İlgili Güvenlik Konsey Kararları için bkz. 746, 751, 767, 775, 794, 814, 837, 865, 878, 885, 886, 897, 923, 946, 953, 954, 1356, 1407, 1425, 1474, 1519, 1587, 1630, 1676, 1724, 1725, 1744, 1766, 1772, 1801, 1811, 1814, 1816, 1831, 1844, 1846, 1851, 1853, 1863, 1872, 1897, 1907, 1910, 1916, 1950, 1964, 1972, 2002, 2010, 2020, 2023, 2060, 2077, 2093, 2111, 2125, 2142, 2182, 2184, 2244, 2246, 2316, 2317, 2383, 2385 <<http://unscr.com/en/resolutions/733>> Erişim tarihi 05.04.2018.

59 S/RES/1844 (2008) <<http://unscr.com/en/resolutions/doc/1844>> erişim tarihi 05.04.2018.

Güvenlik Konseyi kararları ile kurulan komitelerin her birinin çalışma usullerinin belirlenmesi açısından rehber ilkeler kabul edilmiştir. Komitelerin bir kısmında bu ilkeler kamuya açık değildir. Yaptırım uygulanacak kişiler bakımından öngörülen kriterler her bir Komite için farklılık gösterse de büyük oranda genel ifadeler kullanılarak esnek şekilde kaleme alınmıştır⁶⁰. Hangi eylemlerin yaptırım gerektireceği ve uygulanacak yaptırımların türü, niteliği ve süresi önceden bir düzenleme ile öngörülmemiştir⁶¹. Oluşturulan listelerin bilgi kaynaklarına şeffaf bir şekilde yer verilmemiştir. Listedenden çıkarılmaya ilişkin bireysel başvuru zamanla bazı Komitelerce kabul edilmiş olsa da hukuki güvencelerden yoksundur. Bununla birlikte, bazı listeden çıkarma usullerinde özellikle devletler tarafından kullanılan itiraz hakkına bağlı olarak öngörülen süreler bakımından üst sınır belirtilmemiştir. Yaptırımların uygulanması bakımından kabul edilen muafiyetler ise bireysel değerlendirmeye tâbi kılınmamış genel olarak sıralanmıştır. Bu sebeplerle listelemeye ilişkin öngörülen usuller hukuki güvenilirliği tehdit ederek adil yargılanma hakkı, etkili başvuru hakkı, savunma hakkı ve belirlilik ilkesine aykırı uygulamaların ortaya çıkmasını neden olmaktadır.

B. Güvenlik Konseyi Kararlarının Bağlayıcılığı

Birleşmiş Milletler Şartı'nın 25. maddesi ile üye devletler, Güvenlik Konseyi kararlarını kabul etme ve uygulama yükümlülüğünü üstlenmiştir. Ancak bu kararların nasıl uygulanacağına ilişkin öngörülmuş genel bir uluslararası hukuk kuralı mevcut değildir. Konsey kararlarının ulusal hukukta uygulanmasına ilişkin esas ve usuller devletin egemenliği ilkesi gereğince devletlerin düzenleme yetkisi dâhilinde kabul edilmektedir. Uluslararası hukuk kaynaklı bu kararlar ulusal hukuk mekanizmaları aracılığı ile işlerlik kazanmaktadır⁶².

Güvenlik Konseyi'nin kararları devletler üzerinde bağlayıcı niteliği haiz olduğundan bireyler üzerinde doğrudan uygulanabilme kabiliyetine sahip değildir. Bu bağlamda, söz konusu kararların icrasına ilişkin ulusal düzenlemeler, bireyler bakımından uygulanmasına ilişkin koşullar, devletlerin benimsedikleri hukuk anlayışı ve uluslararası hukuk politikasına göre değişiklik göstermektedir. Bu hususta benimsenen usuller; kararların uygulanmasına ilişkin önceden hazırlanmış genel bir mevzuat veya kararlara ilişkin özel durumları karşılayan geçici mevzuat şeklinde sistemleştirilmektedir⁶³.

Devletlerin, uluslararası hukuk kuralları uyarınca Güvenlik Konseyi kararlarını icra etmemek için ulusal hukuklarına başvurmayacakları kabul edilmektedir⁶⁴. Bu

60 Lopez- Jacoiste (n 4) 312.

61 Halatçı Ulusoy (n 6) 159.

62 Tüttüncü (n 12) 19.

63 Söz konusu sistemler ve örnek uygulamaları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tüttüncü (n 12) 20-2.

64 Vera Gowlland Debbas, 'Implementing Sanctions Resolution Domestic Law' in Vera Gowlland Debbas/Djacobina Liva Tehindrazanarivelo (eds), *National Implementation of United Nations Sanctions: A Comparative Study* (Martinus Nijhoff Publishers 2004) 35.

kabul esasen devletlerin, birbirleriyle olan ilişkilerde milletlerarası hukuktan doğan yükümlülüklerinin ihlalini haklı göstermek amacıyla ulusal hukuklarında yer alan hükümleri mazeret olarak öne süremeyecekleri ilkesine dayanmaktadır⁶⁵.

Ancak Güvenlik Konseyi kararlarının ulusal hukukta uygulanması, bireylerin uluslararası hukukta korunan ve anayasalar ile güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerine müdahale oluşturmakta ve bu müdahalenin ulusal hukuk bakımından meşruiyeti sorununu ortaya çıkarmaktadır⁶⁶. Bu noktada Birleşmiş Milletlere üye devletlerin Güvenlik Konseyi'nin aldığı kararları yerine getirme yükümlülüğünün sadece Şart'a uygun kararlar bakımından geçerli olduğu; bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması hususuna aykırı hükümler içeren yaptırım kararlarının Şart'a uygun olmadığı dolayısıyla devletlerin bu karara uyma yükümlülüğünün bulunmadığı yönünde görüşler bulunmaktadır⁶⁷.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Nada/ İsviçre kararında⁶⁸ uzlaştırıcı bir yorum benimseyerek; Güvenlik Konseyi kararlarından doğan yaptırımların insan haklarını ihlal etmeyecek şekilde uygulanması gerektiğini ifade etmiştir⁶⁹. Ancak bu durumda Konsey kararlarının uygunluğu denetiminin kim tarafından yapılacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Bir kararın hukuka uygunluğunu denetleyecek mekanizmanın söz konusu kararın gözden geçirme, değerlendirme ve gerekirse değiştirme gücüne sahip olabilmesi için hiyerarşik bir düzen dâhilinde ve kısmen de olsa aynı yasal düzlemde olması gerektiği kabul edilmektedir⁷⁰. Bu sebeple ulusal bir makama

65 Ulusal hukuk düzeni ve uluslararası hukuk düzeni arasında genel ve ilkesel bir üstünlüğe kesin şekilde karar verme imkânı bulunmamakla birlikte; uluslararası yargı ve hakemlik organlarının uluslararası hukukun üstünlüğü temelinde çözüme gittiği görülmektedir. Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi ve örnek yargı kararları için bkz. Hüseyin Pazarci, *Uluslararası Hukuk Dersleri 1. Kitap*, (13th edn, Turhan Kitabevi 2016) 24- 7.

Bu hususa 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 27. maddesinde de, '*Bir taraf bir andlaşmayı icra etmeye gerekçesi olarak iç hukukunun hükümlerine başvuramaz.*' şeklinde yer verilmiştir. Vienna Convention on the Law of Treaties, United Nations, Treaty Series, Vol. 1155, p. 331. Andlaşma'nın türkçe metni için bkz. İbrahim Kaya, *Uluslararası Hukukta Temel Belgeler* (3rd edn, Seçkin 2016) 66- 112.

66 Tütüncü (n 12) 19.

67 Andrew Hudson, 'Not a Great Asset: The UN Security Council's Counter- Terrorism Regime: Violating Human Rights' (2007) 25/2 BJIL, 211; Adem Sözüer, 'Güvenliğin İzin Verdiği Ölçüde Özgürlük Anlayışının Bir Örneği Olarak Terörizmin Önlenmesi Hakkında Kanun' (Mayıs, 2012) GHD, 38-40; Halatçı Ulusoy (n 6) 227; Özgür Mengiler, *Çatışmadan Barışa Birleşmiş Milletler Barış Kurma Komisyonu*, (İmaj 2014) 114.

68 *Nada v Switzerland* App No 10593/08 (ECHR 12.09.2012) Güvenlik Konseyi kararlarının uygulanması hususunun Sözleşme'de yer alan temel hak ve özgürlükler bakımından incelenmesini konu almaktadır. Söz konusu olayda İsviçre Federal Konseyi, Güvenlik Konseyi'nin 1267 sayılı kararına dayanarak '*Taliban Yönetmeliği*' olarak bilinen bir yönetmelik hazırlamış ve bu Yönetmeliğe dayanarak Güvenlik Konseyi kararına ekli listede ismi yer alan Youssef Moustafa Nada'nın malvarlığının dondurulması hakkında karar vermiştir. 1390 sayılı Güvenlik Konseyi Kararı ile yaptırımların kapsamı genişletilerek seyahat yasağı getirilmiştir. Bunun üzerine Nada listenin adının çıkarılması için Federal Konsey'e ve Federal Ekonomi İşleri Başkanlığı'na başvurmuş ancak yapmış olduğu başvurulardan olumlu sonuç alamamıştır. Federal Mahkeme'ye yaptığı başvuru ise Birleşmiş Milletler üyesi devletlerin Güvenlik Konseyi kararlarını uygulamakla yükümlü oldukları gerekçesi ile reddedilmiştir. Nada, kendisine uygulanan yaptırımlar ve getirilen kısıtlamalar nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurmuştur. Mahkeme, söz konusu davada başvurucunun, isminin listeden çıkarılmasına yönelik başvurabileceği etkili bir başvuru yolu olmadığından Sözleşme'nin 13. maddesi ile koruma altına alınan etkili başvuru hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Bununla birlikte, Nada'nın seyahat özgürlüğüne getirilen kısıtlamanın Sözleşme'nin 8. maddesinde yer verilen özel hayat ve aile hayatının korunması hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir. Karar, çalışmanın ilerleyen bölümlerinde ayrıntılı olarak incelenecektir. <http://hudoc.echr.coe.int/eng#{'fulltext': ['nada'], 'documentcollectionid2': ['GRANDCHAMBER', 'CHAMBER'], 'itemid': ['001-113118']}> Erişim tarihi 10.12.2017.

69 *Nada v Switzerland*, para 175.

70 Antonios Tzanakopoulos, 'Domestic Court Reactions to UN Security Council Sanctions' in August Reinisch (ed), *Challenging Acts of International Organizations Before National Courts* (Oxford 2010) 71-3.

doğrudan uluslararası bir merciinin kararını denetleme yetkisi verilmesi uluslararası bir uzlaşının ulusal makamlar tarafından değiştirilmesi sonucunu doğurur ki bu da uluslararası hukukun temel ilkelerine zarar verebilir.

Uygulamada ise ulusal yargı makamları, kararın uygulanmasına yönelik ulusal işlemler üzerinden denetim yapmaktadır. Ulusal makamlar tarafından yapılan denetim ve kararların temel hak ve özgürlüklere uygun olarak yerine getirilmesi, sonrasında devletlerce yapılan düzenlemeler gerekli ve şüphesiz çok önemlidir. Ancak ulusal makamlar bağlı oldukları mevzuat ölçüsünde karar vermektedir. Bu durum ise, Konsey kararlarının yeknesak bir uygulamadan uzaklaşmasına, farklı şekillerde ortaya çıkmasına sebep olabilir. Bu nedenle Güvenlik Konseyi'nin değişen rolü -yasamaya dönüşen yetkisi- karşısında Birleşmiş Milletler bünyesinde yeni ve merkezi bir denetim mekanizması geliştirilmesi gerekmektedir⁷¹. Bununla birlikte üye devletlerin de Konsey kararlarının ulusal hukuklarında nasıl uygulanacağına ilişkin yeterli ve uygun düzenlemeleri yapmaları hem kararların kapsam ve zaman açısından daha sağlıklı uygulanabilmesi hem de karara muhatap olan bireyin temel hak ve özgürlüklerinin korunması bakımından gerekli kabul edilmektedir⁷².

Konsey kararlarının bağlayıcılığı hususunda tartışılan bir diğer konu ise kararlar ile kurulan komiteler ve bu komite kararlarının hukuki niteliğidir. Öğretide, komiteler tarafından hazırlanan listelerin Konsey kararı ile eş nitelikte bağlayıcı kabul edilmemesi gerektiğine ilişkin görüşler bulunmaktadır⁷³. Ancak Konsey kararları ile kurulan komitelerin meşruiyeti, Konsey'in görevlerini yerine getirebilmesi amacıyla gerekli gördüğü takdirde yardımcı organlar kurulabileceğini düzenleyen Şart'ın 29. maddesine dayanmaktadır. Komiteler, Konsey'in uluslararası barış ve güvenliği sağlama amacı çerçevesinde bizzat Konsey tarafından yetkilendirilmekte ve çalışma esas ve usulleri yine Konsey kararı çerçevesinde belirlenmektedir⁷⁴. Bu bağlamda komitelerin Güvenlik Konseyi'ni ve üye devletleri bağlayıcı nitelikte karar alabilecekleri kabul edilmektedir⁷⁵. Dolayısıyla bu sebepten hareketle söz konusu Kararların bağlayıcı nitelikte olmadığını ileri sürülmesi mümkün değildir. Komite kararları, temel dayanağını aldığı Konsey kararları dâhilinde bağlayıcı kabul edilmelidir⁷⁶.

71 Akande (n 4) 336.

72 Bu hususta, '*Birleşmiş Milletler Yetki Yasası*' olarak adlandırılan sistemin özellikle dualist sistemi benimsemiş devletler bakımından ön plana çıktığı kabul edilmektedir. Bu sistemde; açık, öngörülebilir bir hukuki temel oluşturulması, kararların hızlı bir şekilde uygulanmasının sağlanması amacıyla karara konu teşkil eden olaylar meydana gelmeden Güvenlik Konseyi kararlarının icrasına ilişkin esas ve usuller düzenlenmektedir. Kararların icrasının genellikle anayasalarda öngörülen mekanizmalar aracılığı ile gerçekleştirileceği kabul edilmektedir. ABD- 1945 United Nation Act, İngiltere-1946 United Nation Act, Finlandiya-1955, Ayrıntılı bilgi için bkz. Gowlland Debbas (n 64) 41-2.

73 İzzet Özgenç, *Suç Örgütleri* (10th edn, Seçkin 2017) 234, 239; Esra Yılmaz Eren, 'Terörün Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanun Tasarısı Üzerine Bir Değerlendirme' (2013) LXXI (1) İÜHF 1251.

74 Andreas Paulus, '*Ch.V The Security Council, Procedure, Article 29*' in Bruno Simma, Daniel-Erasmus Khan, Georg Nolte, Andreas Paulus (eds), Nikolai Wessendorf (ass. ed), *The Charter of the United Nations: A Commentary, Vol. I*, (3rd edn Oxford University Press 2012) 995-6.

75 Paulus (n 74) 995.

76 Paulus (n 74) 1006.

II. Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Bireye Yönelik Ekonomik Yaptırım Kararları- İnsan Hakları İlişkisi

A. Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Bireye Yönelik Ekonomik Yaptırım Kararlarının Sınırlandırılması

Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin doğrudan bireye yönelik kararları gerek ulusal gerekse uluslararası hukuk bakımından ayrı bir rejim yaratmıştır⁷⁷. Bu rejim genel olarak bakıldığında uluslararası barış ve güvenliğin korunmasına hizmet etse ve barışı tehdit eden terör eylemlerine ve şiddet durumlarına karşı etkili bir araç haline geldiği kabul edilse de bireyin temel hak ve özgürlüklerinin korunması hususunda önemli eksiklikleri barındırmaktadır.

Güvenlik Konseyi'nin bireylere yönelik kararları uluslararası hukukça atfedilen niteliği, içeriği, gerekli ve yeterli bir denetim mekanizmasından yoksun olması sebebiyle hak ihlallerini doğurmaktadır⁷⁸. Gerek doğrudan kararlar gerekse komiteler aracılığı ile hazırlanan listeler tartışmalı maddi verilere dayandırılmakta ve karşılığında karara muhatap bireye yeterli hukuki güvenceler sunulmamaktadır. Bununla birlikte söz konusu kararların zaman içinde genişletilerek güncellenmesi ve tüm devletlere yönelik alınmasından hareketle bu kararların artık evrensel nitelikli uygulamalar içerdiği kabul edilmektedir. Bu kabul, bireylerin haklarına yönelik sınırlamaların ya da ihlallerin önemini artırmakta ve devlet sınırlarının ötesinde uluslararası niteliğe büründüğünü göstermektedir⁷⁹. Bu bağlamda Güvenlik Konseyi kararlarının temel hak ve özgürlükler bakımından sınırlarının belirlenmesi gerekmektedir.

Güvenlik Konseyi'nin temel hak ve özgürlüklere riayet yükümlülüğü, öncelikle uluslararası hukuka hareket kabiliyetini ve alanını belirleyen Örgütün kurucu andlaşması Birleşmiş Milletler Şart'ı, teamül kuralları ve hukukun genel ilkelerinden doğmaktadır⁸⁰.

1. Birleşmiş Milletler Şartı Bakımından Öngörülen Sınırlamalar

Güvenlik Konseyi'nin görev ve yetkisinin tayin edildiği Şart'ın 24. maddesinde, Konsey'in görev ve yetkilerini kullanırken Birleşmiş Milletlerin amaç ve ilkelerine uygun hareket edeceği belirtilmiştir⁸¹. Şart'ın başlangıç kısmında insan hakları

77 Güvenlik Konseyi'nin bireylere yönelik kararları Konsey'in genel yaptırımlardan ayrıldığı için hem ulusal hem uluslararası hukuk bakımından 'sui generis' niteliğe sahip oldukları ileri sürülmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Halatçı Ulusoy (n 6) 51.

78 Yıldırım Sak, 'Birleşmiş Milletler Anti Terör Yaptırımlarının Temel Hak ve Özgürlüklere Aykırılığı ve Bireylerin Korunması: Uluslararası Hukuk ve Avrupa Birliği Hukuku' (2009) 29 (1-2) MHB 174.

79 Sak (n 78) 174.

80 Bardo Fassbender, 'Targeted Sanctions and Due Process' in Study Commissioned by the United Nations Office of Legal Affairs -Office of the Legal Counsel- (2006) 19, <<http://www.un.org/law/counse/Fassbender-study.pdf#search=%22%22Targeted%20Sanctions%20and%20Due%20Process%22%22>> Erişim tarihi 04.02.2018; Peters (n 3) 781- 3; Sak (n 78) 176; Halatçı Ulusoy (n 6) 165.

81 Amaç ve ilkelerin Birleşmiş Milletler organlarına rehberlik etmek üzere bağlayıcı olarak düzenlendiği kabul edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Wolftrum (n 8) 109.

vurgusu yapılmış, ilk bölümünde ise Birleşmiş Milletlerin amaç ve ilkelerine yer verilmiştir. Şart'ın 1. maddesinde Birleşmiş Milletlerin amaçları, 2. maddesinde ise bu amaçlar yerine getirilirken bağlı olunan ilkeler hem üye devletler hem de örgüt bakımından düzenlenmiştir. Bu anlamda ilkeler, Şart ile amaçlanan düzene uygun hareket edilmesi bakımından önemli bir sınırlama aracı olarak kabul edilmektedir.

Şart'ın 1. maddesinin ilk fıkrasında uluslararası barış ve güvenliği korumak ve bu amaçla barışın uğrayacağı tehditleri önlemek, saldırı ya da barışın başka yollarla bozulması eylemlerini bastırmak üzere etkin ortak önlemler almak ve barışın bozulmasına yol açabilecek nitelikteki uluslararası uyuşmazlık veya durumların düzeltilmesinin ya da çözümlenmesinin barışçıl yollarla, adalet ve uluslararası hukuk ilkelerine uygun olarak sağlanması öngörülmüştür. Bu ifade ile Konsey'in Şart'ın VI. Bölümü kapsamındaki yetkileri bakımından uyuşmazlıkların barışçıl yolla, adalet ve uluslararası hukuk ilkelerine uygun olarak çözümü hususunda bir sınırlama öngörüldüğü ancak VII. Bölüm –uluslararası barış ve güvenliğin korunması- altında sahip olduğu yetkiler bakımından, böyle bir sınırlamanın getirilmediği görülmektedir⁸². Ancak VII. Bölüm altındaki yetkilerin uluslararası hukuk ilkeleri ile sınırlandırılmaması bir ihlal izni olarak yorumlanmamalıdır. Andlaşmanın tarafı olan devletler kendilerinin sahip olmadığı bir yetkiyi Örgüt'e yükleyemezler. Birleşmiş Milletler Örgütü ve üye devletler uluslararası hukuka aynı derecede uyma yükümlülüğü altındadır⁸³.

Şart'ın ilk maddesinin devam eden fıkralarında ise, self determinasyonun teşvik edilmesi, insan haklarına ve temel özgürlüklere saygı gösterilmesi, adil uluslararası düzenin sağlanması gibi birtakım değerlere yer verilerek bunların koruma altına alındığı görülmektedir. Şart ile öngörülen haklar ve yükümlülüklerin uluslararası barış ve güvenliğin korunması temelinde birleşmesi bu değerlere üstün bir nitelik kazandırmıştır⁸⁴. Uluslararası Adalet Divanı da Birleşmiş Milletler'in Belirli Masrafları Danışma Görüşü'nde, uluslararası barış ve güvenliğe atfedilen değerler temel ve birincil nitelikte olduğunu çünkü diğer amaçların yerine getirilmesinin bu temel şartın sağlanmasına bağlı olacağını ifade etmiştir⁸⁵.

Örgütün amaçlarının belirtildiği ilk maddenin üçüncü fıkrasında ise; ekonomik, sosyal, kültürel ve insancıl nitelikli uluslararası sorunların çözümünde

82 San Francisco Konferansı müzakereleri sırasında 'uluslararası barış ve güvenliğin adalet ve uluslararası hukuk ilkelerine uygun olarak sağlanması' önerisi sunulmuş ancak reddedilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Wolfrum (n 8) 114; Frowein & Kirsch (n 4) 705-6, 710; Akande (n 4) 318.

83 Akande (n 4) 320; Lopez- Jacoiste (n 4) 293.

84 Şart düzeni ile öngörülen hukuksal yükümlülüklerin felsefi temelini oluşturan bir değerler hiyerarşisi olduğu ve bu değerlerin en üstünde uluslararası barış ve güvenliğin yer aldığı savunulmaktadır. Bu görüşe göre barışın muhafazası, adaletin yerine getirilmesine tercih edilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Fatma Taşdemir, 'Uluslararası Anarşiye Giden Yol: Uluslararası Hukuk Açısından Önleyici Meşru Müdafaa Hakkı' (2006) 2(5) UHPD, 78-9. Benzer yönde Akkutay (n 13) 425; Wolfrum (n 8) 109.

85 *Certain expenses of the United Nations (Article 17, para 2, of the Charter), Advisory Opinion of 20 July 1962: I.C.J. Reports 1962, p. 151, 168.* <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/49/049-19620720-ADV-01-00-EN.pdf>> Erişim tarihi 10.01.2018.

insan haklarına ve temel özgürlüklerine saygının geliştirilip güçlendirilmesi öngörülmüştür⁸⁶. Uluslararası barış ve güvenliğin korunması amacıyla bahsedilen ilk fıkrada böyle bir unsura yer verilmemiş olmasından hareketle bu amaca ilişkin işlemlerin bir sınırlamaya tabi olmamasının amaçlandığı söylenebilir de; Şart bütünüyle değerlendirildiğinde öngörülen düzene ulaşmak için bireyin temel hak ve özgürlüklerine saygı gösterilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Bununla birlikte; Güvenlik Konseyi'nin görev ve yetkilerinin belirlendiği Şart'ın 24. maddesinde, Konsey'in görevlerini yerine getirirken Birleşmiş Milletlerin amaç ve ilkelerine uygun hareket edeceği hüküm altına alınarak geniş bir çerçevede de olsa bu durum teyit edilmiştir⁸⁷. Şart'ın 55. maddesinde Birleşmiş Milletler Örgütü, 56. maddesinde ise Örgüte üye devletler bakımından insan hakları ve temel özgürlüklere bütün dünyada etkin şekilde saygı gösterilmesi yükümlülüğü öngörülmüştür.

Şart düzeninde uluslararası barış ve güvenliğin korunmasının üstün bir değer olarak kabul edilmesinden ötürü Konsey'in VII. Bölüm çerçevesindeki kararları bakımından ayrıcalıklı bir alanın tanındığı görülmektedir⁸⁸. Bu bağlamda Konsey'in yetkileri, VII. Bölüm dâhilinde istisnai olarak başvurulması ve bir takım sınırlamalara tabi olması kaydıyla, yasama yetkisinin kullanılması olarak adlandırılmaktadır⁸⁹. Konsey'in bu yetkiyi, uluslararası barış ve güvenliği tehdit eden olaya uygulanacak herhangi bir hukuk kuralı bulunmadığında, kurumsal dengeye saygı göstererek, geçici ve dar kapsamlı düzenlemelerle kullanması ve kullanırken usuli açıdan şeffaf olması gerektiği kabul edilmektedir⁹⁰. Bu gereklilikler temelinde ortaya çıkan “*orantılılık*” ilkesi Konsey kararları bakımından bir diğer sınırlama aracı olarak öngörülmekte; Konsey kararlarının gereklilik ve yeterlilik ölçütlerine uygun olması gerektiği kabul edilmektedir⁹¹. Nihayetinde VII. Bölüm çerçevesinde öngörülen yaptırımların amacı cezalandırmak değildir. Bu sebeple tedbirlerin gerekli ve yeterli olduğu ölçüde uygulanması gerekmektedir.

Şart hem kurum hem de norm yaratan bir belgedir⁹². Bu bağlamda uluslararası hukukun hem kaynağını hem de bu kaynağa ilişkin kuralların uygulanmasını sağlayacak aracı oluşturmaktadır. Bu sistem büyük ölçüde Örgütün organları aracılığı ile işlemektedir. Örgüt organlarının Şart'ın çizdiği çerçeveyi aşan hareketi, kurulmak

86 İnsan hakları ve temel özgürlüklerin korunması bakımından kesin sınırlara yer verilmemiş ancak yetkilerin kullanımında bu hususların esas alınması gerektiği kabul edilmiştir. Frowein & Kirsch (n 4) 711.

87 Frowein & Kirsch (n 4) 710; Akande (n 4) 316, 323-4; Hudson (n 67) 211.

88 Güvenlik Konseyi'nin Şart'ın VII. Bölümü çerçevesinde sahip olduğu siyasi takdirin Konseye konu bakımından geniş bir yetki alanı sunduğu kabul edilmektedir. Mahmut Göçer, 'Uluslararası Adalet Divanı ile Güvenlik Konseyi Arasında Yetki Çatışması' (2007) XI (1-2) GÜHFD 697.

89 Jose E. Alvarez, *International Organizations as Law-makers* (Oxford University Press 2006) 196; Peters (n 3) 786; Hinojosa Martinez, 'The Legislative Role of the Security Council in its Fight against Terrorism: Legal, Political, and Practical Limits' (2008) 57/2 ICLQ 339 ff.

90 Martinez (n 89) 346-7, 356-8.

91 Ayrıca, bireye yönelik yaptırımlarda bir takım ihtiyaçlara yönelik istisnai hallerin tanınması orantılılık ilkesinin bir kanıtı olarak yorumlanmaktadır. Lopez- Jacoiste (n 4) 295-6.

92 Dinstein Yoram, *War, Agression and Self-Defence* (Cambridge University Press 2001) 83.

istenen düzeni de tehdit etmektedir. Bu sebeple Güvenlik Konseyi de Birleşmiş Milletler Örgütü organı olarak, Örgütün kurucu andlaşması ile belirtilen amaçları dâhilinde Şart hükümlerinde belirtilen hususlara riayet etmekle yükümlüdür⁹³. Uluslararası Adalet Divanı, Birleşmiş Milletler Örgütü Üyelerin Kabulüne İlişkin Danışma Görüşünde bu hususu teyit etmiştir. Divan, Karar’da, Güvenlik Konseyi’nin siyasi niteliğe sahip bir organ olduğunu ifade ettikten sonra bu niteliğinin onu kurucu andlaşma hükümlerine uymaktan kurtarmayacağını belirtmiş, Konsey’in yetkileri ve kararları bakımından Şart sınırları dâhilinde hareket etmesi gerektiğini ifade etmiştir⁹⁴.

Şart’ta, Örgütün amaçlarını gerçekleştirirken bağlı olması gereken ilkelere yer verilmiştir. İnsan haklarına saygı, Birleşmiş Milletler amaç ve ilkelerine dâhildir ve bu amaç ve ilkeler Güvenlik Konseyi’nin VII. Bölümü çerçevesinde aldığı kararlar için de geçerlidir⁹⁵. Uluslararası Adalet Divanı, Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılmasına Dair Sözleşme’nin Uygulanmasına İlişkin Dava’da, Güvenlik Konseyi’nin VII. Bölüm çerçevesinde vermiş olduğu kararlar dâhilinde Birleşmiş Milletler amaç ve ilkelerine bağlı olduğunu teyit etmiştir⁹⁶.

Güvenlik Konseyi kararları ile insan hakları hukuku kurallarının ilişkisi bakımından değerlendirilmesi gereken bir başka husus da Şart’ın 103. maddesidir. Madde metni “*Birleşmiş Milletler üyelerinin işbu Antlaşmadan doğan yükümlülükleri ile başka herhangi bir uluslararası antlaşmadan doğan yükümlülüklerinin çatışması durumunda, işbu Antlaşmadan doğan yükümlülükler üstün gelecektir.*” şeklindedir. Birleşmiş Milletler Şartı’nda yer alan bu maddenin amacı Şart ile öngörülen yükümlülüklerin etkili şekilde yerine getirilmesini sağlamaktır. Bu sebeple maddede

93 Şart’ın 104. maddesinde Örgüt’ün üye devletlerden her birinin topraklarında görevlerini yerine getirmek ve amaçlarına ulaşmak için gerekli hukuksal ehliyete sahip olduğu belirtilmiş ancak uluslararası kişiliği hususunda düzenleme yapılmamıştır. Ancak örgütün kurucu andlaşmasında böyle bir hüküm olmasa dahi örgütlerin uluslararası hukuka kurucu andlaşmalarında belirtilen amaçları dâhilinde sınırlı bir hukuki kişiliğe sahip olduğu kabul edilmektedir. “*Fonksiyonel kişilik*” olarak isimlendirilen bu durum gereğince uluslararası örgüt ancak bu amaçlar dâhilinde işlem yapabilir, hak ve yükümlülük sahibi olabilir. *Reparation for Injuries suffered in the Service of the United Nations, Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1949, p. 174, 179, <http://www.icj-cij.org/files/case-related/4/004-19490411-ADV-01-00-EN.pdf>* Erişim tarihi 03.12.2017.

Bununla birlikte örgütün işlevlerinin temelini oluşturan kurucu andlaşmaların örgütün karşılaşıcağı bütün meseleleri tamamen düzenlemesi ve uluslararası toplumun evriminin gerektireceği bütün düzenlemeleri öngörmesi mümkün değildir. Örgüt, kurucularının öngörülleri ve denetimleri dışında özerk bir evrim geçirebilir. Bu evrimin kurucu andlaşmanın tadili yolu ile gerçekleşmesi –ki Birleşmiş Milletler Şartı 193 devletin taraf olduğu evrensel bir andlaşma niteliğindedir ve tadili ağır koşullara bağlanmıştır- her zaman çok kolay olmadığından, teamüller yardımıyla gerçekleşmesi daha mümkün görünmektedir. Bunlar Örgüt organları aracılığı ile alınan teknik açıdan bağlayıcı olmamakla birlikte uygulamaya geçirilen ve tüm üyelerin muvafakatını alan kararlar aracılığı ile gerçekleştirilmektedir (Emre Öktem, *Uluslararası Teamül Hukuku* (Beta 2013) 296 ff). Bu bağlamda Genel Kurul da doğrudan karar mekanizmasında yer almasa dahi, aldığı kararlar ile Güvenlik Konseyi kararlarının sınırlarının belirlenmesi hususunda rol alabilecektir.

94 *Admission of a State to the United Nations (Charter, Art 4), Advisory Opinion: I. C. J. Reports 1948, p. 57. s. 64, <http://www.icj-cij.org/files/case-related/3/003-19480528-ADV-01-00-EN.pdf>* Erişim tarihi 16.01.2018

95 Fusun Arsava, ‘Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi’ne Karşı İnsan Hakları Himayesi’ (2007) 3(10) UHPD 4; Frowein & Kirsch (n 4) 711; Akande (n 4) 337; Lopez- Jacoiste (n 4) 291; Hudson (n 67) 211.

96 *Application of The Convention on The Prevention And Punishment of The Crime Of Genocide (Bosnia And Herzegovina v Yugoslavia (Serbia And Montenegro)), (Application Instituting Proceedings filed in the Registry of the Court), I.J.C., 20 March 1993, para 124, <http://www.icj-cij.org/files/case-related/91/7199.pdf>* Erişim tarihi 10.05.2018. Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi de Tadic Davası’nda benzer yönde karar vermiştir. Bkz. *Prosecutor v Dusko Tadic*, Case No. IT-94-1-1, Decision On The Defence Motion For Interlocutory Appeal On Jurisdiction, Decision of 2 October 1995, para 28, <http://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/en/51002.htm> erişim tarihi 10.05.2018.

öngörülen üstünlük ifadesi, Şart ile çatışan anlaşma hükmü veya yükümlülüğün geçersiz sayılmasından ziyade, Şart hükümlerine bunlar karşısında öncelik tanınması şeklinde yorumlanmaktadır⁹⁷. Hatta bu bağlamda 103. maddenin dar yorumlanması gerektiği savunulmakta⁹⁸ ve maddenin Birleşmiş Milletler organlarının aldıkları kararlardan kaynaklanan yükümlülükleri değil, sadece doğrudan Şart hükümlerinden kaynaklanan yükümlülükleri kapsadığı ileri sürülmektedir⁹⁹.

Uluslararası Adalet Divanı, Lockerbie Davası'nda Şart'ın 25. ve 103. maddeleri gereğince, Konsey kararlarından kaynaklanan yükümlülüklerin herhangi bir uluslararası anlaşmadan kaynaklanan yükümlülükler karşısında üstün olduğu yönünde karar vermiştir¹⁰⁰. Öğretide bu üstünlüğün anlaşmalarla birlikte teamül kuralları bakımından da geçerli olduğunu savunan görüşler bulunmaktadır¹⁰¹. Ancak Maddede açıkça “*diğer anlaşmalar*” ifadesine yer verilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise, Nada/ İsviçre kararında Sözleşme ile Şart arasında bir hiyerarşi olduğunu ifade etmekten kaçınmış ve Birleşmiş Milletler'in ilkeleri ve amaçları ışığında, iki hukuki düzenlemenin birlikte yorumlanması

97 International Law Commission, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising From The Diversification And Expansion of International Law*, (Fifty-eighth Session Geneva, 1 May- 9 June and 3 July- 11 August 2006) para 333, <http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_1682.pdf> Erişim tarihi 20. 03.2018.

98 Peters (n 3) 786-7.

99 Jean Combacau, Le pouvoir de sanction de l'ONU, Paris, 1974'ten aktaran; Göçer, 'Yetki Çatışması' (n 88) 703.

100 *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v United Kingdom), Provisional Measures, Order of 14 April 1992, I.C.J. Reports 1992, p. 3, para 37-9*, <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/88/088-19920414-ORD-01-00-EN.pdf>> Erişim tarihi 04.12.2017; Avrupa Birliği ilk derece mahkemesi, Yusuf & El Barakaat davasında benzer yönde karar vermiş; Birleşmiş Milletler Şartı'nın 103. maddesinin Güvenlik Konseyi kararlarını da kapsadığını belirtmiş ve Güvenlik Konseyi kararları ile herhangi bir anlaşma hükmünün çatışması halinde Konsey kararlarının üstün tutulacağını ifade ederek bu kararların Birleşmiş Milletler Şartı hükmü gibi değerlendirileceğini kabul etmiştir. Yusuf And Al Barakaat International Foundation v Council And Commission Judgment of The Court Of First Instance (Second Chamber, Extended Composition), 21.09. 2005, In Case T-306/01, para 234, 275, <<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d0f130d535cff22761f2457ab7e8e4ca6c81fbb2.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4PaNuNe0?text=&docid=59905&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&o ce=first&part=1&cid=788840>> erişim tarihi 18.01.2018; Benzer şekilde bir diğer karar için bkz. Yassin Abdullah Kadi v Council and Commission, Judgment Of The Court Of First Instance (Second Chamber, Extended Composition), Case T-315/01, 21.09.2005 para 184, <<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30dd665ddf1244b64c2bb8b1f7250786e927.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuSaNj0?text=&docid=59906&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1166516>> erişim tarihi 18.01.2018.

İsviçre Federal Mahkemesi, Nada davasında benzer yönde karar vermiş, Birleşmiş Milletler Şartı'nın 103. maddesi ile diğer uluslararası anlaşmalar karşısında Şart'tan doğan yükümlülüklere öncelik tanıdığını kabul etmiş ve bu önceliğin Güvenlik Konseyi kararları bakımından da geçerli olduğunu belirtmiştir. Bununla birlikte Mahkeme, bu durumun iki hüküm arasındaki çatışmanın çözülmemesi durumunda uygulanması gerektiğini belirtmiş, Şart'ın 1/3. maddesi ile 2/2. maddesine yer vererek Güvenlik Konseyi'nin bu maddeler çerçevesinde karar vereceğini vurgulamıştır. *Jus cogens* normların Güvenlik Konseyi kararlarının üzerinde sınırlayıcı bir etkiye sahip olduğunu da ayrıca belirtmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. *Youssef Nada v State Secretariat for Economic Affairs and Federal Department of Economic Affairs*, Administrative appeal judgment, Case No 1A 45/2007; ILDC 461 (CH 2007); BGE 133 II 450/ 14.10.2007, (Oxford Reports on International Law in Domestic Courts), <<https://www.eui.eu/Documents/DepartmentsCentres/AcademyofEuropeanLaw/CourseMaterialsHR/HR2009/DeWet/DeWetBackgroundReadingCase8.pdf>> Erişim tarihi 22.01.2018.

Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi de Al-Jedda davasında benzer yönde karar vermiş Güvenlik Konseyi kararlarından kaynaklanan yükümlülüklerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'den kaynaklanan yükümlülükler karşısında öncelikle uygulanması gerektiğini ifade etmiştir. *The Queen (on the application of Hilal Abdul- Razzaq Ali Al-Jedda)-and-Secretary of State for Defence*, Judgment of 12.08.2005, Case No. CO/3673/2005, EWHC 1809, para 112, 122, <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl-nat.nsf/xsp/.ibmmodes/domino/OpenAttachment/applic/ihl/ihl-nat.nsf/729AF7FD917BCC45C12576F00055F55F/CASE_TEXT/Al-Jedda case - Decision of 12 August 2005.pdf> Erişim tarihi 02.06.2018.

101 Ayrıntılı bilgi için bkz. Jose E. Alvarez, 'The Security Council's war on Terrorism: Problems and Policy Option' in Erika De Wet, Andre Vollkaemper (eds), *Review of the Security Council by Member States* (2003) 119 ff; Fassbender (n 80) 23.

gerektiğini ifade etmiştir¹⁰². Mahkeme'nin bu yaklaşımı, aslında Güvenlik Konseyi kararını uygulamakla yükümlü devletin belli oranda bir takdir hakkı olduğu varsayımına dayanmaktadır¹⁰³.

Uluslararası Hukuk Komisyonu 2006 tarihli “*Uluslararası Hukukun Parçalanması: Uluslararası Hukukun Değişmesi ve Genişlemesinden Doğan Zorluklar*” başlıklı raporunda, Şart'ın 103. maddesi ile öngörülen önceliğin sadece Şart hükümleri değil, Şart'tan doğan yükümlülükleri ve hatta Örgüt organlarının bağlayıcı nitelikli kararlarını da kapsadığını belirtmiştir¹⁰⁴. Bu bağlamda Şart'ta açıkça öngörülme de Güvenlik Konseyi'nin VII. Bölüm dâhilindeki kararlarından kaynaklanan yükümlülüklerin öncelikli olmasının, gerek uygulamada ve gerekse doktrinde geniş bir şekilde kabul edildiğini ifade etmiştir. Komisyon bu ifadesi ile Şart hükümleri gibi Güvenlik Konseyi kararlarından kaynaklanan yükümlülüklerin de öncelikli uygulanma niteliğine sahip olduğunu desteklese de; aslında 103. maddenin bu konuda açık bir hüküm olmadığını da teyit etmiştir.

Şart'ın 103. maddesine dayanılarak Güvenlik Konseyi kararlarına üstünlük tanımak, bu kararlar ile sonradan yapılan andlaşma hükümlerinin geçersiz sayılmasına neden olabilecek; bu da Şart ile Güvenlik Konseyi'ne verilmiş yetkiyi öngörülemez hale getirecektir. Bununla birlikte, Konsey kararları ile sonraki andlaşma hükmünün değiştirilmesi andlaşmalar hukukunun temelini oluşturan tarafların iradesine¹⁰⁵ de aykırılık oluşturacaktır. Aynı temelde söz konusu durum, Birleşmiş Milletler Şartı'na da aykırılık teşkil edecektir. Şart düzeninde Güvenlik Konseyi bakımından açıkça böyle bir yetkilendirme yapılmamıştır. Konsey kararlarına doğrudan böyle bir değer atfedilmesi uluslararası ilişkilerde istikrar ve güvenliği de tehdit edebilecektir. Bu sebeple 103. madde kapsamında öngörülen üstünlük, Şart hükümlerinden kaynaklanan yükümlülükler kapsamında yorumlanmalıdır. Aksi durum Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nde¹⁰⁶ kaynak olarak kabul edilmeyen ve ancak bir uluslararası

102 *Nada v Switzerland*, para 175, 197.

103 Mahkeme, Şart'ın, VII. Bölümü'ne dayanılarak alınan kararların uygulama biçimi ile ilgili olarak belli bir model dayatılmadığını, kararlarının bağlayıcılığına zarar verilmemesi kaydıyla üye devletlerin belli takdir hakkı olduğunu ifade etmektedir. Bkz. *Nada v Switzerland*, para 176.

104 *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising From The Diversification And Expansion of International Law*, para 331.

105 Andlaşma taraf iradelerinin uyumasıdır. Andlaşmanın bu ahdi niteliği, borç kaynağı olan diğer eylem ve işlemlerden ayırt edilmesi bakımından temel unsuru oluşturmaktadır. Uluslararası hukukta andlaşmaların akdi, bağlayıcılığı, hukuki geçerliliği, yorumu ve sona ermesi uluslararası andlaşmalar hukukunda bu özellik temelinde düzenlenmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. *Toluner Milletlerarası Hukuk (Giriş, Kaynaklar)* in Ayşe Nur Tütüncü, Enver Arıkoğlu, Verda Neslihan Aktün, Elif Başkaracaoğlu (eds), (Beta 2017) 74 ff.

106 Uluslararası Adalet Divanı Statüsü 38. maddesi; *'Kendisine sunulan uyumsuzlukları uluslararası hukuka uygun olarak çözmekle görevli olan Divan:*

a. uyumsuzluk durumundaki devletlerce açıkça kabul edilmiş kurallar koyan, gerek genel gerekse özel uluslararası andlaşmaları

b. hukuk olarak kabul edilmiş genel bir uygulamanın kanıtı olarak uluslararası teamülü;

c. uygar uluslarca kabul edilen hukukun genel ilkelerini;

d. 59. madde hükmü saklı kalmak üzere, hukuk kurallarının belirlenmesinde yardımcı araç olarak yargı kararlarını ve çeşitli ulusların en yetkin yazarlarının öğretilerini uygular' şeklindedir.

hukuk kuralının delili niteliğinde kabul edilebilecek örgüt kararlarına¹⁰⁷ kural koyma niteliği verilmesi sonucunu doğuracaktır¹⁰⁸.

Şart hükümlerinin andlaşmalar hukukunun yorum kuralları¹⁰⁹ gereğince hazırlık çalışmaları ve yapıma koşulları ışığında değerlendirilmesi gerekmektedir. Şart, başlangıç hükümlerinde yer aldığı gibi iki dünya savaşından çıkmış ve bunların yıkıcı sonuçlarına maruz kalmış, bunlarla mücadele etmiş bir uluslararası toplum tarafından hazırlanmıştır. Birleşmiş Milletler Örgütü'nün birey üzerinde doğrudan etki doğuracağı öngörülmediği için Şart'ta örgüt-birey ilişkisi temelinde düzenleme yapılmamış¹¹⁰, insan hakları ile doğrudan bir bağlantı kurulmamıştır¹¹¹. Bu sebeple uluslararası barış ve güvenliğin üstün değer olarak kabulü ve korunması için tanınan yetki genişliği değerlendirilirken bu hususlar dikkate alınmalıdır. Şart, gelişen insan hakları referansı ile birlikte yorumlanmalı¹¹²; Birleşmiş Milletler Örgütü'nün fiili olarak genişleyen yetkisi karşısında bireyin haklarının korunması ve bu korumanın uygulamasını sağlayacak denetim mekanizmaları hususunda ilerlemeyi sağlayacak çalışmalar yapılmalıdır.

2. Uluslararası Teamül Kuralları Bakımından Öngörülen Sınırlamalar

Uluslararası teamül kuralları ve genel hukuk ilkeleri, esasen devlet eylemlerini temel aldığından uluslararası örgütler ve özellikle örgüt ile birey ilişkisi bakımından yeterli açıklıkta değildir. Ancak örgütün “otorite” olarak bireyle kurduğu ilişkinin bu kurallar çatısı altında yorumlanabileceği kabul edilmektedir¹¹³. Uluslararası örgütlerin teamül kuralları ve hukukun genel ilkeleri ile bağlılığının açıklamasında bir diğer kabul ise, uluslararası örgütlerin devletler aracılığı ile bireyler üzerine yaptırım uygulamasına dayandırılmaktadır¹¹⁴.

107 Yusuf Aksar, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk I* (4th edn Seçkin 2017) 90-2.

108 Birleşmiş Milletler Şartı ile Güvenlik Konseyi'ne icrai nitelikte bir görev verildiği bu sebeple Konsey kararlarının genel nitelik taşıması, somut olaya özgü olması gerektiği savunulmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Halatçı Ulusoy (n 6) 128-9.

109 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi andlaşmaların yorumu hususunda ' tarafların andlaşma metninde ifadesini bulan niyeti ' esasından hareket etmekte tarafların andlaşma metninde yer alan terimlerin, alışılmış ve tabii anlamları üzerinde anlaşmış olduğunu kabul etmektedir. Kullanılan kelimelerin alışılmış ve olağan anlamının ise, andlaşmanın bütünü içindeki yeri ve andlaşmanın konu ve amacı ışığında saptanması gerektiği kabul etmiştir. Bununla birlikte andlaşmanın bütünü kavramına dâhil olmamakla beraber, taraflar arasında geçerli olan herhangi bir uluslararası hukuk kuralının da dikkate alınabileceği kabul edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Tütüncü, Arıkoğlu, Aktün, Başkaracaoğlu (n 105) 230-1.

110 Christian Tomuschat, 'The *Kadi* Case: What Relationship is there between the Universal Legal Order under the Auspices of the United Nations and the EU Legal Order?' (2009) 28(1) Yearbook of European Law, 655.

111 Fassbender (n 80) 22.

112 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, yargı yetkisine ilişkin inceleme yaptığı Bankoviç kararında Sözleşme'yi oluşturan prensiplerin birbirinden ayrı olarak yorumlanamayacağını belirtmiştir. Sözleşme'ye ilişkin yorumun ilgili uluslararası hukuk kuralları göz önüne alınarak, hakim uluslararası hukuk kuralları ile uyumlu olarak ve Sözleşme'nin insan hakları sözleşmesi olmasından kaynaklı özel karakteri gözardı edilmeden yapılması gerektiğini ifade etmiştir. *Vlastimir and Borka Bankoviç vd. v Belgium* vd. App No 52207/99, (ECHR (Grand Chamber Decision As to The Admissibility) 12.10.2001) para 57, <<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22languageisocode%3A%5B%22ENG%22%2C%22appno%3A%5B%2252207%2F99%22%2C%22documentcollectionid%3A%5B%22D%20ECGRANDCHAMBER%22%2C%22itemid%3A%5B%22001-22099%22%22%7D%3E>> Erişim tarihi 21.05.2018.

113 Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi ile uluslararası örgütlerin de devletler gibi yükümlülük altında tutulması, Bildirgenin büyük oranda uluslararası teamül kurallarından oluşması sebebiyle bu hususa örnek kabul edilmektedir. Fassbender (n 80) 19.

114 Peters (n 3) 781- 3; Benzer yönde görüşler için bkz. Halatçı Ulusoy (n 6) 165 dn 559.

Bireyin temel hak ve özgürlüklerinin korunmasını amaçlayan insan hakları hukuku, gerek evrensel gerekse bölgesel düzeyde yapılan sözleşmelerle normatif değer kazanmıştır. Bu sözleşmelerin önemli bir kısmı Birleşmiş Milletler bünyesinde yapılmış olsa da Birleşmiş Milletler, sözleşmelere taraf olmadığı için söz konusu sözleşmelerin Örgüt bakımından bağlayıcılığı bulunmamaktadır¹¹⁵. Ancak teamül kuralları olarak kabul edilen insan hakları kuralları uluslararası örgütler bakımından da bağlayıcılık arz etmektedir¹¹⁶.

Bunula birlikte, Güvenlik Konseyi'nin, üye devletlerden dolayı temel hak ve özgürlüklere riayet yükümlülüğü üstlendiği bu bağlamda söz konusu Sözleşmelerle bağlı olduğunu iddia eden görüşler bulunmakla birlikte¹¹⁷; devletlerin kendi iradeleri -ulusal hukuk sistemlerinde öngörülen düzenlemeleri- ile kabul ettiği sözleşmeler temelinde doğan sorumluluğun uluslararası örgütler bakımından bir bağlayıcılık doğurmayacağı, örgütlerin akdî yükümlülüklerinin ancak kurucu sözleşmesi ve taraf oldukları sözleşmeler kapsamında ortaya çıkacağı kabul edilmektedir¹¹⁸.

B. Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Bireye Yönelik Ekonomik Yaptırım Kararlarının İnsan Hakları Belgeleri Bakımından Değerlendirilmesi

İnsan hakları kavramı, sistemli ve etkin bir şekilde ilk kez Birleşmiş Milletler Şartı ile uluslararası hukuka konu olmuştur¹¹⁹. Kavram, insan hakları zemininde düzenlenen hükümlerde dolaylı olarak yer alırken bazı hükümlerde açık şekilde ifade edilmiştir. Ancak Şart düzeninde insan haklarının neler olduğu ve kapsamına ilişkin bir açıklama yapılmamıştır. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 1948 yılında kabul edilen Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi, Şart'ta öngörülen insan hakları yükümlülükleri bakımından bir referans olarak kabul edilmektedir¹²⁰. Bildirge kendi başına bağlayıcı güce sahip değildir¹²¹. Birleşmiş Milletler üyesi devletler veya Güvenlik Konseyi bakımından akdî bir bağlayıcılık içermemektedir. Ancak zaman içerisinde Bildirge insan hakları teamüllerini ispat bakımından ayrıcalıklı bir belgeye dönüşmüş ve

115 Birleşmiş Milletler Örgütü bu insan hakları Sözleşmelerine taraf değildir, çünkü birçoğu sadece devletlerin taraf olmasına izin vermektedir. Sözleşmelerle öngörülen yükümlülük sahiplerini tanımlamadaki bu kısıtlayıcı yaklaşım iş insan haklarının geleneksel olarak devlet-birey arasındaki ilişki sebebiyle korunması ihtiyacı kapsamında tasarlanan mekanizmalar grubunu oluşturmasından kaynaklanmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Fassbender (n 80) 16.

116 Öktem (n 93) 295.

117 Ayrıntılı bilgi için bkz. Sak (n 78) 182-3.

118 Bu kabulün dayanak noktalarından birisi de insan hakları sözleşmeleri ile öngörülen kavramların otonom yapısıdır. Sözleşme hükümleri bakımından devletlerin belli bir takdir marjına sahip olduğu ve kavramların doğasının toplumun ihtiyaçlarına göre şekillenebileceği kabul edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Fassbender (n 80) 18.

119 Mehmet Semih Gemalmaz, *Ulusüstü İnsan Haklarının Genel Teorisine Giriş Cilt 1* (8th edn, Legal 2012) 9.

120 Bildirge, devletlerin insan hakları yükümlülüklerinin kapsamı hususunda rehber niteliği kazanarak uluslararası ve ulusal yargı mekanizmaları tarafından destekleyici norm olarak kullanılmıştır. Gemalmaz, *Cilt 1* (n 119) 63-76.

121 Uluslararası örgüt kararları doğrudan bağlayıcı etkisi olmasa da teamülün dolaylı kaynağını oluşturmada ve delili niteliğinde görülmektedir. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu kararlarının hukuki etkisinin değerlendirilmesinde bu organın oluşumu ve yetki alanı da kuşkusuz önemli rol oynamaktadır. Öğretide bu yönüyle kararların yarı-kanun koyucu niteliğe sahip olduğunu ileri süren görüşler bulunmaktadır. Birleşmiş Milletler Genel Kurul kararlarının teamül hukukunun oluşumunda oynadığı rol hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Öktem (n 93) 163-8.

Bildirge’de beyan edilen insan hakları normları teamül kuralı niteliğini haiz olduğu ölçüde uluslararası hukukun kişileri bakımından bağlayıcı nitelik kazanmıştır¹²².

Evrensel Bildirge’de esas alınan haklar listesinin sözleşme formunda belgelerde toplanması ise 1966 yılında Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi¹²³ ve Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi¹²⁴ ile gerçekleşmiştir.

Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi’nde birinci kuşak haklar düzenlenirken; Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi’nde ikinci kuşak haklara yer verilmiştir. Bu belgeler birbirini tamamlar niteliktedir. Nitekim Sözleşmelerin başlangıç bölümünde Birleşmiş Milletler Şartı’na ve Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi’ne atıf yapılmıştır. Sözleşmeler taraf devletler tarafından bağlayıcı olmakla birlikte; Sözleşmelere taraf olmayan Birleşmiş Milletler Örgütü bakımından ancak teamül niteliğini kazanan insan hakları hükümleri bağlamında bağlayıcılık arz etmektedir¹²⁵. Sözleşmeler ile devletler, hiçbir ayırım gözetmeksizin yetkilerine tabi tüm bireyler bakımından Sözleşmeler ile tanınan haklara saygı göstermeyi ve bunları güvence altına almayı, ulusal hukuklarını öngörülen standartlara uyumlu hale getirmeyi kabul etmiştir¹²⁶.

Bölgesel düzlemde yapılan düzenlemeler de benzer şekilde Evrensel Bildirge ve Birleşmiş Milletler Şartı’nda yer alan haklara saygı gösterilmesini sağlama amacına yöneliktir¹²⁷. Bu bağlamda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi¹²⁸, insan haklarının

122 Uluslararası Adalet Divanı Namibya Danışma Görüşü’nde, Yargıç Ammoun karşı oy yazısında Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi’nin akdi bir bağlayıcılığının bulunmadığı ancak teamül kuralların kodifikasyonunu oluşturduğu gerekçesi ile Uluslararası Adalet Divanı Statüsü 38. maddesi kapsamında değerlendirileceğine yer verilmiştir. *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Order of 29 January 1971, I.C.J. Reports 1971, p.12*, Separate Opinion of Vice-President Ammoun, 76, <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/53/053-19710621-ADV-01-02-EN.pdf>> Erişim tarihi 03.12.2017.

Benzer şekilde Tahran Rehineler Davasında da Bildirge, uluslararası hukukta bağlayıcı niteliği haiz belge olarak kabul edilmiştir. *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Judgment, I. C. J. Reports 1980, p. 3, 42*, <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/64/064-19800524-JUD-01-00-EN.pdf>> Erişim tarihi 03.12.2017.

123 International Covenant on Civil and Political Rights, UNTS, vol. 999, p. 171. Türkiye Sözleşme’yi 15.09.2000 tarihinde imzalamıştır. Sözleşme 04.06.2003 tarih ve 4868 sayılı Kanunla uygun bulunmuş ve 07.07.2003 tarih ve 2003/5851 sayılı Bakanlar Kurulu Kararnamesi ile kararlaştırılmıştır. Bakanlar Kurulu Kararnamesi ve ekli Sözleşme 21.07.2003 sayılı ve 25175 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. Türkiye, onay belgelerini 15.09.2003 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliği’ne tevdi etmiş ve 49. madde uyarınca, Sözleşme Türkiye bakımından 23.12.2003 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir.

124 International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, UNTS, vol. 993, p. 3. Türkiye Sözleşme’yi 15.08.2000 tarihinde imzalamıştır. Sözleşme’nin onaylanması 4 Haziran 2003 tarihli ve 4867 sayılı Kanunla uygun bulunmuş ve 10.07.2003 tarih ve 2003/5923 sayılı Bakanlar Kurulu Kararnamesi ile kararlaştırılmıştır. Bakanlar Kurulu Kararnamesi ve ekli Sözleşme 11.08.2003 tarih ve 25196 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. Türkiye, onay belgelerini 23.09.2003 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliği’ne tevdi etmiş ve 27. madde uyarınca, Sözleşme Türkiye bakımından 23.12.2003 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir.

125 Sak (n 78) 182-4.

126 Devletlerin ulusal mevzuatlarının uluslararası sözleşmelerle uyumlu olması Sözleşmelerle öngörülen yükümlülüklerin yerine getirilmesinin ön koşulu olarak ifade edilmekte, ulusal makamların makul ve uygun tedbirler alarak bireyin hakkını koruması gerektiği kabul edilmektedir. Bu düzenlemelerin etkin nitelikte olması, uygulanabilirliğinin sağlanması bakımından gerekli görülmektedir. Mehmet Semih Gemalmaz, *Ulusüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş Cilt 2* (8th edn, Legal 2012) 541-3; Lopez- Jacoiste (n 4) 318-9.

127 Gemalmaz, *Cilt 2* (n 126) 7.

128 Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms as amended by Protocols No. 11 and No. 14, European Treaty Series - No. 5, Council of Europa <<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680063765>> Erişim tarihi 01.03.2018. Türkiye, Sözleşme’yi 04.11.1950 tarihinde imzalamıştır. 10.03.1954 tarih ve 6366 sayılı Onay Kanunu, 19.03.1954 tarih ve 8662 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. Onay belgeleri, 18 Mayıs 1954 tarihinde Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği’ne tevdi edilmiş ve Sözleşme, Türkiye bakımından bu tarihte yürürlüğe girmiştir.

kurumsallaşmasına sunduğu katkı bakımından en önemli düzenlemelerden birini oluşturmaktadır. Sözleşme'nin ilk maddesi ile tarafların kendi yetki alanlarında bulunan herkese, Sözleşme ve Ek Protokolleri ile kabul edilen hak ve özgürlükleri tanyacakları ifade edilmiştir.

Birleşmiş Milletler sistemi de dahil olmak üzere doğrudan yargısal bir denetime tabi tutulmayan Konsey kararlarının uluslararası alandaki yargısal denetimi ancak insan hakları sözleşmeleri ile kurulan sistem dahilinde devletin ulusal düzenlemeleri üzerinden dolaylı olarak gerçekleştirilmektedir. Kararlar bireyler üzerinde doğrudan uygulanma kabiliyetine haiz olmadığından devlet tasarrufları aracılığı ile uygulanmakta ve sözleşmelerle korunan temel hak ve özgürlüklere aykırılık içerdiği ölçüde uluslararası insan hakları hukuku sahasında tartışılmaktadır.

Ancak bu denetimde dâhi devletlerin, Güvenlik Konseyi kararlarının insan hakları sözleşmeleri bakımından sağlanan koruma kapsamında değerlendirilmeyeceğini ifade ederek yetkisizlik iddiasında bulunduğu görülmektedir. Bu iddialar Şartın 25. ve 103. maddeleri gereğince üye devletler bakımından öngörülen yükümlülükler ve ihlal iddialarına sebep olan eylemlerin devlete atfı temelinde şekillendirilmektedir. Bu bağlamda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin *Nada/İsviçre* kararı, Mahkeme'nin yetkisizliğine ilişkin iddiaların yer alması bakımından önemli kabul edilmektedir. Davada, İsviçre, Şart'ın 25. ve 103. maddeleri gereğince Güvenlik Konseyi'nin bireye yönelik yaptırım kararlarını uygulamaktan doğan yükümlülüğünün her türlü uluslararası andlaşmadan doğan yükümlülüklerinden daha üstün olduğunu dolayısıyla bu kararlarla öngörülen tedbirleri uygulamasından dolayı Sözleşme bağlamında bir sorumluluğunun doğmayacağını ifade ederek başvurunun kişi ve konu bakımından yetkisizlik gerekçesiyle reddedilmesi gerektiğini ileri sürmüştür¹²⁹.

Davaya müdahil olan Fransa ise, İsviçre'ye benzer şekilde Güvenlik Konseyi kararına dayanan bu tedbirlere diğer uluslararası yükümlülükler karşısında öncelik tanınması gerekliliği üzerinde şekillendirdiği yetkisizlik iddiasını, Sözleşme'nin 1. maddesi bağlamında temellendirerek, söz konusu ihlallerin İsviçre'nin *yetkisi*¹³⁰ dâhilinde değerlendirilmemesi gerektiğini ifade etmiştir¹³¹. Fransa, iddiasını *Behrami / Fransa ve Saramati/ Fransa, Almanya, Norveç* kararına¹³² yaptığı atıfla gerekçelendirmiştir. *Behrami* kararı, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin

129 *Nada v Switzerland*, para 102- 103.

130 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ilk maddesi ile tarafların kendi yetki alanlarında bulunan herkese, Sözleşme ve Ek Protokolleri ile kabul edilen hak ve özgürlükleri tanyacakları ifade edilmiştir. Hüküm, Sözleşmenin uygulama alanı açısından belirleyici nitelikte olmakla birlikte uluslararası hukuktaki yetki kavramından farklı şekilde yorumlanmıştır. Sözleşme kapsamında *yetki*, devletin düzenleme ve uygulama yetkisinden ziyade devletin Sözleşme hükümlerini uygulama yükümlülüğü üzerine kuruludur. Mahkeme, *Nada/ İsviçre* kararında yetkisini temellendirirken de bu yönde yorumda bulunmuştur. Bkz. *Nada v Switzerland*, para 117- 123.

131 *Nada v Switzerland*, para 107.

132 *Behrami and Behrami v France* App No 71412/01 *Saramati v France, Germany and Norway* App No 78166/01 (ECHR-Decision As to The Admissibility of 02.05.2007), <http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-80830> Erişim tarihi 07.12.2018. Bundan sonra *Behrami* kararı olarak kısaltılacaktır.

Şart'ın VII. Bölümü çerçevesinde aldığı 1244 (1999) sayılı Karar ile kurulan KFOR (Kosova Güvenlik Gücü) ve UNMIK'e (Birleşmiş Milletler Kosova Sivil Yönetimi) ait tasarrufların Konsey kararı ile Kosova'ya birlik gönderen Birleşmiş Milletlere üye devletlerin mi yoksa bizatihi Örgüt'ün mü sorumluluğu altında gerçekleştiğinin tespitine ilişkindir. Mahkeme, ilgili davada Birleşmiş Milletlerin yardımcı organı olması sebebi ile UNMIK'in; operasyonlarda üzerinde denetim yetkisine sahip olduğu sebebi ile KFOR'un eylemlerinin Birleşmiş Milletlere atfedileceğini belirterek yetkisizlik kararı vermiştir¹³³. Fransa da bu karardan hareketle Birleşmiş Milletlere üye devletlerin Güvenlik Konseyi'nin Şart'ın VII. Bölümü kapsamında verdiği kararları uygulamak üzere alınan ulusal tedbirlerin Şart'tan kaynaklanan bir yükümlülük olduğunu belirtmiştir. Bu bağlamda Birleşmiş Milletlere üye devletlerce, bu yükümlülüğü yerine getirmek üzere gerçekleştirilen tasarrufların, Şart'ın 103. maddesi ile birlikte değerlendirildiğinde, Behrami davasından farklı olarak devletin ülkesinde gerçekleşse dahi, Birleşmiş Milletlere atfedilmesi gerektiğini ve dolayısıyla bu tedbirlerin uygulanmasından kaynaklanan sorumluluğun da Birleşmiş Milletlere ait olduğunu belirterek Mahkeme'nin kişi bakımından yetkisiz olduğunu ileri sürmüştür¹³⁴. Bununla birlikte; Fransa, Güvenlik Konseyi kararlarının uygulanmasını konu alan tedbirlere ilişkin daha önceki uyuşmazlıklarda, Mahkeme'nin değerlendirmelerini, Güvenlik Konseyi kararını iç hukuka aktaran ulusal hukuk düzenlemeleri üzerinden gerçekleştirdiğine dikkat çekmiştir.

Davaya müdahil olan Birleşik Krallık ise, Şart hükümlerinden hareketle Sözleşme ile koruma altına alınan haklar karşısında Konsey kararlarının öncelikli olarak uygulanmamasının uluslararası barış ve güvenliğin korunmasını amacı güden yaptırım rejiminin etkililiğini tehlikeye düşüreceğini ifade etmiştir¹³⁵.

Güvenlik Konseyi kararına dayanan tasarrufların ve bunların sonucunda doğan ihlallerin Birleşmiş Milletlere atfedilip atfedilemeyeceği, her somut olay bağlamında, devletin ve uluslararası örgütlerin sorumluluğunu düzenleyen uluslararası hukuk kuralları çerçevesinde değerlendirilebilecek bir husustur. Bununla birlikte kaynağını Konsey kararından alan tedbirlerin peşinen Birleşmiş Milletlere atfedilmesinin kabulü, devletler için insan haklarına ilişkin yükümlülüklerinden bir kaçış noktası olarak görülerek insan haklarının korunmasını amacıyla kurulan sistemleri tehdit edebilecektir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Behrami kararında, Güvenlik Konseyi kararı ile kurulan ve dava sonucu tasarrufları Güvenlik Konseyi'ne atfedilen yapılanmaların

133 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Uluslararası Örgütlerin Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddelerden yararlanarak söz konusu Güvenlik Konseyi kararında KFOR ve UNMIK için öngörülen yetkilendirme ve denetim yapısı üzerinden değerlendirme yapmıştır. *Behrami and Behrami v France, Saramati v France, Germany and Norway* para 121-122.

134 *Nada v Switzerland*, para 108- 110.

135 *Nada v Switzerland*, para 111.

tasarrufları üzerinden karar vermiştir. Oysa Nada/İsviçre kararında, davaya konu tasarruf, her ne kadar Güvenlik Konseyi yaptırım kararının uygulanmasını sağlamak üzere gerçekleştirilmiş olsa da İsviçre'nin ulusal hukuki işlemlerine dayanmaktadır. Söz konusu işlemlerin devlete atfedilebilmesi için Konsey kararlarının ayrıca bir ulusal hukuk düzenlemesine aktarılmasına ihtiyaç yoktur. Güvenlik Konseyi kararlarının hangi esas ve usuller çerçevesinde uygulanacağı konusunda devletler serbest bırakılmıştır. Bu sebeple Karara konu ihlalin kime atfedileceğine ilişkin bir ihtilaf bulunmamaktadır¹³⁶.

İsviçre Hükümeti, müdahil Fransa ve Birleşik Krallık'ın Mahkeme'nin yetkisizliğine ilişkin iddialarının çıkış noktasını Güvenlik Konseyi kararlarının uluslararası hukuktaki değeri/niteliği oluşturmaktadır. Ancak Mahkeme burada doğrudan Güvenlik Konseyi kararları üzerinde bir yargısal denetim gerçekleştirilmemektedir. Mahkeme, Konsey kararlarının Şart hükümlerince sahip olduğu hukuki niteliklerini yadsımadan, hatta zaman zaman Şart hükümlerine atıfta bulunarak, devletlerin ulusal düzlemde gerçekleştirdiği tasarrufları incelemektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümleri ile Şart hükümleri arasında bir öncelik-sonralık ilişkisi kurmaktan kaçınmakta, yetkisini üye devletlerin Konsey kararlarını uygularken sahip olduğu takdir yetkisine dayandırmaktadır. Bu takdir yetkisinin tespitine ilişkin yaptığı incelemeler sırasında ise Güvenlik Konseyi'nin görev ve yetkilerini kullanırken Birleşmiş Milletlerin amaç ve ilkelerine uygun hareket edeceğine ilişkin Şart hükmü doğrultusunda, karara üye devletlere insan haklarını ihlallerine yol açacak herhangi bir yükümlülük dayatmadığı varsayımı ile yaklaşılması gerektiğini ifade etmektedir¹³⁷. Bir belirsizlik durumunda ise herhangi bir yükümlülük çatışmasından kaçınan ve Sözleşme gereklerine en çok uyan yorumun dikkate alınması gerektiğini kabul etmektedir¹³⁸.

Maddi ve usuli unsurları bakımından temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması sonucunu doğuran Konsey kararlarının uygulanmasından doğan sınırlamalar özellikle adil yargılanma, etkili başvuru, mülkiyet hakkı ve seyahat özgürlüğü ekseninde tartışılmaktadır.

136 *Nada v Switzerland*, para 121.

137 *Al-Jedda v United Kingdom* App No 27021/08 (ECHR 07.07.2011) para. 102, <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-105612>> Erişim tarihi 07.12.2018. Benzer yönde *Nada v Switzerland*, para 115.

138 Mahkeme, Birleşmiş Milletlerin “*insan hakları ve temel özgürlüklere saygının geliştirilip güçlendirilmesi*” amaç ve ilkesi doğrultusunda Şart'tan doğan yükümlülüklerin Sözleşme hükümlerine uygun şekilde yorumlanarak uygulanması gerektiğini kabul etmiştir. Güvenlik Konseyi'nin, devletlerden insan hakları hukukundan kaynaklanan yükümlülükleriyle çatışabilecek özel tedbirler alınması istediği takdirde bunu açık ve net bir dil kullanarak belirtmesi gerektiğini ifade etmiştir. *Al Jedda v United Kingdom*, para 102.

1. Adil Yargılanma Hakkı

Adil yargılanma hakkı¹³⁹ usuli güvenceler altında nesnel bir yargılama sonucunda adil bir karara varmayı güvence altına almaktadır¹⁴⁰. Öğretide, hakkın kapsayıcı niteliği ve temel özelliklerinden ötürü teamül kuralı niteliği kazandığı ve hatta *jus cogens* nitelikte olduğu savunan görüşler bulunmaktadır¹⁴¹. Uygulamada ise yargısal denetim mekanizmaları bu yaklaşıma karşı ihtiyatlı davranmakta, insan haklarının korunması bakımından merkezi bir konumda olsa dahi hakkın *jus cogens* norm olarak değerlendirilemeyeceğini kabul etmektedir¹⁴².

Adil yargılanma hakkı; mahkemeye erişim, bağımsız ve tarafsız mahkemede hakkaniyete uygun şekilde, makul sürede yargılanma ve savunma hakkı kapsamında bilgiye erişim, gerekçeli karar, kanunilik, belirlilik, delillere ulaşma gibi yargılanma sürecinin tamamına yönelik birçok usuli ilkeyi bünyesinde barındırmaktadır¹⁴³.

Güvenlik Konseyi'nin yaptırım kararları ise esas itibarıyla bireyin terörizmin finansmanını desteklediğinden veya karara konu ihlalleri gerçekleştirdiğinden, yani herhangi bir yargı sürecine tabi olmaksızın varılan bir kabulden hareketle uygulanan yaptırımlar olduğu için doğası itibarıyla adil yargılanma hakkının ruhuna aykırılık oluşturmaktadır. Komitelerin hazırladıkları listelerin oluşturulması, kişi

139 Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi'nin 10. maddesi ile herkesin, hak ve yükümlülükleri belirlenirken ve kendisine bir suç yüklenirken, davasının bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından hakça ve açık olarak görülmesini isteme hakkına sahip olduğu kabul edilmiştir. Adil yargılanma hakkı, Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 14. maddesinde ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde ise, herkesin davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esas konusunda karar verecek olan, kanunla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahip olduğu düzenleme altına alınmıştır. Madde ile adil yargılanma hakkı güvence altına alınmış; ancak adil yargılanma isteme hakkı '*medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar*' ile ilgili olarak sınırlandırılmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 6. maddedeki kavramları yorumlarken, davalı devletin ulusal hukukundaki tasnifleri esas almamakta, bu kavramların özerk niteliğinden hareketle ulusal hukuktaki tanımından bağımsız Sözleşme'nin amacına uygun şekilde yorumlaması gerektiğini kabul etmektedir. Tacettin Şimşek, 'Danıştay Kararlarında İHAS ve İHAM'ın Etkisi' (2015) 4(7) AHD 108; Lopez- Jacoiste (n 4) 326.

140 Sibel İnceoğlu, *Adil Yargılanma Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi –4* (Avrupa Konseyi 2018), 1.

141 Lopez- Jacoiste (n 4) 326; Hudson (n 67) 216.

142 *Al-Dulimi And Montana Management Inc. v Switzerland* App. No. 5809/08 (ECHR 21.06.2016), para 136. 1990'da Kuveyt'in Irak tarafından işgal edilmesi üzerine, Güvenlik Konseyi, üye olan ve üye olmayan devletleri; Irak'a yönelik genel ambargo ve Irak tarafından el koyulan Kuveyt kaynaklarına ilişkin olarak uygulanan ambargoya dayalı olarak, Birleşmiş Milletler Yaptırımlar Komitesi'nin belirlediği listede adı bulunan isimlerin malvarlıklarına el konulması, ekonomik kaynakların dondurulması ve Irak Kalkınma Fonu'na aktarılmasına dair kararlar almıştır. Yaptırım komitesi Kasım 2003'te, eski Irak rejiminin liderlerinin ve bu kişilerin yakınlarının listesini hazırlamak ve bunlara ait olan veya adlarına eylemde bulunan veya denetimleri altında olan diğer kişilere ait olan varlıkları tespit etmekle görevlendirilmiştir. İsviçre Federal Konseyi 1990'da eski Irak Hükümeti ve kıdemli hükümet görevlilerinin ve bunlar tarafından yönetilen şirket ve kuruluşların varlıklarının ve ekonomik kaynaklarının dondurulmasına ilişkin tedbirler öngören bir karar vermiştir. Malvarlıklarına el koyulan başvuru sahiplerinin önce isimlerini listeden çıkarmak için Yaptırımlar Komitesi'ne yaptıkları başvuru, sonra iç hukukta yaptıkları yargısal başvuru reddedilmiştir. İsviçre Federal Mahkemesi, "İsviçre hükümetinin Güvenlik Konseyi'nin kararlarını uygulama" yükümlülüğüne dayanarak başvuru sahiplerinin şikayetlerini haklı bulmamıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise uluslararası yükümlülüklerden kaynaklınsa dahi devletlerin Sözleşme'nin 6. maddesi çerçevesinde mahkemeye erişim hakkını güvence altına alması gerektiğini belirterek, yeterli usuli güvenceler sağlanmaması sebebiyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-16451> Erişim tarihi 02.03.2019

143 İnceoğlu (n 140) 3 ff.

ve kuruluşların listeye eklenmesi ve çıkarılması hususunda yeteri kadar güvenilir olmayan bilgilerin dayanak alındığı, Birleşmiş Milletler Analitik Destek ve Yaptırımları İzleme Takımı tarafından da kabul edilmiştir¹⁴⁴. Listeleme usulü, açık ve adil olmaması, bağımsız bir mekanizma tarafından incelenmemesi; bu listeler sonucunda alınan yaptırım kararları ise süre ile sınırlandırılmaması, herhangi bir soruşturma veya kovuşturma şartına yer vermemesi ve yaptırım uygulanan kişilere yeterli bilgi verilmemesinden hareketle savunma hakkının ihlal edildiği hususunda eleştirilmiştir¹⁴⁵. Yaptırım kararlarını inceleyen yargı makamları da bu eleştirileri teyit eder nitelikte adil yargılanma ve etkili başvuru hakkının ihlal edildiği yönünde karar vermiştir. Bu gelişmeler sonucunda listeleme usulü gözden geçirilmiş ve yaptırım uygulanan kişilere bildirim yapılması hususunda iyileştirilmeler yapılarak şeffaflığın artırılması hedeflenmiştir¹⁴⁶. Obdusman merkezlerinin kurulması, listelere itiraz başvurusu yapma hakkının bireylere tanınması denetiminin sağlanması hususunda önemli bir adımı oluşturmaktadır. Ancak çözümün büyük ölçüde diplomatik kanallar üzerinden sağlanması, bağımsız ve tarafsız bir denetim mekanizmasının oluşturulamaması sebebiyle yapılan düzenlemeler yeterli kabul edilmemektedir¹⁴⁷. Bununla birlikte kararların denetimine ilişkin geliştirilen usuller genel olarak terörizmin önlenmesi kapsamında verilen kararları kapsamaktadır. Ağır insan hakkı ihlallerinin önlenmesine ilişkin alınan kararlar bakımından benzer mekanizmalar henüz oluşturulmamıştır¹⁴⁸.

Adil yargılanma hakkının varlığı, etkili başvuru hakkının kullanıldığı bir bağımsız ve tarafsız yargı denetimi ile mümkündür. Birleşmiş Milletler sisteminde Güvenlik Konseyi kararlarının denetiminin sağlanması bakımından hukuki bir denetim mekanizması öngörülmemiştir. Bireye yönelik Güvenlik Konseyi kararları nitelikleri gereği bir uluslararası hukuk işlemi olmalarının yanı sıra devletler aracılığı ile uygulandığından her devletin benimsemiş olduğu usul kapsamında ulusal hukuk işlemidir. Bu bağlamda söz konusu kararların hem uluslararası hem de ulusal alanda hukuki denetimi sorunu ortaya çıkmaktadır.

Uluslararası Adalet Divanı Denetimi

Birleşmiş Milletler Şartı'nda Konsey kararlarına karşı Uluslararası Adalet Divanı'na hukuka uygunluk denetimi yapma yetkisi verilmemiştir¹⁴⁹. Ancak öğretilerde

144 First report of the Analytical Support and Sanctions Monitoring Team appointed pursuant to resolution 1526 (2004) concerning Al-Qaida and the Taliban and associated Individuals and Entities, <http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/2004/679> erişim tarihi 06.04.2018.

145 Lopez- Jacoiste (n 4) 311-5.

146 Halatçı Ulusoy (n 6) 152-3.

147 Lopez- Jacoiste (n 4) 313-5; Tomuschat, (n 110) 661-2.

148 Juliane Kokott & Cristoph Sobotta 'Kadı Davası- Temel Anayasal Değerler ve Milletlerarası Hukuk Arasında Bir Denge Sağlanabilir Mi?' Çev. Celalettin Dönmez (2016) Ankara Barosu Dergisi, 348.

149 Birleşmiş Milletler sistemi içinde organlar arasında bir hiyerarşi öngörülmemiş, organların işlevleri bakımından tamamlayıcı nitelikte olduğu kabul edilmiştir. Akande (n 4) 313.

yetkilendirme yapılmamış olmasının Divan'ın denetim yapmasını engelleyecek nitelikte belirleyici bir temel unsur olarak görülemeyeceği; “*yasaklanmamış olan caizdir*” ilkesi gereği Divan'ın hukuki denetim gerçekleştirme yeteneğinin bulunduğu ileri sürülmektedir¹⁵⁰. Ancak bu görüntüde dâhi, ilke olarak *jus cogens* normların ihlalinden dolayı bir hukuka uygunluk denetiminin mümkün olabileceği kabul edilerek; Konsey'in, Şart'ın 24. maddesi gereğince sahip olduğu takdir marjının böyle bir iddianın nadir biçimde ileri sürülmesine olanak tanıyacak genişlikte olduğu ifade edilmektedir¹⁵¹. Şart'ın 39. maddesi ile barışın tehdit edildiği, bozulduğu veya bir saldırı eyleminin tespiti hususunda Konsey'e verilen takdir yetkisinin ise siyasi nitelikte olduğu ve yargısal denetime tabi olmadığı kabul edilmektedir¹⁵².

Uygulamada ise Divan, önüne gelen davalarda Konsey kararlarının geçerliliğine dolayı olarak değinmiştir¹⁵³. Divan, Namıbya Danışma Görüşünde, Güvenlik Konseyi kararlarının geçerliliği veya Şart'a uygunluğu sorununun bir danışma görüşü talebinin konusunu oluşturamayacağını belirtmiş ancak bu durumun kararların geçerliliğine ilişkin incelemeyi yapmasına engel teşkil etmediğine dikkat çekerek kendisini tamamen çemberin dışında bırakmamıştır¹⁵⁴. Ancak Divan'ın danışma görüşleri bağlayıcı olmadığı için burada ancak dolaylı bir denetimin varlığı kabul edilmektedir¹⁵⁵.

Konsey tarafından daha önce karar alınan bir hususta devletlerin arasında uyumsuzluk doğması durumunda Uluslararası Adalet Divanı'nın dolaylı olarak karar üzerinde bir denetim yetkisi doğabilir. Böyle bir durumda Divan'ın dolaylı olarak Konsey kararlarının geçerliliğini inceleme yetkisi olduğu savunulmaktadır¹⁵⁶. Divan, benzer şekilde önüne gelen Lockerbie Davası'nda Güvenlik Konseyi kararının geçerliliğini denetlememiş ancak *ultra vires* sebebiyle geçersiz olduğuna karar verebileceğini zımni olarak ifade etmiştir¹⁵⁷. Ancak Divan kararları, sadece davanın tarafı olan devletler açısından bağlayıcılık doğurmaktadır. Bu sebeple Konsey'in kararının *ultra vires* olduğuna ilişkin Divan kararı evrensel bir bağlayıcılığa sahip olmayacak sadece söz konusu davanın tarafı devletler açısından bağlayıcılık doğuracaktır¹⁵⁸.

150 Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Göçer, 'Yetki Çatışması' (n 88) 704-5.

151 Göçer 'Yetki Çatışması' (n 80) 705.

152 Akande (n 4) 338.

153 Sak (n 78) 185.

154 *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia*, para 88-9.

155 Akande (n 4) 333; Halatçı Ulusoy (n 6) 120.

156 Göçer 'Yetki Çatışması' (n 88) 704; Akande (n 4) 331-2.

157 *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v United Kingdom)*, Provisional Measures, Order of 14 April 1992, I.C.J. Reports 1992, p. 3, 114.

158 Güvenlik Konseyi'nin *ultra vires* nitelikte olduğu kabul edilen kararlarının devletler açısından bağlayıcı niteliğe sahip olmayacağı kabul edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Akande (n 4) 334-5; Fragmentation of International Law: Difficulties Arising From The Diversification And Expansion of International Law, para 331.

Bununla birlikte, Birleşmiş Milletler Şartı ile Uluslararası Adalet Divanı'na, Güvenlik Konseyi kararını hukuka aykırı bulduğunda iptal etme yetkisi verilmediğinden; Divan, böyle bir durumda sadece hukuka aykırılık tespiti yapmaktaydık.

Güvenlik Konseyi'nin insan hakkı ihlallerine yol açan kararlarına karşı bir hukuki himaye öngörülmemiştir¹⁵⁹. Güvenlik Konseyi kararlarına karşı Uluslararası Adalet Divanı'na başvuru mümkün kabul edilse dahi bireysel başvuru yolu kapalı olduğundan Konsey'in bireye yönelik yaptırım kararları bakımından bir denetim sağlanamayacaktır¹⁶⁰. Bununla birlikte Konsey kararları bireye yönelse dahi devletler aracılığı ile uygulandığından doğrudan Birleşmiş Milletler Örgütü'nün sorumlu tutulması zorlaşmaktadır¹⁶¹. Konsey üyesi olup söz konusu kararlarda oy kullanan devletlerin insan hakları sorumluluğunun devam ettiğine ilişkin görüşler bulunmaktadır¹⁶². Ancak Güvenlik Konseyi karar mekanizmasında yer alan üye devletler bu işlemlerde egemenlik yetkisini kullanmamakta; Örgüt'ün bir organı olarak hareket etmektedir. Üye devletler akdî bağlılıkları gereği her ne kadar insan hakları sözleşmelerine aykırı hareket etmemeleri gerekse de bu işlemler bakımından bağımsız bir tasarruf yetkisinin varlığı kabul edilmemektedir¹⁶³.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Denetimi

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile '*medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar*' ile ilgili olarak adil yargılanma hakkının varlığı kabul edilmiştir. Mahkeme, adil yargılanma hakkı çerçevesinde yaptığı değerlendirmeyi Sözleşme ile koruma altına alınıp alınmadığını bakmaksızın, Sözleşmeci Devletin ulusal düzenlemeleri ile koruma altına alınan hak ve yükümlülüklerle ilişkin uyuşmazlıklar temelinde gerçekleştirdiğini belirtmiştir¹⁶⁴. Mahkeme'nin davada yetkili olması için uyuşmazlığa konu ihlalin yöneldiği hakkın

159 Arsava, 'Güvenlik Konseyi' Kararlarına Karşı İnsan Hakları Himayesi' (n 95) 3; Sak (n 78) 186.

160 Uluslararası hukuk kural olarak devletlerarası ilişkileri düzenlemesine karşı devletlerin bireylerin haklarını ihlal etmesi halinde başvurulabilecek uluslararası mekanizmalar da geliştirilmiştir. Ancak uluslararası örgütlerin bireylerin haklarını ihlal etmesi halinde başvurulabilecek mekanizmalar hususunda benzer bir gelişim görülmemektedir. Uluslararası örgütlerle bireyler arasındaki ilişkilerin kurallara bağlanması gerekmektedir. Bununla birlikte Uluslararası Adalet Divanı'nın yargı yetkisinin genişletilmesi gerektiği bu bağlamda devletlerin danışma görüşü talep edebilmesi ve bireylerin yargı mekanizmasına dâhil edilmesini gerektirdiği savunulmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Halaçı Ulusoy (n 6) 134.

161 Sak (n 78) 185.

162 Güvenlik Konseyi'ne üye devletlerin karar mekanizmasında otorite kaynağı olmaya devam ettiklerinden hareketle her üye devletlerin sorumluluğunun devam ettiği düşüncesine dayanmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Peters (n 3) 776. Bu görüşten hareketle, Güvenlik Konseyi karar mekanizmasında yer alan devletlerin, sonraki tarihlilerde insan hakları sözleşmelerinden kaynaklanan sorumluluklarının devam ettiği savunulmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Arsava, 'Güvenlik Konseyi' Kararlarına Karşı İnsan Hakları Himayesi' (n 95) 3-4.

163 Şart'ın 24. maddesinde Güvenlik Konseyi'nin, Birleşmiş Milletler'e üye devletler adına hareket ettiği belirtilmiştir. Bu bağlamda Güvenlik Konseyi Örgütü üye devletlerden ayrı kurumsal bir otorite olarak kabul edilmektedir. Kendisine üye devletlerden farklı yetki alanının tanınması da bunu kanıtlar niteliktedir. Bununla birlikte; Güvenlik Konseyi'ne üye devletler yetkileri dâhilinde görevlerini yerine getirirken Birleşmiş Milletler üyelerine hatta uluslararası topluma karşı sorumlu kabul edilmektedir. Bu sorumluluğa uygun hareket etmeleri gerektiğinden -bir denetim aracı olarak- Konsey'e üye devletlerin de tamamen gözmezden gelinmemesi gerektiği savunulmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Peters (n 3) 776-8.

164 *Al-Dulimi And Montana Management Inc. v Switzerland*, para 97.

Sözleşme ile korunma altına alınması aranmamış; devlet, ulusal düzeni bağlamında kabul ettiği hak ve yükümlülükler bakımından adil yargılanma hakkını sağlamakta yükümlü kılınmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Al Dulimi davasında, Güvenlik Konseyi kararlarına dayalı olarak malvarlığının kullanımı üzerinde sonuç doğuran idari işlemleri adil yargı hakkı kapsamında değerlendirmiştir. Davada, İsviçre, ulusal düzenlemeleri gereğince Güvenlik Konseyi kararlarının doğrudan uygulanma yeteneğini haiz olduğunu ve bu usulün başvuru sahiplerinin haklarına yönelik İsviçre yetkili makamlarının müdahalesini engellediğini ifade etmiş, İsviçre makamlarının yaptırım listesine isim ekleme ya da çıkarmaya ilişkin bir yetkisi olmadığını belirterek ihlali iddia olunan adil yargı hakkı bakımından Mahkeme'nin yetkisiz olduğunu ileri sürmüştür¹⁶⁵. İsviçre, yaptırım listesi kararlarının, öngörülen tedbirlerle uygulama alanı bulmasından hareketle iki durumun birbirinden ayrı değerlendirilmemesi gerektiğini belirterek, yaptırım listesinden isimlerin silinmesine yetkili olmayan İsviçre Federal Mahkemesi'nin söz konusu tedbirleri de incelemeye yetkili olmadığını ifade etmiştir¹⁶⁶. Mahkeme ise, Güvenlik Konseyi kararlarının ulusal hukuk düzeninde uygulanması açısından benimsenen usulün yargısal denetim bakımından bir engel oluşturmadığını belirtmiştir. Kaynağını Güvenlik Konseyi yaptırım kararından alsa dahi İsviçre yetkili makamlarınca bireyin temel hak ve özgürlüklerine ilişkin bir sınırlama getirildiğini belirterek yetkisizlik iddialarını reddetmiştir¹⁶⁷. Bunun üzerine İsviçre, Konsey yaptırım kararlarının devletlere bir takdir yetkisi vermediğine değinerek uluslararası barış ve güvenliğin korunması amacını taşıyan tedbirlerle, mutlak nitelikli olmayan adil yargılanma hakkının orantısız şekilde sınırlandırılmadığını ifade etmiştir¹⁶⁸. Güvenlik Konseyi'nin 1730 (2006) sayılı kararı ile kurulan “*Odak Noktasının*” insan haklarının korunması hususunda Sözleşme ile öngörülen standartlarda olmasa bile ilgili korumayı sağladığını belirtmiştir¹⁶⁹.

Mahkeme ise, adil yargılanma hakkı kapsamında mahkemeye erişimin mutlak bir hak olmadığını, sınırlandırılması hususunda devletlerin bir takdir marjına sahip olduğunu teyit etmiş ancak bu sınırlandırmanın hakkın özüne dokunmaksızın, meşru amaca yönelik ve orantılı olması gerektiğini vurgulamıştır¹⁷⁰. Federal Mahkeme'nin

165 İsviçre, Birleşmiş Milletlere üye devletlerin, Şart'ın 25. ve 103. maddeleri gereğince Güvenlik Konseyi kararlarını uygulamakla yükümlü olduğundan davaya konu yaptırımların uygulanmasına ilişkin bir takdir yetkisi olmadığını belirterek Mahkeme'nin kişi bakımından yetkisiz olduğunu da ileri sürmüştür. Mahkeme ise Sözleşme'nin 1. maddesi gereğince devletin, organlarının eylem ve ihmallerinden sorumlu olduğunu belirtmiş; bu eylem veya ihmallerin ulusal veya uluslararası bir yükümlülüğün kaynaklanması hususunda bir ayırım olmadığını vurgulayarak yetkisizlik iddialarını reddetmiştir. *Al-Dulimi And Montana Management Inc. v Switzerland*, para 85-6, 95-6

166 *Al-Dulimi And Montana Management Inc. v Switzerland*, para 112.

167 *Al-Dulimi And Montana Management Inc. v Switzerland*, para 100-1.

168 *Al-Dulimi And Montana Management Inc. v Switzerland*, para 113.

Davaya müdahil olan Birleşik Krallık ve Fransa da benzer yönde görüş bildirmiştir. *Al-Dulimi And Montana Management Inc. v Switzerland*, para 118-125.

169 *Al-Dulimi And Montana Management Inc. v Switzerland*, para 114.

170 *Al-Dulimi And Montana Management Inc. v Switzerland*, para 129.

adil yargılanma hakkının usuli güvencelerini dikkate almaksızın, yaptırım listesinde ismi olup olmaması ve ilgili malvarlığının kendisine ait olup olmadığının tespiti ile sınırlı olarak yaptığı incelemeyi hakkın sınırlandırılması olarak kabul etmiş¹⁷¹; bu sınırlandırma hususunda uluslararası barış ve güvenliğin korunması amacının meşru kabul edileceğini belirtmiştir¹⁷². Ancak Mahkeme, uluslararası barış ve güvenlik ile bireyin temel hak ve özgürlüklerinin arasındaki adil dengenin korunması gerektiğini vurgulamış ve davalı devletin bireyi haklarının korunması adına tüm tedbirleri aldığı ya da en azından bunun çabaladığı hususunda Mahkeme'yi ikna etmesi gerektiğini ifade etmiştir¹⁷³. Bireylere yönelik yaptırım rejiminin uygulanması ile ilgili olarak alınan tedbirleri; yasallığı, süresi ve gerekçesini oluşturan bilgiye erişimi bağlamında değerlendirerek ulusal mahkemelere başvuru imkânının verilmemesini mahkemeye erişim hakkının ihlali olarak nitelendirilmiştir¹⁷⁴.

Avrupa Birliği Hukuku ve Ulusal Mahkemelerde Denetim

Güvenlik Konseyi kararlarının ulusal yargı mekanizmaları bakımından denetimi Konsey kararlarının ulusal hukuk düzeni bakımından öngörülen değeri ile ilişkilidir. Uluslararası hukuk düzeninde Konsey kararları ulusal düzende doğrudan uygulanma kabiliyetini haiz kabul edilmemiştir. Bu sebeple kararlar, ulusal hukuka aktaran işlem değerinde kabul edilmektedir. Bu bağlamda ulusal yargı mercileri tarafından yapılan denetim de bu kararları uygulamak üzere çıkarılmış ulusal hukuk işlemleri üzerinden olmaktadır. Devletlerin farklı hukuk sistemlerine sahip olması Güvenlik Konseyi kararlarına başvuruda tek bir model oluşumunu engellemektedir. Ancak temel hak ve özgürlükler temelinde koruma talep edilmesi, başvurular bakımından asgari tutumu oluşturmaktadır¹⁷⁵.

Ulusal makamlar tarafından yapılan denetim, Konsey kararları ile öngörülen sistemin aksaklıklarının ya da eksiklerinin belirlenmesi hususunda önem arz etmektedir¹⁷⁶. Ancak, ulusal yargı mekanizmaları bakımından yapılan denetim her ne kadar ulusal hukuk işlemi üzerinde olsa da işlemin maddi kaynağını Güvenlik Konseyi kararlarının oluşturması farklı yaklaşımların ortaya çıkmasına sebep olmaktadır. Bazı mahkemeler yargı yetkisini uluslararası hukuk üzerine inşa ederken bazıları ise uluslararası hukuk bağlantısını dolaylı olarak kurarak ulusal işlem üzerinden bağımsız bir denetimde bulunmaktadır¹⁷⁷.

171 *Al-Dulimi And Montana Management Inc. v Switzerland*, para 131.

172 *Al-Dulimi And Montana Management Inc. v Switzerland*, para 132-3.

173 *Al-Dulimi And Montana Management Inc. v Switzerland*, para 146- 149.

174 *Al-Dulimi And Montana Management Inc. v Switzerland*, para 147-151.

175 Tzanakopoulos (n 70) 58-59.

176 1333 sayılı Güvenlik Konseyi kararının uygulamak üzere kabul edilen Avrupa Birliği Tüzüğü'nün uygulanmasına ilişkin açılan davada İngiliz Yüksek Mahkemesi söz konusu Tüzük ile uygulanan malvarlığı dondurulması kararlarının, insan hakları hukuku çerçevesinde kişinin hayatı ihtiyaçlarını karşılanması gözetilerek uygulanması gerektiğine karar vermiştir. Söz konusu kararın, Güvenlik Konseyi malvarlığının dondurulması hususunda temel harcamalara yönelik istisnaları kabul etmesinde etkili olduğu kabul edilmektedir. Bkz. Akkutay (n 13) 439.

177 Ayrıntılı bilgi için bkz. Tzanakopoulos (n 70) 60-3.

Avrupa Birliği hukuk düzeninde bireye yönelik Konsey kararları tüzükler vasıtası ile uygulanmaktadır¹⁷⁸. Konsey kararlarının uygulanmasını temel alan 881/2002/EC ile değişik 467/2001 sayılı Tüzük'ün iptali için açılan davada ilk derece mahkemesi temel hak ve özgürlüklere ilişkin kuralların *jus cogens* norm niteliğine sahip olduğundan hareketle, yargı yetkisini uluslararası hukuk temeline dayandırarak dolaylı bir denetim yetkisinin varlığını kabul etmiştir¹⁷⁹. Ancak kararda hangi hakların *jus cogens* niteliğine sahip olduğuna ve bu niteliğe sahip hakların sınırlandırılmasının ve denetiminin nasıl yapılacağına ilişkin hususlara yer verilmemiştir. Mahkeme, temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği iddialarını ise reddetmiş; uygulanan tedbirin mülkiyet hakkı bakımından sınırlama içerdiğini; adil yargılanma ve etkili başvuru hakkı bakımından ise ihlal niteliğini taşımadığını kabul etmiştir¹⁸⁰. İlk derece mahkemesinin *jus cogens* normlara uygunluğu noktasında Güvenlik Konseyi kararının incelenebileceğini öngörmesi, Mahkeme'nin aynı zamanda Konsey'in karar verirken *jus cogens* normlarla sınırlı olduğunu kabul ettiği şeklinde yorumlanabilir¹⁸¹.

Davanın temyiz aşamasında Avrupa Birliği Komisyonu, Birleşmiş Milletler yaptırım sistemi içerisinde yapılan iyileştirmelerle kararların yeniden incelenmesinin mümkün olduğunu bu sebeple kararlara ilişkin Birlik uygulamaların Divan'ın yargısından muaf tutulması gerektiğini ifade etmiştir¹⁸². Ancak Avrupa Birliği Adalet Divanı, Birleşmiş Milletler sistemi içerisinde kabul edilen yeniden inceleme prosedürünün Divan'ın Birlik hukuk düzeni bakımından sahip olduğu yargı yetkisine engel teşkil etmeyeceğini belirtmiştir¹⁸³. Divan, yargı yetkisini ulusal hukuk kurallarına dayandırmış, denetimini Birliğin temel hak ve özgürlüklerin korunmasına ilişkin düzenlemeleri temelinde gerçekleştirmiştir.

Kararda, Güvenlik Konseyi kararlarının *jus cogens* normlarla sınırlı olsa dahi ulusal mahkemelerce denetiminin mümkün olmadığı belirtilmiştir¹⁸⁴. Bununla birlikte Konsey

178 Maastricht Sözleşmesi ile birlik içinde ortak dış politika, güvenlik politikası, ekonomik ve siyasi birliğin sağlanması amacıyla Avrupa Birliği Konseyi'nin bir veya daha fazla devlet ile ekonomik ilişkilerin tamamen veya kısmen kesilmesi yönünde ortak tutum kabul edebileceği ve Komisyon'un önerisi üzerine gerekli gördüğü acil önlemleri alabileceği kabul edilmiştir. Bu bağlamda Avrupa Birliği'nde Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi kararlarının uygulanması için taslak bir ortak tutum belgesi hazırlanması gerektiğine karar verilmiş ve Ortak tutum belgesinin düzenlenebilmesi içinse Parlamento tarafından bir Konsey Tüzüğü yapılması gereği kabul edilmiştir Altuner Coşkun (n 19) 82; Bireye yönelik Güvenlik Konseyi kararlarının Avrupa Birliği Hukuku düzeninde uygulanma usulü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Sak (n 78) 187 ff.

179 *Yassin Abdullah Kadi v Council of the European Union and Commission of the European Communities*, Judgment of The Court of First Instance, para 226; Benze yönde bir diğer karar için bkz. Yusuf And Al Barakaat International Foundation v Council And Commission Judgment of The Court Of First Instance, para 277.

180 *Yassin Abdullah Kadi v Council of the European Union and Commission of the European Communities*, Judgment of The Court of First Instance, (sırasıyla) para 234-252, 254-275, 287-8.

181 *Yassin Abdullah Kadi v Council of the European Union and Commission of the European Communities*, Judgment of The Court of First Instance para 230; Yusuf And Al Barakaat International Foundation v Council And Commission Judgment of The Court of First Instance para 281.

182 *Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation v Council of the European Union and Commission of the European Communities*, European Court of Justice (Grand Chamber), Joined Cases C-402/05 P and C-415/05 P, 03.09.2008, para 318-9 <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:62005CJ0402&from=EN>> Erişim tarihi 01.12.2017

183 *European Court of Justice*, C-402/05 P and C-415/05 P, para 321-2.

184 *European Court of Justice*, C-402/05 P and C-415/05 P, para 286-7.

kararını uygulamak için çıkarılan Tüzük'ün yargısal denetiminin ve bunun sonucunda Birlik hukuk düzenine aykırı olduğu yönünde verilen kararın, Güvenlik Konseyi kararının uluslararası hukuk açısından sahip olduğu üstün niteliğe zarar vermeyeceği ifade edilerek uluslararası ve ulusal hukuk düzeni birbirinden ayrılmıştır. Avrupa Birliği Adalet Divanı, dava konusu düzenlemenin yargısal denetime açık olması gerektiğini ifade ettikten sonra¹⁸⁵, Tüzüklerin kişilerin temel hak ve özgürlüklerini ihlal ettiği iddialarını yerinde bulmuş, herhangi bir bilgi verilmeden ve delil gösterilmeden davacının hakkında alınan kararların adil yargılanma ve savunma hakkını ihlal mahiyetinde olduğunu kabul ederek¹⁸⁶, Tüzük'ün davacı tarafa ilişkin kısmını iptal etmiştir. Divanı'nın Kadı Kararı üzerine 2008 tarihinde 1190/2008 sayılı Tüzük¹⁸⁷ çıkartılmış ve ilgili kişilere listelere isminin yazılmasına ilişkin sebeplerin bildirilmesi ve buna bağlı olarak kendilerine savunma hakkı tanınması konusunda düzenlemeler yapılmıştır.

Divanın bu kararı, öğretide, Almanya Federal Anayasa Mahkemesi'nin, Birlik hukukunun temel hak ve özgürlükler konusunda yeterli koruma sağlayamadığı durumlarda Alman Anayasasının temel haklara ilişkin hükümleri karşısında Birlik düzenlemelerine öncelik tanınmayacağını ve Mahkemenin denetim hakkını saklı tuttuğunu belirttiği Solange I¹⁸⁸ kararı ile birlikte ele alınmaktadır. Kadı Kararı, Solange I kararı ile birlikte yorumlandığında Birlik yargısı ile üye devletlerin ulusal yargısı arasında insan haklarının korunması bakımından ortaya çıkabilecek olası bir farklılığın önlenmesi olarak değerlendirilmektedir¹⁸⁹. Bu bağlamda Kararın, Birlik hukuki düzeninde hem Divan'ın yargı yetkisine hem de insan haklarına ilişkin korumanın güçlendirilmesine katkı sağladığı kabul edilmektedir¹⁹⁰.

Solange I kararı çerçevesinde yapılan bir diğer yorum ise, Birleşmiş Milletler sistemi ile Avrupa Birliği sistemi arasında benzer ilişki kurulabileceğinden

185 *European Court of Justice*, C-402/05 P and C-415/05 P, para 327.

186 *European Court of Justice*, C-402/05 P and C-415/05 P, para 344- 353; Benzer yönde kararlar için bkz. Omar Mohammed Othman v Council of the European Union and Commission of the European Communities, Judgment of the Court of First Instance (Seventh Chamber), Case T-318/01, 11.07.2009, para 86-8, < <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=T-318/01>> erişim tarihi 07.04.2018.

187 1190/2008 sayılı Tüzük için bkz. <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:322:0025:0026:EN:PDF>> erişim tarihi 06.01.2016.

188 Solange I davasında Alman ihracatçı ilgili Avrupa Birliği Tüzüğü ile Almanya Anayasası tarafından koruma altına alınan haklarının ihlal edildiğini iddia etmiş ve Divan'a başvurmuştur. Divanın bir aykırılık bulmaması üzerine davacı aynı gerekçe ile Almanya Federal Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur. Federal Mahkeme, ilgili Birlik tüzüğünü Alman Anayasası hükümlerine aykırı bulmamış, ancak; Birlik hukukunun temel hak ve özgürlükler konusunda yeterli koruma sağlayamadığı durumlarda Alman Anayasasının temel haklara ilişkin hükümleri karşısında Birlik düzenlemelerine öncelik tanınmayacağını ve Mahkemenin denetim hakkını saklı tuttuğunu belirtmiştir.

Federal Mahkeme Solange II kararında ise, öncelik ilkesi karşısında tutumunu yumuşatmış ve Avrupa Birliği hukukunda temel hak ve özgürlüklerin korunmasına ilişkin gelişmeler ışığında öngörülen standartlar korunduğu sürece geçerlilik denetiminde bulunamayacağını ifade etmiştir.

Bkz. Almanya Federal Anayasa Mahkemesi 29.05.1974 tarihli Solange I ve 22.10.1986 tarihli Solange II kararından aktaran Ömer Korkmaz, 'Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği Üyesi Olarak Almanya'da Temel Hakların Üçlü Koruma Sistemi' (2014) 16 DEÜHFD (Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan) 4261-4329, 4267-8, 4269 ff.

189 Alisa Shekhtman 'Kadı v. Commission: A Case Study of The Development of a Rights- Based Jurisprudence For The European Court of Justice' (2013) 2011 Claremont-UC Undergraduate Research Conference on the European Union, 97.

190 Shekhtman (n 189) 97-8, 102.

hareketle Birleşmiş Milletler sisteminde etkin hukuki bir koruma oluşturulana kadar Birlik hukuku tarafından bu korumanın sağlanabileceği şeklindedir¹⁹¹. 1190/2008 sayılı Tüzük ile ismi yeniden listeye alınan El Kadi tarafından temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiği iddiasıyla açılan davada ilk derece mahkemesi de buna benzer bir yorum yaparak, Birleşmiş Milletler sisteminde etkili bir hukuki koruma mekanizması kurulana kadar söz konusu işlemlerin Birlik yargılamasından muaf tutulmayacağını belirtmiştir¹⁹². Mahkeme, Birleşmiş Milletler sisteminde bağımsız ve tarafsız bir yargı mekanizması oluşturulmadığını, listeye alınan kimseye gerekli bilgi verilmediğini belirterek dolaylı da olsa Güvenlik Konseyi kararları oluşturulan sisteme ilişkin değerlendirme yapmış ancak, yargı yetkisini Adalet Divanı gibi Birlik hukuki düzenlemelerine dayandırmıştır¹⁹³. Kararın temyizi aşamasında Adalet Divanı, Mahkeme ile benzer bir yaklaşım sergilemiş tedbirlerin bireysel, özel, somut olması gerektiğini belirtmiştir¹⁹⁴. Divan, gerekli hukuki korumanın sağlanıp sağlanmadığına ilişkin değerlendirmesini yaparken Yaptırım Komitesi listesine dahil edilme ve silinmeye ilişkin değişen usulleri göz önünde bulundurmuş, listeleme sebeplerine ilişkin bilgilendirmenin bireylere yeterince açık şekilde yapılmamasının savunma hakkının bir parçası olduğuna değinerek eksiklerin altını çizmiştir¹⁹⁵. Yaptırım listelerine dahil etme gerekçelerinin kişilere bildirilmesi gerektiğini belirtmiş; bu gerekçelerin meşru kaynaklara ve açık kanıtlara dayanması gerektiğini ifade etmiştir¹⁹⁶. Bu gerekçelerin devletlerin güvenliği, uluslararası ilişkilerin yürütülmesi bağlamında gizli tutulmasının gerekli olduğuna karar verilmesi halinde ise gizli tutulması ile korunan değer ile bireyin adil yargılanma ve etkili başvuru hakkı arasında dengenin gözetilmesi gerektiğini belirtmiştir¹⁹⁷.

Adalet Divanı, kararlarında düalist yaklaşım sergilemekte ancak yargısal denetimin Güvenlik Konseyi kararlarının uluslararası hukuk açısından sahip olduğu

191 Piet Eeckhout 'Kadi and Al Barakaat: Luxembourg is not Texas – or Washington DC' (2009) EJIL: Talk <<https://www.ejiltalk.org/kadi-and-al-barakaat-luxembourg-is-not-texas-or-washington-dc/>> Erişim tarihi 04.04.2019. Benzer yönde bkz. Opinion of Advocate General Poireres Maduro (delivered on 16.01.2008) Case C-402/05 P, Yassin Abdullah Kadi v Council of the European Union and Commission of the European Communities, para 54 <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62005CC0402>> Erişim tarihi 04.04.2019.

192 *Yassin Abdullah Kadi v Council of the European Union and Commission of the European Communities Judgment Of The General Court (Seventh Chamber)* T-85/09 30.09.2010, para 90, <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=83733&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=853308>> Erişim tarihi 18.01.2018.

193 *European Communities Judgment Of The General Court (Seventh Chamber)* T-85/09, para 118, 127-8, 172-4.

194 *European Commission & The Council of The European Union v. Yassin Abdullah Kadi*, European Court of Justice (Grand Chamber) Joined Cases, C-584/10 P, C-593/10 P and C-595/10 P, para 116, 18.07.2013, <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=139745&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=694386>> Erişim tarihi 05.03.2019.

195 *European Commission & The Council of The European Union v. Yassin Abdullah Kadi*, C-584/10 P, C-593/10 P and C-595/10 P, para 119- 134.

196 *European Commission & The Council of The European Union v Yassin Abdullah Kadi* C-584/10 P, C-593/10 P and C-595/10 P, para 121-125.

197 *European Commission & The Council of The European Union v Yassin Abdullah Kadi* C-584/10 P, C-593/10 P and C-595/10 P, para 126-131.

üstün niteliğe zarar vermeyeceğini ifade ederek, değerlendirmesini insan haklarının korunmasına ilişkin güvencelerle sınırlı tutmaktadır¹⁹⁸. Divanın bu yaklaşımı iki hukuk düzeni arasında insan hakları korunması bakımından dengenin sağlanması gerekliliğinin bir sonucu olarak yorumlanmakta¹⁹⁹ ve hak temelli yargının gelişimi bakımından önemli kabul edilmektedir²⁰⁰.

Türk hukukunda ise, Güvenlik Konseyi kararlarının uygulanmasına ilişkin benimsenmiş genel bir kural bulunmamakta, her bir olay için ayrı değerlendirmenin yapıldığı görülmektedir²⁰¹. Güvenlik Konseyi'nin terörizmin finansmanının önlenmesine yönelik bağlayıcı nitelikteki kararları doğrultusunda Bakanlar Kurulu kararıyla listeler yayınlanmış ve bu listelerde yer alan kişilerin Türkiye'deki malvarlıkları idari bir karar ile dondurulmuş, bu süreç Bakanlar Kurulu ve Dış İşleri Bakanlığı'nın uhdesinde yürütülmüştür. Güvenlik Konseyi kararının uygulanmasını konu alan Bakanlar Kurulu 2001/3483 sayılı kararının²⁰² iptaline ilişkin davada, Danıştay 10. Dairesi kararın maddi içeriğinden ziyade usulüne ilişkin değerlendirmede bulunmuştur. Danıştay, kanuna dayanmayan hâkim kararı olmaksızın verilen malvarlığı dondurulması kararını, kaynağını Anayasa'dan almayan bir devlet yetkisinin kullanılacağından hareketle hukuka aykırı bulmuş ve Bakanlar Kurulu Kararının ilgiliye ilişkin kısmının iptaline karar vermiştir²⁰³.

Temyiz davasına bakan İdari Dava Daireleri Genel Kurulu ise, Güvenlik Konseyi kararlarının üye devletlerce bağlayıcı olduğuna değinerek, doğrudan uygulanabilme niteliği bulunmayan bu kararların Bakanlar Kurulu'nun alacağı karar ile uygulanabileceğini kabul etmiştir²⁰⁴. Bu kapsamda Şart'ın VII. Bölümü çerçevesinde alınan bu kararların uygulanması için hâkim kararı aranmasına gerek olmadığını belirtmiş; bu sebeplerle ilgili Bakanlar Kurulu kararında yetki, şekil, sebep, konu

198 Kokott and Sobotta (n 148) 335.

199 Özellikle, adil yargılanma ve etkili başvuru hakkı bakımından Birleşmiş Milletlerce öngörülen korumanın insan hakları sözleşmeleri ile sağlanan korumanın altında kaldığı kabulünden hareketle bu gereklilik savunulmaktadır. Bkz. Tomuschat (n 110) 660-2.

200 Shekhtman (n 189) 102.

201 Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin Güney Rodezya'ya ilişkin olarak aldığı ekonomik yaptırım kararları için Bakanlar Kurulu Kararnameleri (RG. 04.04.1967 – 12564; RG. 04.12.1968 – 13068) çıkartılırken, Eski Yugoslavya Federal Sosyalist Cumhuriyeti'ne ilişkin 757 (1992) sayılı yaptırım kararı hakkında Dışişleri Bakanlığı bir genelge yayınlamıştır (RG. 02.06.1992- 21246). Konsey'in Eski Yugoslavya Ülkesinde 01.01.1991 tarihinden itibaren işlenen belirli suçları kovuşturmak için uluslararası mahkeme kurulmasına ilişkin 827 (1993) sayılı Kararına dayanarak Eski Yugoslavya'da İşlenen Bazı Suçların Kovuşturulması Hakkında Kanun kabul edilmiştir (R.G. 01.07.2003- 25155).

202 2001/3483 sayılı Bakanlar Kurulu kararı için bkz. <<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2006/05/20060507-3.htm>, Erişim tarihi 01.12.2017.

Bakanlar Kurulu kararı ile dondurulmasından önce yargısal denetim mekanizmaları kapsamında bu tedbir uygulamak istenmiş, bu amaçla MASAK tarafından sulh ceza mahkemesine başvurulmuştur. Ancak mahkeme tedbir talebine ekli herhangi bir delil ve belge bulunmadığından talebin reddine karar vermiştir. İstanbul 4. Sulh Ceza Mahkemesi, 19.11.2001 tarihli ve 2001/466 sayılı kararı için bkz. Özgenç (n 65) 84.

203 Danıştay 10. Dairesi, 07.07.2006 tarih, E. 2002/984, K. 2006/4795 sayılı kararı, karara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Hüseyin Güzeler, 'Karar İncelemesi- İlk Derece Mahkemesi Kararlarında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi' (2009) 5(155) Rev Int'l L. & Pol 156.

204 Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, 2006/2824 2007/115 22.02.2007 <<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>> Erişim tarihi 01.12.2017.

ve amaç unsurları bakımından bir hukuka aykırılık bulunmadığına karar vererek Danıştay 10. Dairesinin kararını bozmuştur²⁰⁵. Mahkeme, kararın şekli yönüne ağırlık vermiş ancak temel hak ve özgürlükleri konu alan, kanuna dayanması gereken sınırlandırmaların idari işleme yapıyor olmasında bir sakınca görmemiştir. Temel hak ve özgürlükler bakımından yapılan sınırlı incelemede ise 1982 Anayasasını esas almıştır²⁰⁶. Yargısal denetimde insan haklarına ilişkin Sözleşmelerin ölçüt alınması, temel hak ve özgürlüklerin korunmasına ilişkin evrensel standartların oluşmasına katkı sağlanması bakımından önemli kabul edilmektedir. Bu sebeple, Mahkeme'nin, temel hak ve özgürlükler bakımından değerlendirme yaparken, Anayasa hükümleri ile birlikte –kanun hükmünde olduğu Anayasa ile kabul edilen²⁰⁷- temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşme hükümlerini de ölçüt olarak kabul etmesi gerekmektedir²⁰⁸.

Mahkeme, kararın son bölümünde ise, Konsey kararının idari işlemler aracılığıyla uygulandığından ötürü hukuki denetime tabi olduğundan bahsetmiş ve Birleşmiş Milletler sistemi içinde Konsey kararlarına karşı başvuru ve düzeltme imkânları olduğunu ifade etmiştir²⁰⁹. Ancak Birleşmiş Milletler sistemi içinde kararlara karşı öngörülen başvuru ve itiraz usulü her ne kadar sonucu ulusal hukuk bakımından etki doğursa da ulusal denetimden bağımsız, ayrı bir incelemedir. Ulusal denetim mekanizmaları bakımından bir talilik öngörülmemiştir. Ulusal denetim mekanizmalarının gücü bu kararların uygulanmasına ilişkin olan ulusal hukuk işleminden doğmaktadır. Bu sebeple ulusal yargı mercilerinin bağlı oldukları mevzuat çerçevesinde ilgili denetimi gerçekleştirmesi gerekmektedir. Bu bağlamda merkezi bir uygulama niteliğine kavuşmasa dahi ulusal mahkemeler tarafından temel hak ve özgürlükler bakımından yapılan denetimin, Güvenlik Konseyi'ni bu hak ve özgürlükler çerçevesinde karar vermeye zorlayacak aracı oluşturabileceği ve söz konusu kararlarının bireyler üzerindeki etkilerini iyileştirebileceği kabul edilmektedir²¹⁰.

205 Mahkeme kararı, uygulanan tedbirin kişi temel ve hak ve özgürlükleri açısından değerlendirmeye yer vermemesi bağlamında eleştirilmektedir. Bkz. Altınar Coşkun (n 19) 139.

206 Ulusal hukuk metinlerin esas alınması sebebiyle Avrupa Birliği Adalet Divanı ile benzer denetim usulünün benimsendiği kabul edilmektedir. Akkutay (n 13) 440.

207 1982 Anayasası md. 90/5; 'Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası anlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek cümle: 7.5.2004-5170/7 md.) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası anlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası anlaşma hükümleri esas alınır.' <https://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa_2011.pdf> Erişim tarihi 17.01.2018.

208 Avrupa Adalet Divanı, Konsey kararlarının uygulanmasına ilişkin davalarda Avrupa Temel Haklar Şartı temelinde bir denetim uygulasa da Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında değerlendirmeler yapmıştır. Bkz. *European Court of Justice*, C-402/05 P and C-415/05 P, para 335 ff.

209 Avrupa Birliği yargı mekanizmaları Konsey kararları ile öngörülen tedbirlere ilişkin Birleşmiş Milletler sistemi dahilinde öngörülen usulleri gerekli hukuki korumayı sağlayamaması sebebiyle eleştirir ve bu korumanın sağlanması amacıyla kendi denetim hakkının varlığını kabul ederken; Türk yargı makamları aynı gerekçeyi söz konusu tedbirlerin kendi yargısından muaf tutulabileceği şeklinde yorumlamıştır.

210 Tzanakopoulos (n 70) 75 ff.

Bununla birlikte bu süreç sonunda, Güvenlik Konseyi kararlarının uygulanmasına ilişkin iki farklı yorumun yapılması; Konsey kararlarının hukuk sistemimize aktarılması, ulusal hukukta uygulanmasının şartları, yargısal denetimi ve bunlara ilişkin usulün hukuksal çerçeve içerisine alınmasını sağlayacak yasal bir düzenleme yapılması gerektiği sonucunu ortaya çıkarmıştır²¹¹.

2. Etkili Başvuru Hakkı

Etkili başvuru hakkı²¹², egemen devletin insan hakları ve temel özgürlüklerin korunmasında ilk ve asıl görevli kabul edilmesi temeline dayanmaktadır. Madde metninde yer alan etkili başvuru ifadesi hem kurumsal hem de maddi anlamıyla değerlendirilmektedir. Başvurulan makamın²¹³, hukuken mevcut ve fiilen ulaşılabilir olmasının yanında; Sözleşme ile koruma altına alınan bir hak veya özgürlüğün ihlali halinde karar verme, çözüme kavuşturma açısından yetkili olması aranmaktadır²¹⁴.

Etkili başvuru hakkı, niteliği gereği Sözleşmelerle koruma altına alınan diğer haklarla ile bağlantılı olarak değerlendirilmektedir. Ancak bağlantılı olduğu diğer haklar bakımından bir ihlal söz konusu olmasa bile bu hakkın ihlali gerçekleşmiş olabilir²¹⁵.

Bireye yönelik Güvenlik Konseyi kararlarına ilişkin olarak etkili başvuru hakkı, kararla sınırlama öngörülen diğer temel hak ve özgürlükler ekseninde değerlendirilmektedir. Bu hakkın kullanılabilmesi için ilk olarak karara muhatap olan birey, uygulanan tedbirin gerekçesi hususunda bilgilendirilmelidir²¹⁶. Bu bilgilendirme savunma hakkının bir parçasını oluşturduğundan hem adil yargılanma hakkı hem de etkili başvuru hakkının kullanımı bakımından eşik niteliğindedir. İkinci olarak bireyin başvurusunu değerlendirmeye yetkili, fiilen ulaşılabilir bir yargı merci olmalı ve merci hakkın ihlali halinde çözüme kavuşturabilme ehliyetine sahip olmalıdır. Ancak uygulamada ulusal makamlar, uluslararası hukuk temelli bu ulusal düzenlemeler karşısında çekimser kalmakta, ihlal olduğunu kabul etseler dahi bunun

211 Tüttüncü (n 12) 23-5.

212 Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi'nin 8. maddesi ile herkesin anayasa ya da yasayla tanınmış temel haklarını çiğneyen eylemlere karşı yetkili ulusal mahkemeler eliyle etkin bir yargı yoluna başvurma hakkının olduğu kabul edilmiştir. Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 2. maddesi 3. fıkrası ile kabul edilen etkili başvuru hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin de 13. maddesinde yer almıştır.

213 Sözleşme'nin bu maddesi ile korunmak istenen hukuki yararın etkili şekilde soruşturmanın yürütülmesi ilkesi olduğundan hareketle, Mahkeme, ulusal hukukta öngörülen hukuk yolunun yargısal bir yol olması gerekmediğine yönelik kararlar vermektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Burak Bilge, 'AIHM İçtihatları Bağlamında Etkin Soruşturma Yükümlülüğü' (2014) 5(2) İÜHFD 375; Melek Acu, 'Bireysel Başvuruya Konu Edilebilecek Haklar' (2014) 110 TBBD 420-9.

214 Acu (n 213) 429.

215 Şeref Gözübüyük & Feyyaz Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi (11. Ek Protokole Göre Hazırlanıp Genişletilmiş)* (11th edn, Turhan Kitabevi 2016) 414-5.

216 *European Commission & The Council of The European Union v. Yassin Abdullah Kadi*, C-584/10 P, C-593/10 P and C-595/10 P, para 133-5.

telafisi yönünde karar vermekten kaçınmaktadır²¹⁷.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Nada/İsviçre kararı ile bu hususa dikkat çekmiş ve Sözleşme ile koruma altına alınan haklara ilişkin başvuruları inceleyecek; söz konusu hakların ihlali halinde telafi etme hususunda karar verebilecek ulusal bir makamın olmamasını etkili başvuru hakkının ihlali olarak değerlendirmiştir²¹⁸. Söz konusu davada İsviçre Federal Mahkemesi, temel hak ve özgürlüklere ihlal ettiği iddiasıyla başvurucuyu hedef alan yaptırımları incelemesi yetkisi olmadığını; bir bireyi ya da grubu listeden çıkarmaya sadece Yaptırımlar Komitesi'nin yetkili olduğunu belirtmiştir²¹⁹. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise, değerlendirmesini yaparken devletin Güvenlik Konseyi kararlarını uygularken takdir yetkisine sahip olduğu kabulünden hareketle söz konusu kararlar ile öngörülen yaptırımların ulusal alanda uygulanmasını denetlenmesinin engellenmediğini ve bu denetimin Şart'ın amaç ve ilkeleri ile öngörülen uluslararası düzene aykırılık teşkil etmediğini vurgulamıştır²²⁰. Sözleşme'nin 8. maddesi ile birlikte değerlendirildiğinde, başvurucuya isminin listeden silinmesi konusunda talepte bulunmak ve söz konusu ihalleri gidermek için etkili bir başvuru yolu sunulmadığı gerekçesiyle 13. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir²²¹. Mahkeme, kararın gerekçesini, Yaptırım Komitesi listelerine karşı başvurulacak etkili başvuru yolu olmayışı üzerinden kurarak ve dolaylı da olsa Komite kararları ile kurulan sistem üzerinde değerlendirme yapmış ve listeleme usulünün yargısal bir denetime tabi tutulmasını sağlayacak bir mekanizmanın ihtiyacına dikkat çekmiştir. Mahkeme'nin Sözleşme kapsamında etkili başvuru hakkın kullanılabilmesi için bu yaptırımların kaynağı olan Komite listelerinden silinmeye ilişkin etkili bir başvuru imkânın gerekliliğini ifade etmesi, konuya ilişkin gerekli düzenlemelerin yapılması hususunda devletlere bir sorumluluk yüklediği şeklinde yorumlanabilir²²².

217 Kanada Federal Mahkemesi, Abdelrazik/ Kanada davasında Güvenlik Konseyi'nin 1267 sayılı kararı öngörülen listeye yazılma usulünün etkili başvuru hakkına uygun olmadığını ifade ettikten sonra seyahat yasağı öngören tedbir sonucu ülkeye girme hakkı Kanada tarafından ihlal edilen başvurucunun etkili başvuru hakkına sahip olmadığını kabul etmiştir. Karar metni için bkz. *Abousfian Abdelrazik (Applicant) v The Minister of Foreign Affairs and the Attorney General of Canada (Respondents)*, 2009 FC 580No. T-727-08 Federal Court Zinn J., 4 June 2009, <https://law.yale.edu/system/files/documents/pdf/Intellectual_Life/Abdelrazik_v_Canada.pdf> Erişim tarihi 12.04.2018; Benzer yönde bkz. *Her Majesty's Treasury v Mohammed Jabar Ahmed and others (FC) Her Majesty's Treasury v Mohammed al-Ghabra (FC) R (on the application of Hani El Sayed Sabaei Youssef) v Her Majesty's Treasury*, 27.01.2010, [2010] UKSC 2, On appeal from: [2008] EWCA Civ 1187, 2010 WL 20035, para 80-2, 231, 249, <<https://login.westlaw.co.uk/maf/wluk/app/document?&suppsrguid=i0ad629030000016438f6b0e07b743b41&docguid=10B3983800BBC11DF942A8F25B25611C8&hitguid=10B2D27700BBC11DF942A8F25B25611C8&rank=2&spos=2&epos=2&td=480&crumb-action=append&context=11&resolvein=true>> Erişim tarihi 12.04.2018.

218 *Nada v Switzerland*, para 207-214.

219 *Nada v Switzerland*, para 50 (8.3).

220 *Nada v Switzerland*, para 212.

221 *Nada v Switzerland*, para 213.

222 Mahkeme benzer şekilde vatandaşlığı bulunmadığı ve ikamet ettiği devlet olmadığı için başvurucunun isminin çıkarılmasına ilişkin Komiteye talepte bulunma yetkisi olmayan İsviçre makamlarının, İtalya'yı söz konusu eylemi gerçekleştirme hususunda teşvik etmeye veya bu amaçla İtalya'ya destek önerisinde bulunmaya çalışmadığına dikkat çekmiştir. *Nada v Switzerland*, para 194.

3. Mülkiyet Hakkı

Mülkiyet hakkı²²³, niteliği itibarıyla diğer hak ve özgürlükler ile temas içerisindedir. Bu hakka yönelik müdahalenin özel hayatın gizliliği, ayrımcılık yapma yasağı ve çoğunlukla da adil yargılanma hakkı ile ilişkilendirilerek dava konusu yapıldığı görülmektedir.

Güvenlik Konseyi'nin kararlarına ilişkin olarak mülkiyet hakkı ise kişilere ait mali kaynak ve fonların dondurulmasını öngören tedbirler kapsamında değerlendirilmektedir. Konsey'in söz konusu kararları almasında mevcut maddi ve şekli koşullar; Konsey kararları ile kurulan Komitelerin yapılanması, çalışma usulü ve en önemlisi itiraz mekanizması üzerinden hakka yapılan müdahale tartışılmaktadır.

Mülkiyet hakkına yönelik müdahalenin uluslararası hukuk metinlerine uygun olması için kanunilik ilkesi çerçevesinde, meşru amaçlara yönelik, ölçülülük ilkesine uygun olarak gerçekleştirilmesi gerekmektedir²²⁴.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 1 No'lu Ek Protokol'de hakkın sınırlama ölçütü olarak kamu yararı ile genel yarar kavramlarına yer verilmiş, ölçülülük ilkesinin normatif dayanağı kabul edilen “*demokratik bir toplumda gerekli olma*” ölçütünden bahsedilmemiştir²²⁵. Ancak Mahkeme, ölçülülük ilkesini de yargılamasına dahil ederek kamu yararı ile bireyin haklarının korunması arasında adil denge kurulması gerektiğini aramıştır²²⁶. Mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin süresi, müdahaleye karşı öngörülen usuli güvenceler, idari makamların tutarlılığı ve hak sahibini bilgilendirme yükümlülüğü Güvenlik Konseyi kararları ile öngörülen rejim dahilinde öngörülen tedbirlerin ölçülülük ilkesi bağlamında değerlendirilmesi hususunda öne çıkan unsurları oluşturmaktadır²²⁷. Bireyin temel ihtiyaçları ve giderleri bakımından istisnalar tanınsa da özellikle malvarlığının dondurulması tedbirinin belli bir süre ile sınırlandırılmadan uygulanması ölçülülük ilkesinin sadece soyut olarak değil somut koşulların ışığında değerlendirilmesini gerektirmektedir²²⁸. Tedbirin gerekçesine ilişkin yeterli bilgilendirmenin yapılmaması, bireyin savunma hakkını kullanmasını engellerken, tedbirin yöneldiği hak temelinde de usuli güvenceleri ortadan kaldırarak haksız sınırlandırmalara neden olmaktadır. Bu sebeple mülkiyet hakkı bakımından

223 Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi'nin 17. maddesi ile herkesin mülkiyet hakkına sahip olduğu kabul edilmiş, hiç kimsenin keyfi olarak mülkiyetinden yoksun bırakılamayacağı hüküm altına alınmıştır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 1 No'lu Ek Protokol'de ise gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu düzenlenmiş, maddenin devamında ise bu hakkın sınırlandırılması bakımından öngörülen ölçütlere yer verilmiştir. Bu ölçütler gereğince kişi ancak kamu yararı sebebiyle ve yasadışı öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilecektir.

224 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde öngörülen sınırlama rejimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. H. Burak Gemalmaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı* (2nd edn, Beta 2017) 447 ff.

225 Gemalmaz, *Mülkiyet Hakkı* (n 224) 451.

226 Gemalmaz, *Mülkiyet Hakkı* (n 224) 520-2.

227 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında mülkiyet hakkına ilişkin yapılan değerlendirmede ölçülülük ilkesi ile ilişkilendirilen unsurlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gemalmaz, *Mülkiyet Hakkı* (n 224) 519-614.

228 Opinion of Advocate General Poiares Maduro, para 47.

etkili yararlanmayı sağlayan önlemler alınarak usuli güvenceler oluşturulması gerektiği kabul edilmektedir²²⁹.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Güvenlik Konseyi kararları ile öngörülen rejimi değerlendirdiği Bosphorus Hava Yolu Şirketi/İrlanda kararında²³⁰, Konsey kararının uygulanmasını mülkiyet hakkının ihlali olarak değerlendirmemiş ancak karar uygulanırken bireyin hak ve özgürlüklerinin teminat altına alınması gereğinin altını çizmiştir. Bosphorus kararında Mahkeme, İrlanda'nın davaya konu olan tasarruflarını Avrupa Birliği hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerine dayandırmış ve değerlendirmesini dolaylı da olsa Birlik düzeni ile öngörülen standartlar üzerinden gerçekleştirmiştir²³¹. Mahkeme bunu yaparken Birliğin insan haklarını koruma standartlarının Sözleşme bağlamında sunulan korumaya eşdeğer olduğu kabulü ile hareket etmiştir²³². Yaptırım rejimi dahilinde alınan tedbirlerin genel yarara yönelik olduğunu kabul etmiş, müdahaleye karşında gerekli usuli güvencelerin sağlandığını belirterek söz konusu tasarrufların mülkiyet hakkı bakımından bir ihlal niteliği taşımadığına karar vermiştir²³³.

Avrupa Birliği hukuk düzeninde ise birey/kuruluşlara ait mali kaynak ve fonların dondurulmasına ilişkin Güvenlik Konseyi kararlarının uygulanması için çıkarılan Tüzüklerin denetimi üzerinden mülkiyet hakkı bakımından öngörülen sınırlandırmalar incelenmiştir. 881/2002 ile değiştirilmiş 467/2001 sayılı Tüzük ile uygulanan malvarlığının dondurulması tedbiri ile mülkiyet hakkının ihlal edildiğini iddia eden El-Kadı tarafından açılan davada ilk derece mahkemesi, Güvenlik Konseyi kararlarını *jus cogens*e aykırılık dışında inceleyemeyeceğini belirterek dava konusu

229 Gemalmaz, *Mülkiyet Hakkı* (n 224) 582.

230 *Bosphorus Airways v Ireland* App No 45036/98 (ECHR 03.06.2005), Güvenlik Konseyi kararlarının uygulanması hususunun Sözleşme'de yer alan temel hak ve özgürlükler bakımından incelenmesini konu almaktadır. İrlanda tarafından Güvenlik Konseyi'nin 1993 tarihli ve 820 sayılı kararı esas alınarak 990/93 sayılı Tüzük çıkarılmıştır. Tüzük ile Yugoslavya'daki silahlı çatışmalar ve ağır insan hakları ihlalleri nedeniyle Yugoslav Cumhuriyeti ile ikamet veya faaliyet yeri itibariyle bağlantısı olan gerçek ve tüzel kişilerin mülkiyetinde bulunan veya bu kişi yahut tüzel kişiler tarafından denetlenen bütün deniz, kara, demiryolu ve hava araçlarına el koyma yükümlülüğü getirilmiştir. Tüzük gereğince Bosphorus Hava Yolu Şirketi'nin uçaklarına el konulmuştur. Bunun üzerine Bosphorus Hava Yolu Şirketi el koyma kararının kaldırılması için İrlanda Yüksek Mahkemesi'ne itirazda bulunmuştur. Mahkeme, Tüzük'ün söz konusu uçak hakkında uygulanamayacağına karar vermiştir. Karar İrlanda hükümeti tarafından temyiz edilmiş, Temyiz Mahkemesi de bu hususta Avrupa Birliği Adalet Divanı'ndan görüş istemiştir. Adalet Divanı'nın el konulabileceği görüşüne istinaden Yüksek Mahkeme Tüzük'ün uçak hakkında uygulanacağına karar vermiştir. Bosphorus Hava Yolu Şirketi bunun üzerine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurarak 1 Numaralı Ek Protokol ile koruma altına alınan mülkiyet hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir. Mahkeme ise söz konusu olayda mülkiyet hakkının ihlal edilmediğine karar vermiş, ancak karar uygulanırken kişi hak ve özgürlüklerinin teminat altına alınması gereğinin altını çizmiştir. <<http://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22%3A%5B%5C%22bosphorus%22%3A%5C%22%5D%3A%5B%5C%22GRANDCHAMBER%22%3A%5C%22CHAMBER%22%5D%3A%5B%5C%22itemid%22%3A%5C%22001-69564%22%5D%7D>>, Erişim tarihi 10.12.2017.

231 *Bosphorus Airways v Ireland*, para 145-8.

232 *Bosphorus Airways v Ireland*, para 155-165. Öğretide, Mahkeme'nin mülkiyet hakkının ihlaline konu olan tasarrufları Sözleşme standartları ile eş değerde düzeyde kabul ettiği Avrupa Birliği düzenlemeleri çerçevesinde gerçekleştirmesinin söz konusu tasarrufların ihlale yol açmadığına ilişkin karar varmasında etkili olduğu kabul edilmektedir. Mahkeme'nin bu yaklaşımı, söz konusu durumun her somut olayda ve ihlali iddia olunan her hak bazında ayrıca incelenmesi gerektiği ve yargılamının nesnel ölçütlerinin oluşmasına katkı sağlamaması sebebiyle eleştirilmektedir. Gemalmaz, *Mülkiyet Hakkı* (n 224) 576-580.

233 *Bosphorus Airways v Ireland*, para 166.

hak ihlallerine ilişkin iddiaları *jus cogens* kurallara aykırı bulmamıştır²³⁴. Mülkiyet hakkının *jus cogens* nitelik taşıyıp taşımadığı tartışmasına hiç girmeden uygulanan sınırlandırmanın kamu yararı amacı taşıyan geçici bir tedbir olduğunu, malvarlığının bir kısmının temel ihtiyaçlar için kullanılmak üzere bir serbest bırakıldığını belirterek mülkiyet hakkında ilişkin ihlal iddiaları reddetmiştir²³⁵.

Temyiz aşamasında Adalet Divanı, yargısal denetimin Avrupa Birliği işlemlerine yönelik olduğunu *jus cogens* kurallara sınırlı tutulsa dahi Güvenlik Konseyi kararlarının Adalet Divanı tarafından denetlenemeyeceğini ifade etmiştir²³⁶. Mülkiyet hakkı bakımından yaptığı incelemede ise, mülkiyet hakkının kamu yararı amacıyla, ölçülülük ilkesi gereğince sınırlanabilir nitelikte olduğunu belirttikten sonra söz konusu sınırlamanın meşru sınırlar dâhilinde olduğunu kabul etmiştir²³⁷. Uluslararası barış ve güvenliğin terörizm kaynaklı eylemlerden korunmasına yönelik uygulanan sınırlandırmaların kamu yararı ölçütünü karşıladığını ve bu amaç kapsamında ölçülü kabul edildiğini ifade etmiştir²³⁸. Ancak adil yargılanma ve etkili başvuru hakkına ilişkin koşulların mülkiyet hakkı bakımından da ayrıca değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiş, söz konusu ihlal iddialarına karşı başvurulacak etkili bir hukuk yolu olmaması noktasında mülkiyet hakkı bakımından haksız sınırlandırma olduğunu tespit ederek, Tüzük'ün buna ilişkin ilgili kısmının iptal edilmesi gerektiğine karar vermiştir²³⁹.

881/2002 sayılı Tüzük'ün ilgili kısmının iptali kararı ile ismi listeden çıkarılan El Kadı 1190/2008 sayılı Tüzük'ün düzenlenmesiyle tekrar yaptırımlara ilişkin listede yer almıştır. Bunun üzerine El Kadı; savunma hakkı, etkili başvuru hakkı ve mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasıyla Tüzük'ün ilgili kısmının iptali istemiyle dava açmıştır. Mahkeme, mülkiyet hakkı bakımından yaptığı değerlendirmede, mal varlığının dondurulması tedbirinin uygulanmasına ilişkin süreye dikkat çekerek, tedbirin ölçülülük ilkesini ihlal etmesi durumunda cezalandırıcı niteliği taşıyacağını ve mülkiyet hakkının ihlali olarak değerlendirileceğini ifade etmiştir²⁴⁰. Malvarlığının dondurulması tedbirlerine karşı bireye başvuracağı gerekli hukuki koruma sunulmadığını ifade ederek mülkiyet hakkının haksız sınırlandırıldığını belirtmiştir²⁴¹.

234 *Yassin Abdullah Kadi v Council of the European Union and Commission of the European Communities*, Judgment of The Court of First Instance, para 230-1.

235 *Yassin Abdullah Kadi v Council of the European Union and Commission of the European Communities*, Judgment of The Court of First Instance, para 239-252.

236 *European Court of Justice*, C-402/05 P and C-415/05 P, para 280- 285.

237 *European Court of Justice*, C-402/05 P and C-415/05 P, para 355- 363.

238 *European Court of Justice*, C-402/05 P and C-415/05 P, para 363.

239 *European Court of Justice*, C-402/05 P and C-415/05 P, para 368- 371.

240 *European Communities Judgment Of The General Court (Seventh Chamber) T-85/09* para 150, 193; *Omar Mohammed Othman v Council of the European Union and Commission of the European Communities*, para 91-94.

241 *European Communities Judgment Of The General Court (Seventh Chamber) T-85/09* para 192-3.

Davanın temyiz aşamasında Adalet Divanı da yaptığı değerlendirmede tedbirlerin önleyici nitelikte olmasına rağmen süresi ve onur kırıcı etkileri sebebiyle, bireyin ve ailesinin üzerinde yıkıcı etkileri olduğunu vurgulayarak bunların hak ve özgürlükler üzerinde olumsuz etki doğurduğunu belirtmiş, Genel Mahkeme ile aynı yönde karar vermiştir²⁴². Divan, ayrıca Yaptırımlar Komitesi listesinden silinmeye ilişkin etkili başvuru yolunun gerekliliğinin altını çizmiştir²⁴³.

Güvenlik Konseyi'nin malvarlığının dondurulmasını öngören yaptırım kararları devletlerin ulusal mevzuatı bakımından da tartışmalı uygulamaların ortaya çıkmasına sebep olmaktadır. Devletler ulusal mevzuatlarında mal varlığı dondurulması tedbirini öngören yasal düzenlemeler yapma yoluna gitmektedir²⁴⁴. Ancak tedbirin kaynağı olarak öngörülen Konsey kararları ve kararların uygulanacağı kişilerin isimlerinin yayımlandığı listeler zaman içerisinde güncellenip genişletildiğinden söz konusu hukuki düzen, hakkın sınırlanması için öngörülen düzenlemeler, kanunilik ilkesine aykırılık oluşturmaya devam etmektedir. Bu da sorunun ulusal mevzuatlar kapsamında çözümünün mümkün olmadığını kanıtlar niteliktedir.

Mal varlığının dondurulması tedbirinin cezalandırıcı nitelikte mi idari tedbir olarak mı uygulanması gerektiği hususunda taşıdığı belirsizlik adalete erişim noktasında da önemli sorunların ortaya çıkmasına sebep olmaktadır²⁴⁵. Tedbirlerin genel olarak önleyici nitelikte olduğu belirtilmektedir²⁴⁶. Ancak hukukun genel ilkeleri göz ardı edilerek önleyici politikaların tedbirle düzenlenmesi, tedbirin cezalandırıcı yönünü güçlendirmektedir. Cezalandırıcı niteliğin kabul edilmesi halinde söz konusu tedbirler ceza hukukunun temel ilkelerinden suçta ve cezada kanunilik, belirlilik, orantılılık ilkesine ve masumiyet karinesine aykırılık teşkil etmektedir. Öğretide ise, uygulanması için öngörülen ulusal mevzuat hükmü saklı kalmak kaydıyla idari tedbir olarak kabul edilmesi gerektiği ancak orantılılık ilkesine aykırılık oluşturduğu ölçüde cezalandırıcı bir yaptırıma dönüşeceği kabul edilmektedir²⁴⁷.

242 *European Commission & The Council of The European Union v. Yassin Abdullah Kadi*, C-584/10 P, C-593/10 P and C-595/10 P, para 132.

243 *European Court of Justice*, C-584/10 P, C-593/10 P and C-595/10 P, para 133-4.

244 Bu kapsamda Türk hukukunda, Terörizmin Finansmanın Önlenmesine İlişkin Sözleşme ve Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin iki kararı temel alınarak 07.02.2013 tarihli 6415 sayılı Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanun ile terörizmin finansmanı suçu ve malvarlığının dondurulması tedbiri düzenlenmiştir. Türk hukukunda terörizminin finansmanı suçuna ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Havva Begüm Tokgöz, Uluslararası Hukuk Bağlamında Terörizmin Finansmanının Önlenmesi (Yayımlanmamış yüksek lisans tezi 2018) 134-156.

Malvarlığının dondurulması tedbiri Türk hukukunda ilk kez 6415 sayılı Terörizmin Finansmanın Önlenmesi Hakkında Kanun'da düzenlenmiştir. Tedbir, Kanun'un 2. maddesinde, "malvarlığının ortadan kaldırılmasının, tüketilmesinin, dönüştürülmesinin, transferinin, devir ve temlik edilmesinin ve sair tasarrufları işlemlerin önlenmesi amacıyla, malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisinin kaldırılması veya kısıtlanması" şeklinde tanımlanmıştır. Kanunun 5. maddesinde ise uygulanma usulü, "Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin 1267 (1999), 1988 (2011) ve 1989 (2011) sayılı kararlarıyla listelenen kişi, kuruluş veya organizasyonların tasarrufunda bulunan malvarlığının dondurulması kararları, Bakanlar Kurulunun Resmî Gazete'de yayımlanan kararıyla gecikmeksizin uygulanır" şeklinde düzenlenmiştir. 07.02.2013 tarihli 6415 sayılı Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanun RG. 16.02.2013, No 28561.

245 Lopez- Jacoiste (n 4) 326-7.

246 *Due Process and Targeted Sanctions An Update of the 'Watson Report'*, The Graduate Institute of International and Development Studies (Brown University, December 2012) 5, <http://repository.graduateinstitute.ch/record/285127/files/Biersteker_Watson%20Report%20Update%202012_12.pdf> Erişim tarihi 09.04.2018.

247 Halatçı Ulusoy (n 6) 163.

4. Seyahat Özgürlüğü

Güvenlik Konseyi'nin kararlarına ilişkin olarak seyahat hakkı²⁴⁸ bireylere yönelik olarak öngörülen seyahat yasaklarını öngören yaptırımlar kapsamında değerlendirilmektedir. Seyahat hakkı kapsamında yapılan değerlendirmeler genel olarak adil yargılanma ve etkili başvuru hakkı ile ilişkilendirilerek yapılmaktadır. Seyahat yasağı öngören ve buna karşı etkili başvuru yolu öngörmeyen kararlar hem seyahat hakkı hem de adil yargılanma ve etkili başvuru hakkı bakımından ihlallerin doğmasına sebep olmaktadır. Bununla birlikte seyahat yasağı öngören yaptırımlar, özel hayat ve aile hayatına saygı hakkı kavramlarının otonom yapısı sayesinde bu başlıklar altında da değerlendirilmektedir.

Yaptırımlarla öngörülen sınırlamalar devletlerin taraf olduğu insan hakları sözleşmeleri ile belirlenen ölçütlere uygun olmalıdır. Her yaptırım kararı özelinde belirli istisnalar tanınmalı²⁴⁹ ve bunun işlerliğini sağlayacak uygun, etkin mekanizmalar oluşturulmalıdır²⁵⁰.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi *Nada/İsviçre* davasında, Güvenlik Konseyi'nin seyahat yasağı öngören yaptırım kararı ile İsviçre'ye girişi veya İsviçre'den transit geçişi yasaklanan başvurucu, tedbir ile İtalya veya İsviçre'deki doktorlarına gitmesinin ve arkadaşları ile ailesini ziyaret etmesinin engellediğini ileri sürerek mesleki hayatı ve aile hayatı da dahil olmak üzere özel hayatına saygı hakkının ihlal edildiği yönünde bir şikâyette bulunmuştur. Mahkeme, özel hayat kavramının bireyin vücut bütünlüğünü, bireysel gelişimini ve dış dünya iletişimini kapsadığını belirtmiş; bu bağlamda devletin, özel hayatın ve aile hayatının sürdürülmesine imkan sağlamakla yükümlü olduğunu ifade etmiştir²⁵¹. Mahkeme, Birleşmiş Milletler Şartı ile Sözleşme hükümlerinin mümkün olduğunca uyum içerisinde yorumlanması gerektiğinden hareketle; söz konusu yasağın demokratik toplumun gereklerine uygun olup olmadığını değerlendirirken yasağın kaynağının Güvenlik Konseyi kararı olduğunu vurgulamış ve bu noktada devletin, Konsey kararının uygulanması bakımından bir takdir yetkisi olup olmadığını sorgulamıştır. Mahkeme, davaya konu olan yaptırımların düzenlendiği 1390 sayılı Güvenlik Konseyi Kararın öngörülen tedbirlerin ulusal düzenlemelerle uygulanmasına ilişkin devletlerin yükümlülüklerini

248 Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi'nin 13. maddesi ile herkesin bir devletin toprakları üzerinde serbestçe dolaşma ve oturma hakkının olduğu ve herkesin kendi ülkesi de dâhil olmak üzere, herhangi bir ülkeden ayrılmak ve ülkesine yeniden dönmek hakkına sahip olduğu hüküm altına alınmıştır. Seyahat hakkı, Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 12. maddesinde düzenleme altına alınmıştır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 4 No'lu Ek Protokol'ün 2. maddesinde söz konusu hak düzenlenmiş maddenin devamında ise sınırlandırılması bakımından belirli ölçütlere yer verilmiştir.

249 Tıbbi tedavi gereklilikleri, dini zorunluluklardan kaynaklanan haller vb. gibi durumların istisnai hükümler kapsamında yer alabileceği ifade edilmektedir. Lopez- Jacoiste (n 4) 323.

250 1267 sayılı karar kapsamında uygulanan seyahat yasağına yargılama sürecinin gerektirdiği durumlar ve Komite'nin gerekli olduğuna karar verdiği haller bakımından iki istisna tanınmıştır. İkinci durum bakımından Komite'nin başvuruconun gerekçeleri dâhilinde belirlenen usuller ile denetleme yapacağı kabul edilmiştir.

251 *Nada v Switzerland*, para 152-4.

düzenleyen 8. maddesinde²⁵² yer alan “*uygunluğuna göre*” ifadesini, tedbirlerin uygulanması bakımından devletlere verilen bir takdir yetkisi olarak yorumlamıştır²⁵³.

Mahkeme, devletin, Güvenlik Konseyi kararının niteliğine ve kararın öngördüğü yaptırımlara zarar vermeden; ancak, kararın uygulanma süresi, karara muhatap bireyin yaşı, sağlık durumu, kararın uygulanacağı yerin coğrafi yapısı gibi somut veriler dikkate alınarak bireyin özel ve aile hayatına müdahale etmeyecek şekilde uygulanması gerektiğini ifade etmiştir²⁵⁴. Somut olay bakımından ise, özel hayat ve aile hayatına saygı hakkı ile ulusal güvenliğin korunması ve suçların işlenmesinin önlenmesi meşru amaçları arasında makul dengenin kurulmadığını ifade ederek Sözleşme’nin 8. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir²⁵⁵. Mahkeme, karar ile devletin kendini Güvenlik Konseyi kararlarının bağlayıcı mahiyetine uymakla sınırlayamayacağını, yaptırım rejiminin başvuranın bireysel durumuna uyarlanması için muhtemel bütün tedbirleri aldığı veya en azından almaya çalıştığı hususunda Mahkemeyi ikna etmesi gerektiğinin bir kez daha altını çizmiştir²⁵⁶.

Bununla birlikte söz konusu davada, Konsey kararları ile öngörülen seyahat yasakları kapsamında İsviçre’ye girişi veya İsviçre’den transit geçişini engellenen başvuru, Sözleşme’nin 5. maddesi kapsamında *kişi özgürlüğü ve güvenliği* hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir. Hakkında uygulanan tedbirlere ilişkin yaptığı başvuruların ilgili maddenin 4. fıkrası²⁵⁷ kapsamında değerlendirilmediğini ileri sürmüştür²⁵⁸. İsviçre Hükümeti ise, başvuranın İsviçre makamlarının gözetiminde tutulmadığını, İsviçre’ye giriş veya İsviçre’den geçiş yasağı dışında herhangi bir kısıtlamaya ya da belirli yükümlülüklerle tabi olmadığını ifade ederek madde kapsamında bir ihlalin söz konusu olmadığını ifade etmiştir²⁵⁹.

Sözleşme’nin 5. maddesinin 4. fıkrası ile madde bakımından sağlanan korumanın hangi şekil ve nedenle olursa olsun her türlü yakalama ve tutuklama işlemleri sırasında uygulama bulacağı kabul edilmektedir²⁶⁰. Bu fıkra ile sağlanan koruma maddenin diğer fıkralarından bağımsız olarak değerlendirilmekte ve tutukluluk hali

252 S/RES/1390, md 8; “Urges all States to take immediate steps to enforce and strengthen through legislative enactments or administrative measures, where appropriate, the measures imposed under domestic laws or regulations against their nationals and other individuals or entities operating on their territory, to prevent and punish violations of the measures referred to in paragraph 2 of this resolution, and to inform the Committee of the adoption of such measures, and invites States to report the results of all related investigations or enforcement actions to the Committee unless to do so would compromise the investigation or enforcement actions”

253 *Nada v Switzerland*, para 178.

254 *Nada v Switzerland*, para 195.

255 *Nada v Switzerland*, para 198.

256 *Nada v Switzerland*, para 196.

257 AIHS md. 5/4: “Yakalama veya tutuklama yoluyla özgürlüğünden yoksun kılınan herkes, özgürlüğünün kısıtlanmamasını yasaya uygunluğu hakkında kısa bir süre içinde karar verilmesi ve yasaya aykırı olması halinde ise serbest bırakılması için bir mahkemeye başvurma hakkına sahiptir.”

258 *Nada v Switzerland*, para 215.

259 *Nada v Switzerland*, para 217.

260 Gözübüyük & Göçüklü (n 215) 241.

diğer fıkralar bakımından Sözleşme'ye aykırı bulunmadığı hallerde dahi başvuru özgürlüğünün kısıtlanmasının yasaya uygunluğu hakkında kısa süre içinde karar verilmesi ve yasaya uygun olmaması halinde serbest bırakılması için mahkemeye başvuramıyorsa hükmün çiğnenmiş olduğu kabul edilmektedir²⁶¹. Ancak söz konusu olayda Mahkeme başvurunun içinde bulunduğu durumu maddenin birinci fıkrası kapsamında hürriyetinden yoksun bırakılma olarak değerlendirmemiştir. Mahkeme yaptığı değerlendirmede, sınırlamaların uzun süre devam ettiğini ancak başvuranın daimi ikamet adresinin bulunduğu topraklar içerisinde özgür bir şekilde yaşaması ve hareket etmesinin engellenmediğini; seyahat etmesine izin verilmeyen alanın üçüncü bir ülke olan İsviçre'nin toprakları olduğunu ve uluslararası hukuk çerçevesinde, söz konusu ülkenin bir yabancıya girişini engelleme hakkı bulunduğunu belirtmiştir²⁶². Mahkeme, yaptırım rejimi çerçevesinde başvuranın giriş veya geçiş yasağı ile ilgili muafiyet talebinde bulunmasına izin verildiği ve söz konusu muafiyetlerin aslında iki kez kendisine tanındığı, ancak kendisinin bu muafiyetlerden istifade etmediğini de göz önünde bulundurarak başvurunun hürriyetinden yoksun bırakılmadığına karar vererek 5. maddenin ihlal edildiğine ilişkin iddiaları reddetmiştir²⁶³.

1267 sayılı Güvenlik Konseyi kararının uygulanmasını konu alan Sayadi, Vinck/ Belçika davasında²⁶⁴ ise Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi seyahat özgürlüğü bakımından yaptığı değerlendirmede söz konusu hak bakımından getirilen sınırlamanın Medeni Siyasi Haklar Sözleşmesi ile öngörülen ölçütlere uygun olması gerektiğini vurgulamıştır. Başvurucular hakkında yapılan adli soruşturmalarda verilen kovuşturmayla yer olmadığına ilişkin kararın, söz konusu sınırlamanın ulusal güvenlik veya kamu düzenini korumak açısından gerekli olmadığını ispat niteliğinde olduğundan hareketle Sözleşme'nin seyahat özgürlüğünü düzenleyen 12. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir²⁶⁵. Bununla birlikte, listeye alınan kişilerin özel hayatına ilişkin bilgilerin adli soruşturma sonucu beklenmeden ve taraf devletlerin silinme yönünde başvurusuna rağmen kamuya açık şekilde listede tutulmasının Sözleşme'nin özel hayatın gizliliğini düzenleyen 17. maddesini ihlal ettiğini belirtmiştir²⁶⁶.

Değerlendirme

Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin bireye yönelik yaptırım kararları uluslararası barış ve güvenliği korumak esasından hareketle ağır insan hakkı ihlalleri

261 Gözübüyük & Gölcüklü (n 215) 243.

262 *Nada v Switzerland*, para 229.

263 *Nada v Switzerland*, para 232-234.

264 *Sayadi and Vinck v Belgium*, Merits, UN Doc CCPR/C/94/D/1472/2006, IHRL 3216 (UNHRC 2008) 22 October 2008, United Nations General Assembly [UNGA]; Office of the High Commissioner for Human Rights [OHCHR]; United Nations Human Rights Committee [UNHRC], para 10/8 <<http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:ihrl/3216unhrc08.case.1/law-ihrl-3216unhrc08>> Erişim tarihi 14.05.2018.

265 *Sayadi and Vinck v Belgium*, UNHRC para 10/8.

266 *Sayadi and Vinck v Belgium*, UNHRC para 10/13.

ve terörizmin önlenmesi odağında gerçekleştirilmektedir. Kararların uluslararası barış ve güvenliğin korunmasında ve barışı tehdit eden terör eylemlerinde önlenmesinde etkili bir araç haline geldiği kabul edilse de temel hak ve özgürlüklerin korunması hususunda bazı eksiklikleri bünyesinde barındırdığı görülmektedir. Birleşmiş Milletler Şartı örgüt-birey ilişkisi temelinde düzenlenmemiş, dolayısıyla Şart'ta insan hakları ile doğrudan bağlantı kurulmamıştır. Ancak “*insan haklarına saygının*” Örgüt’ün amaç ve ilkeleri arasında gösterilmesi ve Konsey’in görevini yerine getirirken amaç ve ilkelerle bağlı olduğunun kabul edilmesi, Konsey kararlarında temel hak ve özgürlüklerin korunmasına riayet edilmesi yükümlüğünün, Şart bağlamında, en önemli referansını oluşturmaktadır.

Güvenlik Konseyi’nin uluslararası barış ve güvenliğin korunması ile insan hakları arasındaki hassas dengeyi sağlaması gerekmektedir. Konsey’in evrensel nitelik kazanan ve yasamaya dönüştüğü kabul edilen bu yetkilerini kurumsal dengeye saygı göstererek, geçici ve dar kapsamlı düzenlemelerle, orantılı olarak kullanması ve kullanırken usulü açıdan şeffaflığı sağlaması gerekmektedir.

Güvenlik Konseyi kararları devletler bakımından bağlayıcı niteliktedir ve devletler bu kararları uygulamakla yükümlüdür. Güvenlik Konseyi’nin bireylere yönelik kararları ise ulusal düzenlemeler aracılığı uygulandığından devletler, kararları insan hakları sözleşmelerinden doğan yükümlülükleri ile uyumlu şekilde yorumlamalı demokratik toplum düzeni bakımından öngörülen koşullara uygun davranmalıdır. Devletler her iki yükümlülüğü arasında dengeyi sağlamalıdır.

Şart'ta, Güvenlik Konseyi kararlarının denetimi hususunda yetkili bir makam öngörülmemiştir. Güvenlik Konseyi kararlarının gerekli ve yeterli bir denetim mekanizmasından yoksun olması temel hak ve özgürlüklere ilişkin ihlallerin başlıca kaynağını oluşturmaktadır. Söz konusu hak ihlallerine ilişkin başvuruları inceleyecek, hakların ihlali halinde telafi etme hususunda karar verebilecek bir makamın olmaması başta adil yargılanma, etkili başvuru hakkı olmak üzere müdahalenin niteliğine bağlı olarak insan hakları sözleşmeleri ile koruma altına alınan hakların ihlali olarak değerlendirilmektedir. Bu sebeple Konsey’in bireye yönelik yaptırım kararları sonucu ortaya çıkan temel hak ve özgürlüklerin ihlali hem ulusal hem de uluslararası hukuk zemininde tartışılmaktadır.

Ulusal hukuk sistemleri bakımından yapılan denetim, Konsey kararlarının ve öngörülen sistemin aksaklıklarının ya da eksiklerinin belirlenmesi hususunda önem arz etmektedir. Devletlerin farklı hukuk sistemlerine sahip olması Güvenlik Konseyi kararlarına başvuruda tek bir model oluşumunu engellese de, söz konusu başvuruların temel hak ve özgürlükleri koruma talebi temelinde birleşmesi uluslararası düzlemde de asgari standartların oluşumuna katkı sunmaktadır. Bu katkının etkili hale gelebilmesi içinse Konsey kararlarının ulusal hukuk düzenlerindeki hukuki

nitelikleri, uygulamasının şartları ve yargısal denetimi ve bunlara ilişkin usulün hukuksal çerçevesini belirleyen yasal düzenlemelerin oluşturulması gerekmektedir.

Bununla birlikte ulusal denetim mekanizmalarının yaptığı katkı insan haklarının korunması hususunda büyük önem arz etse de uluslararası alanda denetimi yapacak uluslararası bir mekanizmanın ve bu hususta geliştirilmiş kriterlerin eksikliği farklı ulusal uygulamaların ortaya çıkmasına da sebep olabileceğinden, Konsey kararlarının meşruiyetini zayıflatacaktır. Kararların bireyin temel hak ve özgürlüklerine ilişkin sınırlarını belirleyen bir üst mekanizmanın olmaması ve söz konusu sınırlamaların daha kendi hukuk düzeninde Güvenlik Konseyi kararlarının normatif değerine ilişkin bir düzenleme olmayan ulusal mahkemelerce belirlenmeye çalışılması konunun çözümünü zorlaştırmaktadır. Bu sebeple Birleşmiş Milletler Örgütünün fiili olarak genişleyen yetkisi karşısında, Örgüt bünyesinde, bireyin haklarının korunmasını ve bu korumanın uygulamasını sağlayacak bağımsız hukuki bir denetim mekanizması oluşturulması gerekmektedir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almamıştır.

Kaynakça

Kitap ve Makaleler

- Acu M, “*Bireysel Başvuruya Konu Edilebilecek Haklar*” (2014) TBDD110 403-434
- Akande D, ‘The International Court of Justice and the Security Council: Is there Room for Judicial Control of Decisions of the Political Organs of the United Nations?’ (1997) 46(2) ICLQ 309-343
- Akkutay BL, ‘Birleşmiş Milletler Andlaşması Çerçevesinde Ekonomik Yaptırımların Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi’ (2014) 111 TBBD 411-446
- Aksar Y, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk I* (4th edn Seçkin 2017)
- Altınar Coşkun S, *Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, Akıllı Yaptırım Kararları ve Terörizmin Finansmanının Önlenmesi* (Seçkin 2015)
- Alvarez JE, *International Organizations as Law-makers* (Oxford University Press 2006)
- Alvarez JE, ‘The Security Council’s war on Terrorism: Problems and Policy Option’ in Erika De Wet, Andre Vollkaemper (eds), *Review of the Security Council by Member States* (2003)
- Arsava F, ‘BM Güvenlik Konseyi’nin İnsan Haklarını Koruma Rolü ve Güvenlik Konseyi’nin Yetkilerinin Dayanağı ve Sınırları’ (2007) 4 (13) UHPD 1-16
- Arsava F, ‘Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi’ne Karşı İnsan Hakları Himayesi’ (2007) 3(10) UHPD 1-12
- Bilge B, ‘AİHM İçtihatları Bağlamında Etkin Soruşturma Yükümlülüğü’ (2014) 5(2) İÜHFD 367-406
- Fassbender B, “*Targeted Sanctions and Due Process*”, Study Commissioned by the United Nations Office of Legal Affairs Office of the Legal Counsel–, 2006 <http://www.un.org/law/counse/Fassbender_study.pdf#search=%22%22Targeted%20Sanctions%20and%20Due%20Process%22%22>, Erişim tarihi 04.02.2018

- Frowein J & Kirsch N, 'Chapter VII. Action with Respect to Threats to Peace, Breaches of the Peace, and of Agression' in Bruno Simma, Hermann Mosler, Albrecht Randelzhofer, Christian Tomuschat, Rüdiger Wolfrum, Andreas Paulus and Eleni Chaitidou (eds), *The Chapter Of The United Nations: A Commentary, Vol 1*, (Oxford University Press 2002)
- Gemalmaz HB, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı* (2nd edn, Beta 2017)
- Gemalmaz MS, *Ulusalüstü İnsan Haklarının Genel Teorisine Giriş Cilt 1* (8th edn, Legal 2012)
- Gemalmaz MS, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş Cilt 2* (8th edn, Legal 2012)
- Gowlland Debbas V, 'Sactions Regimes Under Article 41 of the UN Charter' in Vera Gowlland Debbas, Djacoba Liva Tehindranarivelo (eds), *National Implementation of United Nations Sanctions: A Comparative Study* (Martinus Nijhoff Publishers 2004)
- Gowlland Debbas V, 'Implementing Sanctions Resolution Domestic Law' in Vera Gowlland Debbas/Djacoba Liva Tehindranarivelo (eds), *National Implementation of United Nations Sanctions: A Comparative Study* (Martinus Nijhoff Publishers 2004)
- Göçer M, 'Uluslararası Adalet Divanı ile Güvenlik Konseyi Arasında Yetki Çatışması' (2007) XI (1-2) GÜHFD 693-709
- Gözübüyük Ş & Gölcüklü F, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi (11. Ek Protokole Göre Hazırlanıp Genişletilmiş)* (11th edn, Turhan Kitabevi 2016)
- Güzeler H, 'Karar İncelemesi- İlk Derece Mahkemesi Kararlarında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi' (2009) 5(155) Rev Int'l L. & Pol 155-164
- Halatçı Ulusoy Ü, *Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Kapsamında Birleşmiş Milletler Akıllı Yaptırımları* (Turhan Kitabevi 2014)
- İnceoğlu S, *Adil Yargılanma Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi -4* (Avrupa Konseyi 2018)
- Hudson A, 'Not a Great Asset: The UN Security Council's Counter- Terrorism Regime: Violating Human Rights' (2007) 25/2 BJIL 203-227
- Kaya İ, *Terörle Mücadele ve Uluslararası Hukuk*, (USAK 2005)
- Kaya İ, *Uluslararası Hukukta Temel Belgeler* (3rd edn, Seçkin 2016)
- Kokott J & Sobotta C 'Kadı Davası- Temel Anayasal Değerler ve Milletlerarası Hukuk Arasında Bir Denge Sağlanabilir Mi?' Çev. Celalettin Dönmez (2016) Ankara Barosu Dergisi 333-348
- Korkmaz Ö, 'Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği Üyesi Olarak Almanya'da Temel Hakların Üçlü Koruma Sistemi' (2014) 16 DEÜHFD (Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan) 4261-4329
- Lopez- Jacoiste E, 'The UN Collective Security System and its Relationship with Economic Sanctions and Human Rights' (2010) 14 Max Planck UNYB 273-335
- Martinez H, *The Legislative Role of the Security Council in its Fight against Terrorism: Legal, Political, and Practical Limits* (2008) 57/2 ICLQ 333-359
- Mengiler Ö, *Çatışmadan Barışa Birleşmiş Milletler Barışı Kurma Komisyonu*, (İmaj 2014)
- Öktem E, *Uluslararası Teamül Hukuku* (Beta 2013)
- Özgenç İ, *Suç Örgütleri* (10th edn, Seçkin 2017)
- Paulus A, 'Ch.V The Security Council, Procedure, Article 29' in Bruno Simma, Daniel-Erasmus Khan, Georg Nolte, Andreas Paulus (eds), Nikolai Wessendorf (ass. ed), *The Charter of the United Nations: A Commentary, Vol. I*, (3rd edn Oxford University Press 2012)

- Pazarıcı H, *Uluslararası Hukuk Dersleri 1. Kitap*, (13th edn, Turhan Kitabevi 2016)
- Peters A, 'Ch.V The Security Council, Functions and Powers, Article 24' in Bruno Simma, Daniel-Erasmus Khan, Georg Nolte, Andreas Paulus (eds), Nikolai Wessendorf (ass. ed), *The Charter of the United Nations: A Commentary, Vol I* (3rd edn, Oxford University Press 2012)
- Sak Y, '*Birleşmiş Milletler Anti Terör Yaptırımlarının Temel Hak ve Özgürlüklere Aykırılığı ve Bireylerin Korunması: Uluslararası Hukuk ve Avrupa Birliği Hukuku*' (2009) 29 (1-2) MHB 165-210
- Shamlawi D, 'The United Nation Security Council's Continued Use of Economic Sanctions' (2015) E- International Relations Students <<http://www.e-ir.info/2015/04/17/the-united-nation-security-councils-continued-use-of-economic-sanctions/>> Erişim tarihi 03.01.2016
- Shekhtman A, 'Kadi v. Commission: A Case Study of The Development of a Rights- Based Jurisprudence For The European Court of Justice' (2013) 2011 Claremont-UC Undergraduate Research Conference on the European Union 88-104
- Sözüer A, 'Güvenliğin İzin Verdiği Ölçüde Özgürlük Anlayışının Bir Örneği Olarak Terörizmin Önlenmesi Hakkında Kanun' (Mayıs, 2012) GHD
- Şimşek T, 'Danıştay Kararlarında İHAS ve İHAM'ın Etkisi' (2015) 4(7) AHD 109-175
- Taşdemir F, 'Uluslararası Anarşiye Giden Yol: Uluslararası Hukuk Açısından Önleyici Meşru Müdafaa Hakkı' (2006) 2(5) UHPD 75-89
- Tokgöz HB, *Uluslararası Hukuk Bağlamında Terörizmin Finansmanının Önlenmesi* (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2018)
- Tomuschat C, 'The *Kadi* Case: What Relationship is there between the Universal Legal Order under the Auspices of the United Nations and the EU Legal Order?' (2009) 28(1) Yearbook of European Law, 654-663
- Tütüncü AN, 'Güvenlik Konseyi Kararlarının İç Hukukta İcrası' (2013) 13 AÜSBD 17-26
- Tzanakopoulos A, 'Domestic Court Reactions to UN Security Council Sanctions' in August Reinisch (ed), *Challenging Acts of International Organizations Before National Courts* (Oxford 2010)
- Toluner *Milletlerarası Hukuk (Giriş, Kaynaklar)* in Ayşe Nur Tütüncü, Enver Arıkoğlu, Verda Neslihan Akün, Elif Başkaracaoğlu (eds), (Beta 2017)
- Toluner S, 'Nikaragua'ya Karşı Askeri ve Benzeri Faaliyetler Davasındaki Yargı ve Meşru Müdafaa Hakkı', *Milletlerarası Hukuk Açısından Türkiye'nin Bazı Dış Politika Sorunları* (Beta 2004)
- Topal AH, *Uluslararası Terörizm ve Terörist Eylemlere Karşı Kuvvet Kullanımı* (Beta 2005)
- Yılmaz Eren E, 'Terörün Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanun Tasarısı Üzerine Bir Değerlendirme' (2013) LXXI (1) İÜHFM 1243-1272
- Yoram D, *War, Aggression and Self-Defence* (Cambridge University Press 2001)
- Zafer H, *Ceza Hukukunda Terörizm* (Beta 1999)
- Wolfrum R, 'Ch.I Purposes and Principles, Article 1' in Bruno Simma, Daniel-Erasmus Khan, Georg Nolte, Andreas Paulus (eds), Nikolai Wessendorf (ass. ed), *The Charter of the United Nations: A Commentary Vol. I*, (3rd edn, Oxford University Press 2012)

Mahkeme Kararları ve Uluslararası Belgeler

Abousfian Abdelrazik (Applicant) v The Minister of Foreign Affairs and the Attorney General of Canada (Respondents), 2009 FC 580No. T-727-08 Federal Court Zinn J., 4 June 2009<https://law.yale.edu/system/files/documents/pdf/Intellectual_Life/Abdelrazik_v_Canada.pdf> Erişim tarihi 12.04.2018

Admission of a State to the United Nations (Charter, Art. 4), Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1948, p. 57 <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/3/003-19480528-ADV-01-00-EN.pdf>> erişim tarihi 16.01.2018

Al-Dulimi And Montana Management Inc. v Switzerland App. No. 5809/08 (ECHR 21.06.2016) <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-164515>> Erişim tarihi 02.03.2019

Al-Jedda v United Kingdom App No 27021/08 (ECHR 07.07.2011) <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-105612>> Erişim tarihi 07.12.2018

Bosphorus Airways v Ireland App No 45036/98 (ECHR 03.06.2005) <[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["bosphorus"\],"documentcollectionid":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-69564"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)> Erişim tarihi 10.12.2017

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Provisional Measures, Order of 13 September 1993, I.C.J. Reports 1993, p. 325, Separate opinion of Judge ad hoc Lauterpacht, p.100 <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/91/091-19930913-ORD-01-05-EN.pdf>> Erişim tarihi 03.12.2017

Application of The Convention on The Prevention And Punishment of The Crime Of Genocide (Bosnia And Herzegovina v Yugoslavia (Serbia And Montenegro)), (Application Instituting Proceedings filed in the Registry of the Court), I.J.C., 20 March 1993 <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/91/7199.pdf>> Erişim tarihi 10.05.2018

Behrami and Behrami v France App No 71412/01 *Saramati v France, Germany and Norway* App No 78166/01 (ECHR-Decision As to The Admissibility of 02.05.2007) <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-80830>> Erişim tarihi 02.03.2019

Certain expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2 , of t h e Charter) , Advisory Opinion of 20 July 1962: I.C.J. Reports 1962,p. 151, s. 168, <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/49/049-19620720-ADV-01-00-EN.pdf>> Erişim tarihi 10.01.2018

Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, 22.02.2007 2006/2824 2007/115 sayılı kararı, <<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>> Erişim tarihi 01.12.2017

Due Process and Targeted Sanctions An Update of the “Watson Report”, The Graduate Institute of International and Development Studies, Brown University, December 2012, <http://repository.graduateinstitute.ch/record/285127/files/Biersteker_Watson%20Report%20Update%2012_12.pdf> Erişim tarihi 09.04.2018

Designing UN Targeted Sanctions (Initial Findings of The Targeted Sanctions Consortium (Tsc) Evaluating Impacts And Effectiveness Of Un Targeted Sanctions)”, Watson Institute For International Studies, Brown University, August 2012, <http://graduateinstitute.ch/files/live/sites/iheid/files/sites/internationalgovernance/shared/PSIG_images/Sanctions/Designing%20UN%20Targeted%20Sanctions.pdf> Erişim tarihi 09.04.2018

Eeckhout, Piet; ‘Kadi and Al Barakaat: Luxembourg is not Texas – or Washington DC’ (2009) EJIL: Talk <<https://www.ejiltalk.org/kadi-and-al-barakaat-luxembourg-is-not-texas-or-washington-dc/>> Erişim tarihi 04.04.2019

- European Court of Justice (Grand Chamber), Joined Cases C-402/05P and C-415/05 P, 03.09.2008, Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation v Council of the European Union and Commission of the European Communities, <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:62005CJ0402&from=EN>> Erişim tarihi 01.12.2017
- European Court of Justice (Grand Chamber), Joined Cases, C-584/10 P, C-593/10 P and C-595/10 P, 18.07.2013, *European Commission & The Council of The European Union v. Yassin Abdullah Kadi*, European Court of Justice (Grand Chamber), Joined Cases, <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=139745&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=694386>> Erişim tarihi 05.03.2019
- Fragmentation of International Law: Difficulties Arising From The Diversification And Expansion of International Law, International Law Commission Fifty-eighth Session Geneva, 1 May- 9 June and 3 July- 11 August 2006 <http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_l682.pdf> Erişim tarihi 20.03.2018
- Her Majesty's Treasury v Mohammed Jabar Ahmed and others (FC) Her Majesty's Treasury v Mohammed al-Ghabra (FC) R (on the application of Hani El Sayed Sabaei Youssef) v Her Majesty's Treasury, 27 January 2010, [2010] UKSC 2, On appeal from: [2008] EWCA Civ 1187, 2010 WL 20035 <<https://login.westlaw.co.uk/maf/wluk/app/document?&suppsrguid=i0ad629030000016438f6b0e07b743b41&docguid=I0B3983800BBC11DF942A8F25B25611C8&hitguid=I0B2D27700BBC11DF942A8F25B25611C8&rank=2&spos=2&epos=2&td=480&crumb-action=append&context=11&resolvein=true>> Erişim tarihi 12.04.2018
- Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I. C.J. Reports 2004, p. 136* <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/131/131-20040709-ADV-01-00-EN.pdf>> Erişim tarihi 16.01.2018
- Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Order of 29 January 1971, I.C.J. Reports 1971, p.12, Separate Opinion Of Vice-President Ammoun, s. 76,* <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/53/053-19710621-ADV-01-02-EN.pdf>> Erişim tarihi 03.12.2017
- Nada v Switzerland* App No 10593/08 (ECHR 12.09.2012) <[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{'fulltext':\['nada'\],'documentcollectionid2':\['GRANDCHAMBER','CHAMBER'\],'itemid':\['001-113118'\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{'fulltext':['nada'],'documentcollectionid2':['GRANDCHAMBER','CHAMBER'],'itemid':['001-113118']})> Erişim tarihi 10.12.2017
- Omar Mohammed Othman v Council of the European Union and Commission of the European Communities, Judgment of the Court of First Instance (Seventh Chamber), Case T-318/01, 11.07.2009 <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=T-318/01>> Erişim tarihi 07.04.2018
- Opinion of Advocate General Poiares Maduro (delivered on 16.01.2008) Case C-402/05 P, Yassin Abdullah Kadi v Council of the European Union and Commission of the European Communities <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62005CC0402>> Erişim tarihi 04.04.2019
- Prosecutor v Dusko Tadic, Case No. IT-94-1-1, Decision On The Defence Motion For Interlocutory Appeal On Jurisdiction, Decision of 2 October 1995 <<http://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/en/51002.htm>> Erişim tarihi 10.05.2018
- Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v United Kingdom), Provisional Measures, Order of 14 April 1992, I.C.J. Reports 1992, p. 3* <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/88/088-19920414-ORD-01-00-EN.pdf>> Erişim tarihi 04.12.2017

Reparation for Injuries suffered in the Service of the United Nations, Advisory Opinion: I.C. J. Reports 1949, p. 174 <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/4/004-19490411-ADV-01-00-EN.pdf>> Erişim tarihi 03.12.2017

Sayadi and Vinck v Belgium, Merits, UN Doc CCPR/C/94/D/1472/2006, IHRL 3216 (UNHRC 2008), 22 October 2008, United Nations General Assembly [UNGA]; Office of the High Commissioner for Human Rights [OHCHR]; United Nations Human Rights Committee [UNHRC] <<http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:ihrl/3216unhrc08.case.1/law-ihrl-3216unhrc08>> Erişim tarihi 14.05.2018

The Queen (on the application of Hilal Abdul- Razzaq Ali Al-Jedda) -and- Secretary of State for Defence, Judgment of 12.08.2005, Case No. CO/3673/2005, EWCH 1809 <[https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl-nat.nsf/xsp/.ibmmodesres/domino/OpenAttachment/applic/ihl/ihl-nat.nsf/729AF7FD917BCC45C12576F00055F55F/CASE_TEXT/Al-Jedda case - Decision of 12 August 2005.pdf](https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl-nat.nsf/xsp/.ibmmodesres/domino/OpenAttachment/applic/ihl/ihl-nat.nsf/729AF7FD917BCC45C12576F00055F55F/CASE_TEXT/Al-Jedda%20case%20-%20Decision%20of%2012%20August%202005.pdf)> Erişim tarihi 02.06.2018

United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Judgment, I.C.J. Reports 1980, p. 3, <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/64/064-19800524-JUD-01-00-EN.pdf>> Erişim tarihi 03.12.2017

Vlastimir and Borka Banković vd. v Belgium vd. App No 52207/99 (ECHR (Grand Chamber Decision As to The Admissibility) 12.10.2001) <

Yassin Abdullah Kadi v Council and Commission, Judgment Of The Court Of First Instance (Second Chamber, Extended Composition) Case T-315/01 21.09.2005, <<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30dd665ddf1244b64c2bb8b1f7250786e927.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuSaNj0?text=&docid=59906&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1166516>> Erişim tarihi 18.01.2018

Yassin Abdullah Kadi v Council of the European Union and Commission of the European Communities Judgment Of The General Court (Seventh Chamber) 30.09.2010 <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=83733&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=853308>> Erişim tarihi 18.01.2018

Yearbook International Law Commission, 1979, Voll. 2, Part 2, Report of the Commission to the General Assembly on the work of its thirty-first session <http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1979_v2_p2.pdf> Erişim tarihi 05.12. 2017

Youssef Nada v State Secretariat for Economic Affairs and Federal Department of Economic Affairs, Administrative appeal judgment, Case No 1A 45/2007; ILDC 461 (CH 2007); BGE 133 II 450, 14.10.2007, (Oxford Reports on International Law in Domestic Courts) <<https://www.eui.eu/Documents/DepartmentsCentres/AcademyofEuropeanLaw/CourseMaterialsHR/HR2009/DeWet/DeWetBackgroundReadingCase8.pdf>> Erişim tarihi 22.01.2018

Yusuf And Al Barakaat International Foundation v Council And Commission Judgment of The Court Of First Instance (Second Chamber, Extended Composition) 21.09. 2005 In Case T-306/01, <<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d0f130d535cff22761f2457ab7e8e4ca6c81ffb2.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4PaNuNe0?text=&docid=59905&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=788840>> Erişim tarihi 18.01.2018



Uluslararası Ticari Tahkimde Taraf Vekillerine Uygulanan Etik Kurallar ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar

Burcu Osmanoğlu¹

Öz

Uluslararası ticari tahkimde taraflar kimi zaman birden çok baroya bağlı bulunan, kimi zaman herhangi bir baroya bağlı bulunmayan veya hukuk eğitimi görmemiş bir veya birden çok vekil tarafından temsil edilmekte, tahkim yargılaması çoğunlukla taraf vekillerinin ikisinin de bağlı bulunmadığı tahkim yerlerinde cereyan etmektedir. Uluslararası tahkimin niteliği itibarıyla oluşan bu çeşitlilik taraf vekillerine birden çok ve bazı durumlarda çelişen etik kuralların uygulanmasına sebep olmakta, bu belirsizlik taraf vekillerine hangi etik kuralların uygulanacağı, etik kuralların ihlali halinde yaptırımın hangi otorite tarafından sağlanacağı, hakem kurullarının taraf vekillerini cezalandırma yetkileri bulunup bulunmadığı hususlarında birçok soruyu da beraberinde getirmektedir. Bu çalışmada uluslararası ticari tahkimde taraf vekillerine uygulanan mevcut kurallar incelenecek, bu kuralların içeriği ve uygulamada karşılaşılan zorluklar değerlendirilecek ve son olarak mevcut düzenlemelerdeki eksiklikler ile yaptırım sorunu tartışılacaktır.

Anahtar Kelimeler

Uluslararası ticari tahkim • Etik • Pratik uygulama • Konular

Ethical Rules Applicable to Party Representatives in International Commercial Arbitration and Difficulties Encountered in Practice

Abstract

Parties in international commercial arbitration are represented either by one or more party representatives registered with multiple bars or not registered with a bar at all or by a layperson. The seat of arbitration is usually where neither party's representative is licensed. This diversity arising out of the very nature of international arbitration gives rise to the application of multiple ethical rules to party's representatives and brings up the question of which ethical rules shall be applicable to parties' representatives, who shall be the competent authority in case of breach and whether the arbitral tribunals have legitimate power to sanction the parties' representatives. In this article, we first examine existing ethical rules regulating the conduct of party representatives in international arbitration. Then we explain the content and difficulties encountered in the application of the said rules. Finally, we discuss the gaps of the current regulations and the enforcement issue.

Keywords

International commercial arbitration • Party representatives • Ethics • Practical application • Issues

1 Sorumlu Yazar: Burcu Osmanoğlu (Lisansüstü Öğrencisi), İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, Türkiye. Eposta: burcu@osmanogluhukuk.com ORCID: 0000-0003-0591-6141

Atf: Osmanoğlu B, "Uluslararası Ticari Tahkimde Taraf Vekillerine Uygulanan Etik Kurallar Ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar" (2019) 39(1) PPIL 275. <https://doi.org/10.26650/ppil.2019.39.1.0008>

Extended Summary

The Chartered Institute of Arbitrators (CI Arb) in its Code of Professional and Ethical Conduct for Members, defines ethical rules as “*a set of moral principles according to which one should conduct one’s affairs*”.

It is common for parties in international commercial arbitration cases to be represented by one or more party representatives registered with multiple bars or not registered with a bar at all or even by a layperson, when permitted. Moreover, often, the seat of arbitration can be where neither party’s representative is licensed. This brings up the question of which ethical rules shall be applicable to the parties’ representatives, who shall be the competent authority in case of breach, whether the arbitral tribunals have legitimate power to sanction the parties’ representatives and so on.

Long before the current discussions on the necessity to adopt a Code of Ethics for parties’ representatives, Professor Michael Reisman affirmed in 1971 that parties’ representatives should be subject to regulation at an international level.

The International Bar Association (IBA) published the IBA Guidelines on Party Representation in its IBA Guidelines on 23rd May 2013 specifically regulating the conduct of party representatives in international arbitration proceedings. According to the Guidelines, it shall apply where and to the extent that the Parties have so agreed, or if the arbitral tribunal, after consultation with the Parties, wishes to rely upon them after having determined that it has the authority to rule on matters of Party representation to ensure the integrity and fairness of the arbitral proceedings.

Furthermore, the London Court of International Arbitration (LCIA) Rules came into force on 1st October 2014 with an Annex entitled General Guidelines for the Parties’ Legal Representatives (LCIA Rules). Contrary to the IBA Guidelines, the LCIA Rules apply to all arbitration conducted under the auspices of the LCIA commenced on or after 1st October 2014.

Finally, the Singapore Institute of Arbitrators (SI Arb) published Guidelines on Party-Representative Ethics (SI Arb Guidelines) on 26th April 2018 and the American Arbitration Association (AAA) together with the International Centre for Dispute Resolution (ICDR) published Standards of Conduct for Parties and Representatives (AAA Standards).

Uncertainty regarding the ethical rules applicable to party representatives as well as the differences in the application and appreciation of the above-mentioned regulations lead to two concerns: the use of guerrilla tactics by party representatives in an attempt to derail arbitral proceedings and the absence of a level playing field for parties and their counsel in international arbitration.

Existing guidelines and rules deal with common areas of concern, including the party representative's duty to ensure the integrity and fairness of the arbitral proceedings, duty of candour or honesty owed to the arbitral tribunal, the promotion of the good and equal conduct, limitation of the communication with witnesses, the other party and arbitrators. However, it is clear that existing regulations do not provide a solution for all the existing ethical problems, such as contingent fees, third party funders, lawyer-client privilege, and confidentiality of settlement negotiations.

Some scholars called for the creation of a Global Code of Ethics, a uniform set of rules applicable to all party representatives at an international level. However, other scholars expressed concerns that the super production of rules and guidelines may bring more harm than the benefit it is supposed to bring and is a threat to one of the biggest advantages of international arbitration which is the procedural flexibility.

One of the biggest problems regarding the application of ethical rules to party representatives in international arbitration is the absence of a competent authority who is able to enforce the said rules in case of a breach. The IBA Guidelines as well as the LCIA Rules give arbitral tribunals the power and duty to sanction breaching party representatives. It is understandable knowing that the arbitral tribunals are vested with wide powers and in the best position to supervise and prevent unethical behaviour.

An alternative would be to give the power to sanction party representatives to arbitral institutions - as did the AAA in its Standards of Conduct - by recording party representatives that do not conduct themselves in an appropriate manner in the Institute's black lists.

Finally, the Swiss Arbitration Association (ASA) suggested the creation of a Global Arbitration Ethics Council, a transnational body charged with the enforcement of ethical principles. In November 2015, an informal working group was chaired by the ASA in which several known arbitration associations and institutions participated. After reviewing empirical data collected from bar councils all over Europe and the US, the group held a second meeting and reached the conclusion that the "*time has not yet come*" to form an international body charged with the enforcement of ethical standards.

This article suggests that, before calling for radical changes such as the implementation of a Global Code of Ethics or the creation of a transnational body charged with the enforcement of ethical principles, it should be deeply analysed whether arbitral tribunals are able to deal with ethical issues under current regulations.

“Uluslararası tahkimde etik
birçok tartışmaya yol açmış
ancak çok az cevap üretebilmiştir”¹.

Lord Goldsmith

Uluslararası Ticari Tahkimde Taraf Vekillerine Uygulanan Etik Kurallar ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar

Giriş

Etik, hakkında pek çok tanım bulunan ancak tam olarak açıklanması zor bir kavramdır. Etimolojik kökeni Fransızca *éthique* (ahlak/ahlaki), eski Yunanca *ethikós* (ahlaka ilişkin) ve *éthos* (örf, adap, ahlak, töre) sözcüğünden türetilmiştir². Yunanca “*éthos*”un Latincesi *mos*, “*mos*”un çoğulu ise töre, gelenek anlamına gelen *morestir*.

Bir tanıma göre etik, “*belirli bir gruba, alana veya davranış biçimine özgü ahlaki kurallar bütünü*”³, diğer bir tanıma göre “*iyi ve kötünün ne olduğu ile ahlaki vazife ve yükümlülükle ilgili disiplin*”⁴ olarak tanımlanırken Türk Dil Kurumu “*töre bilimi, çeşitli meslek kolları arasında tarafların uyması veya kaçınması gereken davranışlar bütünü, etik bilimi, ahlaki, ahlakla ilgili*” şeklinde tanımlanmıştır⁵.

Etik kurallar ise, Chartered Institute of Arbitrators (CIArb) Üyeler İçin Mesleki ve Etik Davranış Kurallarında “*bir kimsenin işlerini idare ederken dikkate alması gereken ahlaki kurallar bütünü*” olarak tanımlanmıştır⁶.

Günümüzde uluslararası tahkimde tüm uygulamacılara (hakemler, tahkim enstitüleri, avukatlar, taraflar, tanıklar, üçüncü taraf finansörleri, veri analiz şirketleri) uygulanan resmi ve yeknesak etik kurallar var olmamakla birlikte önde gelen tahkim kurumları, ticaret odaları ve uluslararası kuruluşlar bilhassa hakemlere ve taraf vekillerine uygulanan kendi etik kurallarını yayınlamaya başlamışlardır. Şüphesiz ki bu düzenlemelerin hakemlere ve taraf vekillerine yönelik olmasının sebebi hakem ve taraf vekillerinin en çok göz önünde olan tahkim uygulamacıları olmalarından kaynaklanmaktadır.

Uygulamacıardan bazıları uluslararası tahkimde yeknesak etik kuralların düzenlenmemiş olmasını, başka bir deyişle global bir etik kanunun bulunmayışını uluslararası tahkimin meşrutiyyetine yönelik bir tehdit olarak görmekte⁷ iken başka

1 Sebastiano Nessi, ‘Creation of a Global Arbitration Ethics Council: the Swiss Arbitration Association declares that time has not yet come’ <<http://arbitrationblog.practicallaw.com/creation-of-a-global-arbitration-ethics-council-the-swiss-arbitration-association-declares-that-time-has-not-yet-come>> Erişim Tarihi: 04.12.2018.

2 Etimoloji Türkçe <<https://www.etimolojiturkce.com/kelime/etik>> Erişim Tarihi: 04.12.2018.

3 Oxford Dictionaries <<https://en.oxforddictionaries.com/definition/ethic>> Erişim Tarihi: 04.12.2018.

4 Webster Dictionary <<https://www.merriam-webster.com/dictionary/ethic>> Erişim tarihi: 04.12.2018

5 Türk Dil Kurumu <http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&view=bts&kategori=118065> Erişim Tarihi: 04.12.2018

6 Chartered Institute of Arbitrators Code of Professional and Ethical Conduct for Members, 2009.

7 Catherine Rogers, ‘Guerrilla Tactics in International Arbitration’, (SSRN, 5 May 2013), <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2260568> Erişim Tarihi: 04.12.2018.

bir görüşe göre tahkimde fazla düzenleme olması (*super production of rules and guidelines*) tahkimin en önemli özelliği olan prosedürün esnekliğine gölge düşürmekte, dolayısıyla tahkimin gelişiminde faydadan çok zarara sebebe yol açmaktadır⁸.

Bu tartışmanın temelini anlayabilmek için günümüzde uluslararası tahkimde etik kurallara niçin ihtiyaç duyulduğunun anlaşılması gerekir. Endişe ne ise çaba da o olur. Geçmiş yılların endişesi tahkimi devlet yargısı önünde özgürleştirmektir. 20. Yüzyılın son çeyreğinde ise tahkim gelişme göstererek olağan çözüm yolu haline geldi⁹. Bilmek gerekir ki dünya üzerinde ekonomik değeri artıkça bozulmayan hiçbir şey yoktur. Dünyada tahkimin gelişmesi için olumsuzlukların farkında olmak ve bunu engelleyecek tedbirler geliştirmek gerekmektedir.

Gerçekten de bugün uluslararası tahkimde etik kurallara ihtiyaç duyulmasının başlıca sebebi, uluslararası tahkim camiasının gittikçe daha geniş ve farklı yasal sistemlerden, kültürlerden gelen yeni üyelere/uygulamacılara erişilebilir hale gelmesi¹⁰; bunun sonucunda mesleki davranış hakkında geleneksel olarak kabul görmüş varsayımların değerini yitirmiş olmasıdır¹¹.

Yukarıda belirtildiği gibi mevcut etik düzenlemelerin hakemlere ve taraf vekillerine yönelik olmasının sebebi hakemlerin ve taraf vekillerinin tahkim yargısında en çok göz önünde olan uygulamacılar olmasından kaynaklanmaktadır. ISTA, 16 Kasım 2018’de tanıtımını yaptığı Hakem Etik Kuralları ile Uluslararası Tahkim Kurumlarının kurallarıyla karşılaştırmalı bir çalışma yaparak “adil, dürüst ve süratli yargılamaya; hakemin görevi kabulü ve icrası, hakemin tarafsızlığı ve bağımsızlığı; bildirim yükümlülüğü; taraflarla iletişim; güven ve gizlilik ilişkisi ile yargılama masrafları ve ücretlerin belirlenmesinde adil olunması” başlıklarıyla hakemlere ve hakem kurullarının uyması gereken etik kuralları düzenledi. ISTA tarafından yayınlanan ve hakemlere uygulanan bu kurallar uluslararası tahkimin bugünkü ihtiyaçları göz önünde alındığında önemli eksiklikler ihtiva etmekle birlikte ülkemizde uluslararası tahkimde etik kurallara duyulan ihtiyaç konusunda farkındalık yaratması bakımından son derece yararlı olmuştur.

Uluslararası Barolar Birliği’nin 2010 yılında taraf vekillerinin tahkimde sergiledikleri davranışlarla ilgili düzenlediği çalıştayda¹² taraf vekillerinin kendilerine hangi etik kuralların uygulandığı hususunda emin olmadıkları, araştırmaya

8 Paolo Marzolini, ‘Counsel Ethics in International Arbitration: Is There Any Need for Regulation?’, *Indian Journal of Arbitration Law*, S 2, 2018, 127; Felix Dasser, Danielle Gauthey, ‘La bonne foi dans l’arbitrage’, *ASA Bulletin*, Kluwer Law International, 2015, S 2, 273; Paula Hodges, ‘International Arbitration: Time to Draw the Line?’, *Austrian Yearbook on International Arbitration*, 2015, 229; Jane Wessel, Gordon McAllister, ‘Towards a Workable Approach to Ethical Regulation in International Arbitration’, *Canadian International Lawyer*, 2015, 10(2), 6.

9 Süheyla Balkar Bozkurt, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Bağımsızlık Yükümlülüğü*, Onikilevha Yayınları, 2016, 1.

10 Marzolini, a.g.e., 126.

11 Catherine A. Rogers, *Ethics in International Arbitration*, United Kingdom, Oxford University Press, 2014, 74,75.

12 The International Bar Association Task Force on Counsel Conduct in Arbitration Survey 2010, <<https://www.ibanet.org/Article/NewDetail.aspx?ArticleUid=610bbf6e-cf02-45ae-8c3a-70dfdb2274a5>> Erişim Tarihi: 31.03.2019.

katılanların % 87'sinin ise karşı taraf vekiline hangi etik kuralların uygulandığını hiç veya nadiren bildiklerini ortaya koymuştur¹³.

Bu çalışmanın seçilme sebebi ise uluslararası ticari tahkimin dürüst ve adil bir şekilde yürütülmesi ve meşruluğuna gölge düşürülmemesi için en az hakemler kadar önemli olan taraf vekillerine uygulanan mevcut etik düzenlemeler ile bu düzenlemelerin zaman zaman yetersiz kalması sebebiyle uygulamada karşılaşılan sorunlar konusunda farkındalık yaratılmak istenmesidir.

Birçok uluslararası tahkim yargılaması, farklı yasal sistemlerden gelen taraf vekillerinin ikisinin de bağlı bulunmadığı tahkim yerlerinde yapılmakta, çoğunlukla taraf vekilleri birden çok baroya bağlı bulunmakta; kimi zaman ise taraflar herhangi bir baroya bağlı olmayan veya hukuk eğitimi görmemiş vekillerce temsil edilmektedir. Tüm bu hususlar taraf vekillerine hangi etik kuralların uygulanacağı, etik kuralların ihlali halinde yaptırımın hangi otorite tarafından sağlanacağı, hakem kurullarının taraf vekillerini cezalandırma yetkileri bulunup bulunmadığı hususlarında bir çok soruyu da beraberinde getirmektedir¹⁴.

Çalışmamızın ilk bölümünde uluslararası ticari tahkimde taraf vekillerine uygulanan mevcut kurallar incelenecek, çalışmamızın ikinci bölümünde bu kuralların içeriği ve uygulamada karşılaşılan zorluklar değerlendirilecek ve son olarak mevcut düzenlemelerdeki eksiklikler ile yaptırım sorunu tartışılacaktır.

I- Uluslararası Ticari Tahkimde Taraf Vekillerine Uygulanan Mevcut Etik Kurallar

A. Genel Düzenlemeler

Günümüz tartışmalardan yıllar önce, 1971 yılında, Profesör Michael Reisman uluslararası tahkimde taraf vekillerinin uluslararası düzeyde kurallara tabi olması gerektiğini öngörmüştü¹⁵.

Geçtiğimiz senelerde birçok akademisyen ve uygulamacının bu çağrıya katılarak aksiyon alınması gerektiğini belirtmesi üzerine çeşitli uluslararası kuruluşlar kurallar, kılavuzlar ve kanunlar yayınladı¹⁶. Bunlardan en önemlileri: Uluslararası Barolar

13 Andrii Zharikov, 'Conflicts and Ethics in International Arbitration', (2019) *The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, 85, Thomson Reuters, England, 37,39.

14 Catherine A. Rogers, 'Fit and Function in Legal Ethics: Developing a Code of Conduct for International Arbitration', <https://elibrary.law.psu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1238&context=fac_works> Erişim Tarihi: 04.12.2018; Andrii Zharikov, 'Conflicts and Ethics in International Arbitration', (2019) *The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, 85, Thomson Reuters, England, 37,39. Jane Wessel and Gordon McAllister 'Towards a Workable Approach to Ethical Regulation in International Arbitration' (2015) 10(2) *Canadian International Lawyer*, Vol. 10(2), (2015), 5.

15 W. Michael Reisman, 'Nullity and Revision: The Review and Enforcement of International Judgements and Awards', Yale University Press, 1971.

16 Catherine A. Rogers, *Ethics in International Arbitration*, Oxford University Press, (2014) United Kingdom, 102.

Birliği Avukatlık Meslek Kuralları Genel Prensipleri¹⁷ (*IBA General Principles for the Legal Profession*), Uluslararası Avukatlar Birliği “Turin Prensipleri”¹⁸ (*Union Internationale des Avocats “Turin Principles”*), Avrupa Topluluğu Barolar ve Hukuk Kurumları Konseyinin Avukatlar İçin Davranış Kuralları¹⁹ (*The Council of Bars and Law Societies of Europe’s Code of Conduct for European Lawyers*) ve Uluslararası Barolar Birliği Avukatlar İçin Davranış Prensipleridir²⁰ (*IBA International Principles on Conduct for the Legal Profession*).

Ancak bu düzenlemeler çoğunlukla uluslararası hukuk uygulamacılarına yönelik genel nitelikli düzenlemeler olarak kalmış, uluslararası tahkimin özel ihtiyaçlarına göre geliştirilmemiştir²¹.

B. Özel Düzenlemeler

25 Mayıs 2013 tarihinde Uluslararası Barolar Birliği Konseyi tarafından hazırlanan Uluslararası Tahkimde Taraf Vekilleri Kılavuzu²² (*IBA, Guidelines on Party Representation in International Arbitration*), taraf vekillerinin uluslararası tahkimde mesleklerini icra ederken uymakla yükümlü oldukları uluslararası ve yeknesak davranış kurallarını düzenledi.

IBA Kılavuzunun uygulanması, diğer bağlayıcı olmayan hukuk kuralları (*soft law*) gibi tarafların anlaşmasıyla tahkim anlaşmasının bir parçası haline getirilmedikçe ya da hakem kurulu prosedürel yetkileri kapsamında Kılavuzu uygulamaya karar vermedikçe zorunlu tutulmamıştır. Öyle ki önsözde de “kural” yerine “kılavuz” ibaresinin kullanılma sebebinin Kılavuzun sözleşmesel özelliğine dikkat çekmek olduğu belirtilmiştir²³.

Kılavuzun uygulama alanı birinci ilkede açıklanmıştır. Buna göre Kılavuz; taraflarca uygulanmasına karar verilmesi yani tahkim sözleşmesinin bir parçası haline getirilmesi veya hakem kurulunun taraf vekillerine dair hususlarda karar vermeye yetkili olduğunu saptaması üzerine taraflar ile görüşmesini müteakip tahkim prosedürünün dürüst ve adil bir şekilde yürütülmesi için Kılavuza dayanmaya karar vermesi halinde uygulanmaktadır²⁴.

17 2006 IBA General Principles for the Legal Profession.

18 2005 Union Internationale des Avocats “Turin Principles”.

19 2006 Council of Bars and Law Societies of Europe Code of Conduct for European Lawyers.

20 2011 IBA International Principles on Conduct for the Legal Profession.

21 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, 2nd, Kluwer Law International, (2014) 2854.

22 2013 IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration.

23 2013 IBA Guidelines on Party Representation, Preamble: “The use of the term guidelines [as the title of the Guidelines] rather than rules is intended to highlight their contractual nature”.

24 2013 IBA Guidelines on Party Representation, Guideline 1: “The Guidelines shall apply where and to the extent that the Parties have so agreed, or the Arbitral Tribunal, after consultation with the Parties, wishes to rely upon them after having determined that it has the authority to rule on matters of Party representation to ensure the integrity and fairness of the arbitral proceedings”.

Born'a göre Kılavuzun sözleşmesel özelliğinin belirtilmesi yanında hakem kurulunun tarafların anlaşması olmasa dahi prosedürün dürüst ve adil bir şekilde yürütülmesi amacıyla Kılavuzu uygulama yetkisinin belirtilmesi, Kılavuzun kapsamını ve uygulanma alanını belirsiz kılmaktadır²⁵.

Uluslararası ticari tahkimde taraf vekillerine uygulanan etik kurallara ilişkin bir başka önemli düzenleme ise Londra Uluslararası Tahkim Mahkemesi'nin 2014 yılında revize ettiği Tahkim Kurallarına ek olarak yayınladığı Taraf Vekilleri İçin Genel Kılavuzdur²⁶ (*LCIA Arbitration Rules, Annex 1, General Guidelines for the Parties' Legal Representatives*).

LCIA Tahkim Kuralları Madde 18.5'e göre²⁷ taraflardan her biri, yasal vekillerinin bu kuralların ekinde bulunan Kılavuz'a uygun davranacağını garanti etmektedir. Taraf, yasal vekiline hakem kurulu önünde temsil yetkisi vererek, temsilcinin bu kurallara uygun davrandığını kabul eder. Hakem sözleşmesi yalnız tahkim sözleşmesi tarafları arasında bağlayıcı olduğundan LCIA Kılavuzunda taraf vekillerinin Kılavuza uygun davranma yükümlülüğünün taraflara yüklenmesi doğru bir hamle olmuştur.

Singapur Hakemler Enstitüsü 2018 yılında Asya Pasifik ülkelerindeki hukuk sistemleri ve bölgedeki uluslararası tahkim pratiğinin, esas olarak tavsiye niteliğinde "Taraf Vekillerine Uygulanan Etik Kurallar Hakkında Kılavuz"²⁸ (*Singapore Institute of Arbitrators Guidelines on Party-Representative Ethics*) yayınlamıştır.

Konuyla ilgili son düzenleme Amerikan Tahkim Derneği'nin (AAA) Uluslararası Uyuşmazlıkların Çözüm Merkezi ile yayınladığı (ICDR) "Taraflar ve Vekilleri için Davranış Kuralları"²⁹ dır. (*American Arbitration Association-International Centre for Dispute Resolution Standards of Conduct for Parties and Representatives*). AAA, kendi bünyesinde yürütülen tahkim davalarında tarafların ve vekillerin söz konusu kurallara uygun davranmasını zorunlu kılmıştır.

Yukarıda saydığımız özel düzenlemeler yanında bazı yazarlar global bir etik kanunun yürürlüğe sokularak uluslararası tahkimde tüm taraf vekillerine yeknesak olarak uygulanmasını önermiş, tahkim enstitülerinin bu kanunu kurallarının bir parçası haline getirmesiyle uygulamaya geçirilmesi muhtemel olan bu öneri tahkimin en önemli özelliklerinden biri olan prosedürün esnekliği ilkesine aykırı olacağı, mevcut yerel etik kurallarla çatışacağı ve yaptırım merciinin belirlenmesindeki güçlükler gibi zorluklar sebebiyle benimsenmemiştir³⁰.

25 Born (n 21) 2855.

26 2014 LCIA Arbitration Rules, Annex 1, General Guidelines for the Parties' Legal Representatives.

27 2014 LCIA Arbitration Rules, Article 18.5.

28 2018 SI Arb Guidelines on Party-Representative Ethics.

29 AAA-ICDR Standards of Conduct for Parties and Representatives.

30 Zharikov (n 13) 43,44.

C. Taraf Vekillerine Hangi Etik Kuralların Uygulanacağı Sorunu

Yukarıda incelediğimiz uluslararası düzenlemelerin yanında, taraf vekillerine mensup oldukları baroların yerel etik düzenlemeleri de uygulanmakta ancak bu kurallar nadiren taraf vekilinin uluslararası tahkimdeki davranışlarını kapsamaktadır. Bununla beraber birçok uluslararası tahkim yargılamasında aynı tarafı temsil eden taraf vekili veya vekilleri birden çok baroya mensup olduğundan, farklı ve kimi zaman çelişen yerel etik düzenlemelere tabi olmakta kimi zaman ise herhangi bir baroya mensup olmanın veya hukukçu olmanın taraf vekili olmak için zorunluluk olmadığı yasal sistemlerde taraf vekiline hiçbir yerel etik düzenleme uygulanmamaktadır³¹.

Richard Mosk gibi bazı yazarlara göre farklı yasal sistemlerinden gelen ve aynı davada karşı tarafları temsil eden taraf vekilleri arasında doğabilecek eşitsizliklerin engellenmesi amacıyla taraf vekillerine tahkim yeri etik düzenlemelerinin uygulanması gerekmektedir. Ancak bu uygulama, tahkim yeri etik düzenlemelerinin tahkim prosedürünün hangi aşamasında uygulanmaya başlayacağı sorusunu da beraberinde getirmektedir³². Bununla beraber taraf vekillerine tahkim yeri etik kurallarının uygulanması halinde tahkim yeri mahkemelerinin bu denetimi sağlaması gerekecek, bu da beklenmedik sonuçlara yol açabilecektir³³. Son olarak tahkim yeri düzenlemelerinin uluslararası kabul görmüş standartların altında kalabilmesi de olasılıklar dahilindedir³⁴.

II- Uluslararası Ticari Tahkimde Taraf Vekillerine Uygulanan Mevcut Etik Kuralların İçeriği Ve Uygulamada Karşılaşılan Zorluklar

A. Taraf Vekilinin Tahkim Prosedürünün Dürüst ve Adil Bir Şekilde Yürümesini Sağlama ve Hakem Kuruluna Dürüst Beyanda Bulunma Yükümlülüğü

IBA Kılavuzu'nun birinci ilkesi, taraf vekilinin tahkim prosedürünün dürüst ve adil bir şekilde yürümesini sağlamakla görevli olduğunu dolaylı olarak ifade etmektedir³⁵.

IBA Kılavuzu'nun 9., 10., ve 11. ilkeleri ile LCIA Kılavuzunun 3., 4., ve 5. Paragrafları ise genel hatlarıyla taraf vekilinin hakem kuruluna dürüst beyanda bulunma yükümlülüğünü düzenlemektedir³⁶. IBA Kılavuzu'nun 9. İlkesinde,

31 Zharikov (n 13) 38,39.

32 Zharikov (n 13) 40.

33 Zharikov (n 13) 40. *Positive Software Solutions Inv v New Century Mortgage Corp* 2010 US App LEXIS 19072 (5th Cir, 2010).

34 Jane Wessel, Gordon McAllister, "Towards a Workable Approach to Ethical Regulation in International Arbitration", Canadian International Lawyer, (2015) Wessel and McAllister (n 14) 6.

35 2013 IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration, Guideline No.1; Marzolini (n 8) 128.

36 Birçok baro üye avukatlarına mesleklerini icra ederken Mahkeme'ye ve karşı tarafa karşı doğru ve dürüst beyanda bulunma yükümlülüğü getirmektedir (2013 ABA Model Rules of Professional Conduct, Rule 3.3, 3.4; Code of Conduct of the Bar of England and Wales, paragraf 302; Rules of Professional Conduct of the Swiss Bar Association, Madde 1). Ancak farklı hukuk sistemlerinde farklı yükümlülükler mevcuttur. Örneğin İngiltere, Amerika ve Almanya avukatlara ispatla desteklenmeyen hususlarda beyanda bulunmayı yasaklarken; Meksika ve Suudi Amerika bunu yasaklamamaktadır. Daha fazla bilgi için Bkz.: Born (n 21) 2857.

“taraf vekilinin hakem kuruluna kasti olarak yanlış beyanda bulunamayacağı”, 10. İlkesinde ise “taraf vekilinin yanlış beyanda bulunduğunu öğrenmesi halinde, avukat müvekkil gizlilik kurallarını ihlal etmemek kaydıyla bu beyanı en kısa süre içerisinde düzeltilmesi gerekmektedir” hükmü mevcuttur.

IBA Kılavuzunun 26. İlkesinde belirtildiği gibi hakem kurulu, taraf vekilinin dürüst davranmadığını tespit ettiği takdirde ilgili vekili uyarabilir, vekilin öne sürdüğü kanıt ve yasal argümanlar hakkında olumsuz çıkarımlarda bulunabilir, yargılama giderlerine hükmederken taraf vekilinin ihlalini göz önünde bulundurabilir ve tahkim prosedürünün dürüst ve adil bir şekilde devam etmesi için gerekli diğer tedbirleri alabilir³⁷. Ancak Kılavuz’un 3. ilkesinde açıkça bu Kılavuzun taraf vekilinin başlıca yükümlülüğü olan müvekkiline karşı “sadakat yükümlülüğü” (*duty of loyalty*) veya müvekkilinin davasını etkin bir şekilde ortaya koyma yükümlülüğüne engel olamayacağı belirtilmiştir³⁸.

Aynı şekilde LCIA Kılavuzunun 1. Paragrafında da bu kuralların tahkim sözleşmesi veya taraf vekillerinin başlıca yükümlülüğü olan temsil ettiği müvekkiline karşı sadakat yükümlülüğüne ve müvekkilinin davasını etkin bir şekilde ortaya koyma yükümlülüğüne istisna olamayacağı, ayrıca bu kuralların emredici hükümler ile taraf vekiline uygulanan yerel meslek kurallarının uygulanmasını engellemeyeceği açıkça belirtilmiştir³⁹.

Marzolini’ye göre ideal bir dünyada karşı taraf ve hakem heyetine karşı taraf vekilinin dürüstlük ve sadakat yükümlülüğünün, müvekkiline karşı sadakat yükümlülüğüyle çelişmemesi gerekirdi; ancak uygulamada bu çatışma yaşanmakta ve dolayısıyla göz önüne alınması gerekmektedir⁴⁰.

Taraf vekillerinin adil ve dürüst davranma yükümlülüğünün her zaman müvekkiline karşı olan sadakat yükümlülüğünün önüne geçmesi gerektiğini sonucuna varmak mevcut gerçeği tam olarak yansıtmayacağı gibi sadakat yükümlülüğünün her zaman adil ve dürüst davranma yükümlülüğünün önüne geçmesini savunmak da doğru olmayacaktır⁴¹. Rogers’a göre taraf vekillerinin bu iki yükümlülüğü arasındaki ilişki, uluslararası tahkimde etik kuralların sınırlarını belirlemesi bakımından çok önemlidir⁴².

37 2013 IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration, Guideline No.26 (a), (b), (c), (d).

38 2013 IBA Guidelines on Party Representation, Guideline 3.

39 2014 LCIA Arbitration Rules, Annex 1, General Guidelines for the Parties’ Legal Representatives, Paragraph 1; Aynı doğrultuda SIArb Guidelines on Party-Representative Ethics, Guideline 2.1.

40 Marzolini (n 8) 129.

41 Marzolini (n 8) 130.

42 Catherine A. Rogers, ‘Fit and Function in Legal Ethics: Developing a Code of Conduct for International Arbitration’, Rogers (n 14). <https://elibrary.law.psu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1238&context=fac_works> Erişim Tarihi: 04.12.2018.

Uygulamada hakem kurullarının, doğru ve dürüst beyanda bulunmayan taraf vekillerini genellikle vekilin davranışından olumsuz çıkarımda bulunarak ve yargılama giderlerine hükmederken bu davranışı dikkate alarak cezalandırıldığı görülmektedir⁴³.

B. Taraf Vekillerinin Tahkim Prosedürü Esnasında Doğru ve Dengeli Davranışlar Sergileme Yükümlülüğü

LCIA Kılavuzunun 1. Paragrafında bu kurulların taraf vekillerinin tahkim prosedürü esnasında doğru ve dengeli davranışlar sergilemesini teşvik etmeyi amaçladığı belirtilmiştir⁴⁴.

Aynı doğrultuda LCIA Kılavuzunun 2. Paragrafında, taraf vekillerinin tahkim prosedürünü kasten ve haksız şekilde engelleyecek davranışlardan kaçınmaları gerektiği düzenlenmiştir. Kılavuzda bu davranışlara örnek olarak hakem kurulunun seçilmesine veya iddiasının temelsiz olduğunu bilmesine rağmen yetkisine art arda itiraz etmek gösterilmiştir⁴⁵. Benzer şekilde SI Arb Kılavuzunun 1.2. ilkesi ile AAA-ICDR'nin Taraf ve Vekilleri için Davranış Kurallarında taraf vekillerinin, tahkim süreci veya prosedürünü karşı tarafı taciz etmeye, süreci gerekeceği halde uzatmaya veya aksatmaya yönelik suistimal teşkil eden davranışlardan kaçınmaları gerektiği düzenlenmiştir⁴⁶.

LCIA, SI Arb ve AAA-ICDR bu düzenlemelerle uluslararası tahkimde birçok uygulamacının karşılaştığı gerilla taktikleri (*guerilla tactics*) sorununu engellemeyi amaçlamıştır. Gerilla taktiklerine örnek olarak hakemlerle diğer tarafın yokluğunda görüşmek (*ex parte communication*), ifadesini değiştirmek için tanığı tehdit etmek, yasaya aykırı olarak iletişim ve dökümanları engellemek, hakem kurulunun yetkisine mesnetsiz olarak itiraz etmek, delilleri geç ibraz etmek, hakem kuruluna saygısızlık yapmak ve sair genel geciktirici taktikler verilebilir⁴⁷. Bazı taraf vekili uygulamacılar bu taktikleri kabul edilemez davranışlar olarak görürken, diğer taraf vekili uygulamacılar bu taktiklerin bazılarını ya da tümünü müvekkillerinin iddialarını savunurken -en azından bir dereceye kadar- gerekli ve meşru görmekteyiz.

43 Born (n 21) 2858.

44 2014 LCIA Arbitration Rules, Annex 1, General Guidelines for the Parties' Legal Representatives, Paragraph 1: "These general guidelines are intended to promote the good and equal conduct of the parties' legal representatives appearing by name within the arbitration".

45 2014 LCIA Arbitration Rules, Annex 1, General Guidelines for the Parties' Legal Representatives, Paragraph 2: "A legal representative should not engage in activities intended unfairly to obstruct the arbitration or to jeopardise the finality of any award, including repeated challenges to an arbitrator's appointment or to the jurisdiction or authority of the Arbitral Tribunal known to be unfounded by that legal Representative".

46 2018 SI Arb Guidelines on Party-Representative Ethics, Guideline 1.2, Commentary; AAA-ICDR Standards of Conduct for Parties and Representatives.

47 Raymond Doak Bishop and Margrete Stevens 'Safeguarding the Fair Conduct of Proceedings – Report' (2013) ICCA Congress Series, Kluwer Law International, 486,487; Felix Dasser, 'Equality of Arms in International Arbitration: Do Rules and Guidelines Level the Playing Field and Properly Regulate Conduct? – Can They? Will They? Should They? The Example of the IBA Guidelines on Party Representation', ICCA Congress Series, Kluwer Law International, 2017, 668, 669.

Mevcut düzenlemeler ışığında uygulamacıların görüşleri arasındaki bu farklılık, etik standartları daha az katı olan taraf ve vekillerine haksız bir avantaj sağlamakta, bu da tahkim yargılamasında tarafların eşitliği ilkesine gölge düşürmektedir⁴⁸.

Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarında da “avukat savunma için zorunlu olmadıkça davanın uzaması sonucuna varacak isteklerden kaçınır” düzenlemesi mevcuttur⁴⁹.

C. Tanıklarla Görüşmede Sınırlamalar

Birçok Anglo Sakson hukuk sisteminde (*Common law*), taraf vekilleri muhtemel tanıklarla görüşebilir ve onları ifade vermeye hazırlar. Amerika Birleşik Devletleri Barosunun görüşüne göre bu yükümlülüğünü yerine getirmeyen avukat mesleğini gereği gibi yerine getirmemektedir⁵⁰. Ancak Anglo Sakson hukuk sistemleri arasında dahi uygulamada farklılıklar mevcuttur. Örneğin İngiltere’de avukatlar, tanığı çalıştıramaz ve vereceği ifade konusunda önerilerde bulunamaz⁵¹.

Buna karşın Kara Avrupa hukuk sisteminde (*Civil law*), tanıklarla iletişime geçmek veya tanıkları etkilemeye çalışmak etik olmadığı gibi bazı durumlarda da cezai yaptırımlara sebep olmaktadır⁵². Örneğin Fransa, Belçika, İsviçre ve İtalya’da avukatlar yerel davalarda tanıklarla görüşemez.

Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları’nın 24. Maddesi uyarınca da “avukat, ilerde tanık olarak dinlenecek kimselerden, istisnai olarak bazı hususları öğrenmek mecburiyetinde kalmış olursa, onları etkilemiş olma şüphesi altına düşmekten kaçınmalıdır. Avukat, tanıklara tavsiyelerde bulunamaz, ne şekilde tanıklık edecekleri veya hâkim önünde nasıl hareket edecekleri hakkında talimat veremez”⁵³.

Bununla beraber İsviçre ve Fransa gibi Kara Avrupası ülkeleri artık uluslararası tahkimde taraf vekillerini tanıklarla görüşme ve onları ifade vermeye hazırlamada serbest bırakmıştır. Hatta Paris Barosu 2008 yılında yayınladığı karar ile üyelerinin uluslararası tahkimde uygulanan prosedürel kurallar doğrultusunda tanıkları hazırlayabileceklerini belirtmiştir⁵⁴.

48 Jane Wessel, Gordon McAllister, ‘Towards a Workable Approach to Ethical Regulation in International Arbitration’, Canadian International Lawyer, Wessel and McAllister (n 14) 8.

49 Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları, Madde 22 <http://d.barobirlik.org.tr/mevzuat/avukata_ozel/meslek_kurallari/tbb_meslek_kurallari.pdf> Erişim Tarihi: 04.12.2018.

50 D.C. Bar Opinion 79: Limitations on a Lawyer’s Participation in the Preparation of a Witness’s Testimony (1979), reprinted in D.C. Bar, Code of Professional Responsibility and Opinions of the D.C. Bar Legal Ethics Committee 138, 139 (1991).

51 Code of Conduct of the Bar of England and Wales, paragraph 705(a) (“A barrister must not: rehearse, practise or coach a witness in relation to his evidence”); 2011 Solicitors Regulation Authority Code of Conduct, Outcome 5.1 (“do not attempt to deceive or knowingly or recklessly mislead the court”); Momodou (Practice Note) (2005) 1 WLR 442, paragraph 61-62 (English Ct. App.); Born (n 21) 2859, 2860.

52 Born (n 21) 2859, 2860.

53 Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları, Madde 24 <http://d.barobirlik.org.tr/mevzuat/avukata_ozel/meslek_kurallari/tbb_meslek_kurallari.pdf>

54 Paris Bar Resolution of 26 February 2008, reprinted in Le Bulletin du Barreau de Paris, No. 9, 3 (2008).

Uluslararası Barolar Birliğinin Uluslararası Tahkimde Delil İkamesi Hakkında Kuralları⁵⁵ (*IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*), Madde 4(3) uyarınca bir tarafın, memurlarının, çalışanlarının, hukuk danışmanlarının veya diğer temsilcilerinin tanıklarla veya muhtemel tanıklarla görüşmeleri ve onlarla muhtemel tanık ifadelerini tartışmaları usulsüz sayılmamaktadır.

Bazı tahkim enstitüsü kuralları da benzer düzenlemeler içermektedir⁵⁶. Ancak, Uluslararası Tahkimde Delil İkamesi Hakkında IBA Kurallarında olduğu gibi, bu düzenlemeler tanıkların hangi kapsam ve ölçüde hazırlanabileceği konusunda sessiz kalmışlardır⁵⁷. Bu konuda daha ayrıntılı düzeleme IBA Kurallarından sonra yayınlanan ve özel olarak taraf vekillerin uluslararası tahkimdeki davranışlarını düzenleyen IBA Kılavuzlarında yer almıştır. Kılavuzun 20. ve 24. İlkelerine göre taraf vekili, tanık ifadesinin hazırlanmasında tanığa yardımcı olabilir, muhtemel tanık ifadelerini tartışmak ve hazırlamak üzere iletişime geçebilir; ancak tanık beyanı tanığın kendi görüşlerini yansıtmalıdır⁵⁸.

Singapur Hakemler Enstitüsü ise Taraf Vekillerine Uygulanan Etik Kurallar Hakkında Kılavuzunun (*Singapore Institute of Arbitrators Guidelines on Party-Representative Ethics*) 3.3. ilkesi ile çapraz sorgu başladıktan sonra hakem kurulunun izni olmaksızın taraf vekillerinin tanıklar ile görüşemeyeceğini düzenlemektedir⁵⁹.

D. Taraf Vekilinin Karşı Taraf ve Hakem Kurulu ile İletişimi

1. Taraf Vekilinin Karşı Taraf (Asil) İle İletişimi

Karşı tarafın vekil ile temsil edildiği hallerde yerel düzenlemelerin birçoğu vekilin, karşı taraf vekilinin rızasını almaksızın⁶⁰ veya taraflar aksini kararlaştırmadıysa⁶¹ doğrudan iletişime geçmesini engellemektedir. Örneğin Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları Madde 31 uyarınca “avukat hasım tarafın ancak avukatı ile görüşebilir. (Hasımın avukatı yok ise) avukatın hasımla teması zorunlu sınırlar içinde kalır. Hasım tarafla her temasından sonra avukat müvekkiline bilgi verir”⁶².

55 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration.

56 2014 LCIA Rules, Art. 20(6); 2012 Swiss Rules, Art. 25(2); 2013 SIAC Rules, Art. 22(5).

57 Born (n 21) 2862.

58 2013 IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration, Guideline No. 20, 24, Comments on Guidelines 18-25.

59 2018 SI Arb Guidelines on Party-Representative Ethics, Guideline 3.3.

60 2013 ABA Model Rules of Professional Conduct, Rule 4.2; Law Council of Australia Model Rules of Professional Conduct and Practice, Rule 18.5.

61 2018, SI Arb Guidelines on Party-Representative Ethics, Guideline 3.2

62 Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları, Madde 31 <http://d.barobirlik.org.tr/mevzuat/avukata_ozel/meslek_kurallari/tbb_meslek_kurallari.pdf>

IBA Kılavuzu 4. İlkesinde da benzer şekilde taraf vekilinin muhtemel tanıkla görüştüktan sonra, tanığı vekiliyle irtibata geçebileceği ve dilerse kendisiyle iletişimi sonlandırabileceği konusunda bilgilendirmesi⁶³ gerektiği belirtilmiştir. Fakat Kılavuzda yer alan bu düzenleme uygulamada karşılaşılan önemli bir sorunu çözmektedir. Amerika Birleşik Devletleri gibi bazı hukuk sistemlerinde karşı taraf tüzel bir kişilik olduğu ve vekil ile temsil edildiği durumda avukatın bu tüzel kişinin çalışanları ile iletişime geçmesini engellemektedir⁶⁴. Diğer hukuk sistemlerinde ise avukatlar, karşı taraf tüzel kişisi vekil ile temsil edildiğinde dahi çalışanlar ile iletişim kurabilir⁶⁵.

2. Taraf Vekilinin Hakem Kurulu İle İletişimi

Taraf vekillerinin hakem kurulu ile iletişimi hususunda IBA Kılavuzunun 7. İlkesi ile SI Arb Taraf Vekillerine Uygulanan Etik Kurallar Hakkında Kılavuzunun 1.1. ilkesi gereği taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça ve Kılavuzda sayılan sınırlı istisnalar hariç olmak üzere taraf vekilinin hakem kurulu ile diğer taraf yokluğunda dava hakkında görüşme gerçekleştiremeyeceğini düzenlemektedir⁶⁶. IBA Kılavuzundaki sınırlı istisnalar gereği hakem adayının veya başkan hakem adayının görevlendirilmesi hakkında değerlendirme yapılırken olayın esası hakkında hakem adayının veya başkan hakem adayının görüşü sorulmamalıdır⁶⁷.

Taraf vekillerinin tanıklarla görüşmesi, hakem kurulu ile iletişimi veya gerilla taktiklerinin uygulanmasına karşı takındığı tavır, mevcut düzenlemeler arasındaki farklılıklar nedeniyle tahkim yargılamasında tarafların eşitliği ilkesine gölge düşürmekte ise de, bu “eşitsizliğin” sebebinin tahkimin en büyük avantajlarından biri olan tahkim prosedürünün esnekliği olduğu unutulmamalıdır⁶⁸.

III- Mevcut Düzenlemelerdeki Eksiklikler İle Yaptırım Sorunu

A. Mevcut Düzenlemelerdeki Eksiklikler

1. Davanın Kazanılması Halinde Ödenen Vekalet Ücreti (“Contingent Fees”)

İngiltere ve Amerika Birleşik Devletleri gibi bazı hukuk sistemlerinde davanın kazanılması halinde ödenen vekalet ücreti (*contingent fees*) yaygın bir şekilde kullanılırken⁶⁹, diğer birçok hukuk sisteminde kabul edilmemektedir. Mevcut

63 2013 IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration, Guideline No.4.

64 2013 ABA Model Rules of Professional Conduct, Rule 4.2, Comment 4; Canadian Code of Professional Conduct, Paragraph 33; Law Council of Australia Model Rules of Professional Conduct and Practice, Art. 18(4).

65 Born (n 21) 2864.

66 2013 IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration, Guideline No. 20, 24, Comments on Guideline 7,8; 2018 Singapore Institute of Arbitrators Guidelines on Party-Representative Ethics, Guideline No. 1.1.

67 2013 IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration, Guideline No. 20, 24, Comments on Guideline 7,8.

68 Jane Wessel, Gordon McAllister, ‘Towards a Workable Approach to Ethical Regulation in International Arbitration’, Canadian International Lawyer, Wessel and McAllister (n 14) 9.

69 2013 ABA Model Rules of Professional Conduct, Rule 1(5).

düzenlemeler bu doğrultuda bir düzenleme getirmemiş, bu husus tamamıyla yerel kanunlara bırakılmıştır. Böylece uygulamada “*contingent fees*” sistemine göre vekalet ücret anlaşması yapmış olan bir taraf vekili, tahkim yeri hukukunda bu uygulamaya izin verilmiyorsa hakem kararında vekalet ücret alacağına hükmedilmeyecektir⁷⁰.

2. Üçüncü Taraf Finansmanı

Uygulamada giderek yaygınlaşan ve tahkim prosedürünün uygulamacılarından biri haline gelen üçüncü taraf finansörleri konusunda da mevcut Kılavuzlarda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır⁷¹. Oysa ki üçüncü taraf finansörleri taraf vekilinin seçilmesi, dava stratejisi ve sürecin yönetimi konusunda önemli bir rol oynayabilmekte ve böylelikle taraf vekili ile müvekkil arasındaki ilişkiyi etkileyebilmektedir. Uygulamada üçüncü taraf finansörleri hakem çıkar çatışmasına da sebep olabilmektedir. Örneğin A davasında hakem olarak görev yapan X kişisi, B davasında taraf vekili iken üçüncü taraf finansörü hem A davasında taraflardan birine hem B davasında X kişinin vekili olduğu tarafa finansman sağlayabilir. Bu senaryolar tahkimde üçüncü taraf finansmanının ifşa edilip edilmemesi gerektiği, nasıl ve ne derece düzenlenmesi gerektiği konusunda tartışmalara sebep olmaktadır⁷².

3. Avukat-Müvekkil Gizliliği (“*Lawyer-Client Privilege*”)

Avukat-Müvekkil arasındaki haberleşmenin gizliliği birçok hukuk sisteminde yer alan bir düzenlemedir. Bununla beraber farklı hukuk sistemleri avukat-müvekkil gizliliğinin tarafları ve gizliliğin kapsamı hakkında değişik yaklaşımlarda bulunmaktadır. Örneğin Anglo Sakson hukuk sistemlerinde gizlilik müvekkile ait ve müvekkil tarafından kaldırılabilen bir hak iken, Kıta Avrupası hukuk sistemleri meseleye meslek sırrı olarak yaklaşmakta ve müvekkil gizliliği kaldırsa (ilgili doküman veya bilgiyi ifşa etse) dahi avukat tarafından devam ettirilmesi gereken bir yükümlülük olarak görmektedir⁷³.

Benzer şekilde, bazı hukuk sistemlerinde, avukat-müvekkil gizliliği dar yorumlanırken (örneğin bir Şirket avukatıyla haberleşme gizliliğe tabi değil iken⁷⁴ veya gizliliğe konu haberleşmeler sınırlı iken); diğer hukuk sistemlerinde avukat-müvekkil gizliliği geniş yorumlanmaktadır (örneğin taraf vekilleri arasındaki haberleşmeler⁷⁵ de gizli kabul edilebilmektedir).

70 Born (n 21) 2865, 2866.

71 Burcu Osmanoğlu, ‘Third-Party Funding in International Commercial Arbitration and Arbitrator Conflict of Interest’ 32 *Kluwer Law International, Journal of International Arbitration*, S 3, (2015) 325 ff.

72 Born (n 21) 2865.

73 Born (n 21) 2868, 2869. Pierre Heitzmann, ‘Confidentiality and Privileges in Cross-border Legal Practice: the Need for Global Standards?’ (2008) 205 *ASA Bulletin*.

74 *Akzo Nobel Chems. Ltd v. Comm’n*, Case No. C-550/07 P, (2010) E.C.R. I-I (E.C.J.).

75 Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları, Madde 30: “Avukatlar arasında “özeldir” kaydı taşıyan yazışmalar, yazanın rızası alınmadan açıklanamaz”.

Avukat-müvekkil gizliliği özellikle delillerin ikamesi aşamasında önem arz etmekte olmasına rağmen mevcut düzenlemeler bu doğrultuda bir düzenleme getirmemiş, bu husus tamamıyla yerel kanunlara bırakılmıştır.

4. Anlaşma Müzakereleri

Birçok hukuk sisteminde, taraflar veya taraf vekilleri arasındaki anlaşma müzakerelerini dava sürecinde delil olarak kabul edilmemekte, en azından sorumluluğun veya zararın ispatlanmasında kullanılmamaktadır⁷⁶. Aynı zamanda anlaşma müzakerelerinin tanımı ve ifşa ediliş edilmemesi gerektiği sorunu da farklılıklar göstermektedir⁷⁷.

Uygulamada bir hukuk sisteminin yasaları veya etik kuralları anlaşma müzakerelerinin gizli tutulması gerektiğini düzenlerken, diğer hukuk sistemi müzakerelerin ifşa edilmesi gerektiğini düzenleyebileceğinden taraf vekili karşı taraf vekili ile anlaşma müzakerelerinde bulunurken, karşı taraf vekiline uygulanan yerel kanunların bilincinde olmalıdır. Bu müzakerelerin uluslararası tahkimde delil olarak kabul edilip edilemeyeceği de yine uygulamada karşımıza çıkabilecek sorunlardır. Mevcut düzenlemeler bu doğrultuda bir düzenleme getirmemiş, bu husus tamamıyla yerel kanunlara bırakılmıştır.

B. Yaptırım Sorunu

Uluslararası ticari tahkimde taraf vekillerine uygulanan etik kurallarla ilgili uygulamada karşılaşılan en önemli sorun etkili bir yaptırım mekanizması bulunmamasıdır.

LCIA Tahkim Kuralları Madde 18.6 ve 14.4 uyarınca taraflardan biri, diğer taraf vekilinin bu Kılavuzu ihlal ettiğini ileri sürdüğü takdirde, hakem kurulu taraflar ile görüşür ve ilgili vekile savunmasını yapmak üzere makul bir süre tanır. Hakem kurulu taraf vekilinin ihlalde bulunduğunu tespit ederse yasal vekil aleyhine Madde 18.6'da belirtilen cezalardan birini veya birkaçına hükmedebilir. Bu cezalar: Yazılı kınama; vekilin ileriki davranışlarına yönelik yazılı uyarı ve hakem kurulunca yargılamanın adil ve süratli bir şekilde gerçekleşmesini sağlayacak diğer gerekli tedbirlerin alınmasıdır⁷⁸. Görüleceği üzere diğer gerekli tedbirlerin neler olduğu belirtilmemiş, bu husus hakem kurulunun yargılama yetkisi kapsamında keyfiyetine bırakılmıştır.

76 U.S. Federal Rules of Evidence, Rule 408, 28 U.S.C.A.; California Evidence Code para 1152; New York Civil Practice Law and Rules para 4547; *Barnetson v. Framlington Group Ltd* (2007) EWCA Civ 502 (English Ct. App.); IBA Rules on the Taking of Evidence, Arts. 9(2)(b), 9(3)(b).

77 Born (n 21) 2869, 2870.

78 2014 LCIA Arbitration Rules, Article 18.6, 14.4(i), (ii); 2014 LCIA Arbitration Rules, Annex 1, General Guidelines for the Parties' Legal Representatives, para 7.

IBA Kılavuzunda ise taraf vekilinin yetkisini tahkim sözleşmesi tarafından aldığı, dolayısıyla taraf vekilinin bu Kılavuza uyma yükümlülüğünün de temsil edilen tarafa ait olduğu ve herhangi bir ihlalden kaynaklanan yaptırımın sonuçlarının da nihai olarak temsil edilen tarafa yükletilebileceği belirtilmiştir⁷⁹. IBA Kılavuzu'nun 26. İlkesine göre hakem kurulu, öncelikle taraflara bildirimde bulunmak, taraflara ve ihlalde bulunduğu iddia edilen taraf vekiline beyanda bulunmak üzere makul bir süre vermek koşuluyla, taraf vekilinin dürüst davranmadığını tespit ettiği takdirde ilgili vekili uyarabilir, vekilin öne sürdüğü kanıt ve yasal argümanlar hakkında olumsuz çıkarımlarda bulunabilir, yargılama giderlerine hükmederken taraf vekilinin ihlalini göz önünde bulundurabilir ve tahkim prosedürünün dürüst ve adil bir şekilde devam etmesi için gerekli diğer tedbirleri alabilir⁸⁰.

Görüleceği üzere IBA ve LCIA Kılavuzlarında, ihlalde bulunan taraf vekili aleyhine yaptırımda bulunmak görevi hakem kuruluna yükletilmiştir. Gerçekten de hakem kurulları taraf vekillerinin tahkim yargılamasındaki davranışlarını yakından inceleme imkanına sahiptir ve etik olmayan davranışların önüne geçebilmek, tahkim yargılamasını efektif bir şekilde sürdürebilmek amacıyla geniş yetkilerle donatılmıştır. Ancak uygulamada hakemlerin veya hakem kurullarının, kendilerini gelecekte hakem olarak atayabilecek taraf vekillerini cezalandırmak istemeyecekleri de düşünülebilir.

Sayılan yaptırımlar arasında kanaatimizce en etkili olanı yargılama giderlerine hükmederken taraf vekilinin etik olmayan davranışlarının göz önüne alınmasıdır. Halihazırda başlıca tahkim enstitülerinin tahkim kurallarında da hakemlere yargılama giderlerine hükmederken geniş bir serbesti tanınmıştır⁸¹. Elbette vekilin etik olmayan davranışları göz önüne alınarak yargılama giderlerine hükmedilirken gerçekte taraf vekilinden ziyade, o vekil tarafından temsil edilen taraf cezalandırılmaktadır⁸².

IBA ve LCIA Kılavuzlarında, ihlalde bulunan taraf vekili aleyhine yaptırımda bulunmak görevi hakem kuruluna yükletilirken, AAA-ICDR'nin Taraflar ve Vekilleri İçin Davranış Kurallarında, bu kuralların taraf veya vekilleri tarafından ihlali halinde Amerikan Tahkim Derneği'nin ilgili davayı veya davaları görmekten vazgeçebileceği düzenlenerek yaptırımda bulunmak görevi tahkim enstitüsüne verilmiştir. Taraf vekilleri üzerinde büyük bir etkiye sahip tahkim enstitüleri bünyesinde ihlalde bulunan taraf vekilleri için "kara liste" oluşturulmasının da oldukça etkili bir yaptırım yolu olduğu kuşkusuzdur.

79 2013 IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration, Comments to Guidelines 1-3.

80 2013 IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration, Comments to Guidelines 26, Comments to Guidelines 26-27.

81 Milletlerarası Ticaret Odası (ICC) Tahkim Kuralları, m. 38/2; Londra Uluslararası Tahkim Mahkemesi (LCIA) Tahkim Kuralları, m. 28. Öte yandan MTK Madde 16/D'de taraflar aksini kararlaştırmadıkça yargılama giderlerinin haksız çıkan tarafa yükletileceği belirtilmiş, hakem kuruluna yargılama giderlerini belirlemede serbesti tanınmamıştır; Zharikov (n 21) 44, 45. Peter A Halprin, 'Resisting Guerrilla Tactics in International Arbitration' (Thomson Reuters, 2019) The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management, 85, England.

82 Zharikov (n 13) 45.

IBA ve LCIA Kılavuzlarının yayınlanmasından hemen sonra, 2014 yılının Eylül ayında İsviçre Tahkim Birliği (*Swiss Arbitration Association*) başkanı Elliott Geisinge, Global Tahkim Etik Konseyi (*Global Arbitration Ethics Council*) kurulması çağrısında bulundu. Konseyin kurulmak istenmesindeki amaç uluslararası tahkimde kabul görmüş temel etik kurallara riayet edilip edilmediğini denetlemek ve olası ihlallerde yaptırım mercii vazifesi görmektir. Bu amaçla önde gelen tahkim enstitülerinin temsilcileri bir araya gelerek Amerika Birleşik Devletleri ve Avrupa'da yer alan barolardan veri topladı. Grup, ikinci toplantısında aşağıdaki sebeplerle Global Tahkim Etik Konseyinin Kurulması için erken olduğu sonucuna vardı.

-Uluslararası tahkimde etik olmayan davranış iddialarını çözüme kavuşturmak için ne hakem kurulları ne de yerel barolar uygun bir yaptırım mercii değildir;

-Yerel barolara uluslararası tahkimde etik olmayan davranışlara ilişkin neredeyse hiçbir şikâyetle bulunulmamıştır;

-Yasal temsilcilerin etik olmayan davranışlarından kaynaklandığı iddia edilen sorunlar genellikle tahkim prosedürünün adil bir şekilde yürütülmesi, delillerin toplanması ve değerlendirilmesine ilişkin olağan süreçlere ilişkindir ve hakem kurulunun bu sorunların üstesinden gelebilmesi için halihazırda geniş yetkileri bulunmaktadır;

-Etik olmayan davranışları engellemenin olası bir yolu tahkim enstitülerinin kendi içlerinde değerlendirmede bulunarak, *Chartered Institute of Arbitrators* (CIArb)'da olduğu gibi üyelerine disiplin mekanizmaları tabi tutmak olabilir⁸³.

Gerçekten de hakem kurulları, taraf vekillerinin etik olmayan davranışlarını engellemek, farklı yasal kültürlerden gelen vekillerce temsil edilen taraflar arasında eşitliği gözetmek ve bu suretle tahkim prosedürünün doğru bir şekilde işlenmesini sağlamak amacıyla geniş yetkilerle donatılmıştır. Global Etik Kanun veya Global Tahkim Etik Konseyi gibi uygulanması güç ve uluslararası tahkime faydadan çok zarar da getirebilecek çözümlerden önce halihazırda hakem kurullarının mevcut yetkileri ile bu sorunların üstesinden gelip gelemedikleri derinlemesine araştırılmalıdır.

Sonuç

Bir yandan günümüzde uluslararası tahkim camiasının gittikçe genişlemesi ve farklı hukuk sistemlerinden, kültürlerden gelen yeni üyelere/uygulamacılara yani uluslararası tahkime dahil olan tüm kişilere erişilebilir hale gelmiş olması; diğer yandan uluslararası tahkimde taraf vekillerine uygulanan kuralların temel farklılıklar içermesi, tahkim prosedürünün adil ve dürüst bir şekilde yürütülebilmesi için taraf vekillerine uygulanması gereken yeknesak kuralların düzenlenmesini gerekli kılmaktadır.

83 Marzolini (n 8) 131. Nessi (n 2). Marc Henry, 'Ethique et arbitrage, ou la solitude du coureur de fond', *Revue de l'Arbitrage*, (2016), S 3, 734 ff.

IBA, LCIA Kılavuzları ile mevcut düzenlemeler bu konuda oldukça faydalı bir başlangıç yapmış, taraf vekillerine uluslararası tahkim yargılamalarında uymaları gereken etik kurallar hakkında önemli ipuçları sağlamıştır. Mevcut düzenlemeler uygulamada karşılaşılan tüm sorunların üstesinden gelmek ve güncel gelişmelere ışık tutmak konusunda eksik kalsa da bu düzenlemelerin başarısı zaman içerisinde kendini gösterecektir.

Uluslararası tahkim yargılamasında taraf vekillerinin etik kuralları ihlal etmesi halinde yaptırım mercisinin kim olması gerektiği de ayrı bir tartışma konusudur. IBA ve LCIA Kılavuzları bu görevi hakem kuruluna bırakmış, ASA ise ne yerel mahkemelerin/baroların ne de hakem kurullarının uygun bir yaptırım mercii olmadığından bahisle Global Tahkim Etik Konseyini kurarak yaptırım mercisinin uluslararası bağımsız bir konsey olması yönünde adım atmış, ancak bu inisiyatif şimdilik yarıda bırakılmıştır.

Kanaatimizce Global Etik Kanun veya Global Tahkim Etik Konseyi gibi daha fazla düzenleme gerektiren, uygulanması güç ve faydaları tahkimin geleceği için tartışmalı olan radikal çözümlerden önce halihazırda hakem kurullarının mevcut yetkileri ile uygulama karşılaşılan sorunların üstesinden gelip gelemedikleri araştırılmalıdır.

Lord Goldsmith, ICC İngiltere Yıllık Hakemler Forumunda 2013 yılında yaptığı açılış konuşmasında “uluslararası tahkimde etik birçok tartışmaya yol açmış ancak çok az cevap üretebilmiştir” derken doğru bir değerlendirme yapmıştır.

Kaynakça/References

- Balkar B S, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Bağımsızlık Yükümlülüğü*, (Onikilevha Yayınları, 2016).
- Bishop R D and Stevens M, ‘Safeguarding the Fair Conduct of Proceedings – Report’, ICCA Congress Series, Kluwer Law International, (2013).
- Born B G, *International Commercial Arbitration*, 2nd, (2014) Kluwer Law International.
- Dasser F and Gauthey F, “La bonne foi dans l’arbitrage” (2015) ASA Bulletin, Kluwer Law International.
- Dasser F, ‘Equality of Arms in International Arbitration: Do Rules and Guidelines Level the Playing Field and Properly Regulate Conduct? – Can They? Will They? Should They? The Example of the IBA Guidelines on Party Representation’ (2017) ICCA Congress Series, Kluwer Law International.
- Halprin A P, ‘Resisting Guerrilla Tactics in International Arbitration’, *The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management* (2019) 85, Thomson Reuters, England.
- Heitzmann P, ‘Confidentiality and Privileges in Cross-border Legal Practice: the Need for Global Standards?’ (2008) ASA Bulletin, 205.
- Henry M, ‘Ethique et arbitrage, ou la solitude du coureur de fond’, *Revue de l’Arbitrage*, (2016)

2016 (3), 734, 748.

Hodges P, "International Arbitration: Time to Draw the Line?" (2015) Austrian Yearbook on International Arbitration.

Marzolini P, 'Counsel Ethics in International Arbitration: Is There Any Need for Regulation?' (2017) S 2, Indian Journal of Arbitration Law.

Nessi S, 'Creation of a Global Arbitration Ethics Council: the Swiss Arbitration Association declares that time has not yet come' <<http://arbitrationblog.practicallaw.com/creation-of-a-global-arbitration-ethics-council-the-swiss-arbitration-association-declares-that-time-has-not-yet-come/>> Erişim Tarihi: 04.12.2018.

Osmanoğlu B, 'Third-Party Funding in International Commercial Arbitration and Arbitrator Conflict of Interest' (2015) S 3, 32 Kluwer Law International, Journal of International Arbitration.

Reisman W M, 'Nullity and Revision: The Review and Enforcement of International Judgements and Awards' (1971) Yale University Press.

Rogers A C, 'Fit and Function in Legal Ethics: Developing a Code of Conduct for International Arbitration', <https://elibrary.law.psu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1238&context=fac_works> Erişim Tarihi: 04.12.2018.

Wessel J, McAllister G, 'Towards a Workable Approach to Ethical Regulation in International Arbitration' (2015) 10(2) Canadian International Lawyer.

Zharikov A, 'Conflicts and Ethics in International Arbitration' (2019) The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management, 85, Thomson Reuters, England.



Public and Private International Law Bulletin

RESEARCH ARTICLE / ARAŞTIRMA MAKALESİ

The Path of Eastern Arbitration to Take Islamic Finance Disputes from the Hands of English Litigation

Berk Hasan Özdem¹

Abstract

Over the last decades the exponential growth in Islamic finance and the globalization of the industry has resulted in the disputes amongst international entities arising out of Sharia-compliant agreements to be more commonplace. It has been a common practice amongst the parties of Islamic finance transactions to choose English law as the governing law. This paper, after examining the limitations in the applicability of Islamic law in English courts, focuses on the critics that the current practice of choosing English law as the governing law faces and discusses the potential of arbitration to provide a more advantageous dispute resolution method for the parties that agree on resolving their issues compliant with Islamic law. Finally, this paper explains the adventure of Eastern arbitration to take Islamic Finance disputes from the hands of English courts by examining the initiatives taken by the arbitral institutions so far, as well as the ideas that came from scholars to create better solutions for the parties of Islamic finance transactions in their disputes.

Keywords

Arbitration • English courts • Islamic finance • Islamic law • Sharia

Doğu Tahkiminin İslami Finans Uyuşmazlıklarını İngiliz Mahkemelerinin Elinden Alma Yolundaki Süreci

Öz

İslami finansa son yıllarda gözlenen büyüme, endüstrideki küreselleşme ile birlikte, şeriat uyumlu anlaşmalardan kaynaklanan uyuşmazlıkların uluslararası boyutta yaygınlaşması ile sonuçlanmıştır. İslami finans işlemlerinin tarafları arasında uygulanacak hukuk olarak İngiliz hukukunun seçilmesi yaygın bir uygulama olmuştur. Bu makalede, İslam hukukunun İngiliz mahkemelerinde uygulanabilirliği konusundaki sınırlamalar incelendikten sonra İslami finans uyuşmazlıklarında uygulanacak hukuk olarak İngiliz hukukunun seçilmesi pratiğine yönelen eleştiriler üzerinde yoğunlaşmış ve sorunlarını İslam hukukuna uygun olarak çözme konusunda uzlaşan taraflar için tahkim yolunun daha avantajlı bir uyuşmazlık çözüm yöntemi sağlama konusundaki potansiyeli tartışılmıştır. Son olarak, tahkim kurumları tarafından başlatılan girişimler incelenerek, Doğu tahkiminin İslami Finans uyuşmazlıklarını İngiliz mahkemelerinin elinden alma yolundaki sürecinden ve İslami finans uyuşmazlıklarında taraflara daha iyi çözümler üretebilmek için yazarlarca ileri sürülmüş fikirlerden bahsedilmiştir.

Anahtar Kelimeler

Tahkim • İngiliz mahkemeleri • İslami finans • İslam hukuku • Şeriat

¹ Correspondence to: Berk Hasan Ozdem (LLB), Galatasaray University, Faculty of Law, Istanbul, Turkey. Email: berkhasanozdem@gmail.com
ORCID: 0000-0002-0327-6489

To cite this article: Ozdem BH, "The Path of Eastern Arbitration to Take Islamic Finance Disputes from the Hands of English Litigation" (2019) 39(1) PPIL 295. <https://doi.org/10.26650/ppil.2019.39.1.0001>

©The Authors. Published by the İstanbul University under the terms of the Creative Commons Attribution License <http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>, which permits unrestricted use, provided the original author and source are credited.

“when you judge between men, you
judge with justice”.¹

The Path of Eastern Arbitration to Take Islamic Finance Disputes from the Hands of English Litigation

Introduction

Since the peaceful nature of human beings intervened in finding pacific solutions for conflicts rather than using force for settling disputes through the passage of time, people started to refer their disputes to the third parties that had been chosen by them.² Though it would be nothing but exaggeration to claim that it has been identical to the contemporary practice since the very beginning, as a deeply-rooted historical means used to settle different disputes, arbitration predates the state judiciary or even the state itself.³ In addition to several other ancient communities, the Arabs knew and used arbitration as a method for settling their disputes in the Pre-Islamic period.⁴ Arbitration was the only publicly-sanctioned system of disputes-resolution in the Pre-Islamic Arab community, and was the alternative to self-help remedies.⁵ If the parties failed to resolve their conflicts over matters such as rights of property, succession, or torts through negotiations, these disputes were often referred to a trustworthy individual, an arbitrator (Hakam), rather than an organized judicial justice for decision.⁶ The Hakam was a special personality chosen for his personal qualities, his reputation -because he belonged to a family famous for its competence in deciding disputes- and most importantly because of the community’s belief about his supernatural powers which were often tested by the parties beforehand. Since these supernatural powers were frequently believed to belong to soothsayers (Kahins), these last were most commonly chosen to decide on the disputes.⁷ Although the decision of the Hakam was final, it was not an enforceable judgement but rather a

1 Qur’an, 4:58.

2 Abdulrahman Yahya Baamir, ‘Saudi Law and Judicial Practice in Commercial and Banking Arbitration’ (Dphil thesis, Brunel University 2008) 24.

3 Zeyad Alqurashi, ‘Arbitration under the Islamic Sharia’ (2003) 1(2) Oil, Gas and Energy Law Intelligence <<https://www.ogel.org/article.asp?key=149>> accessed 4 October 2018; It is worth mentioning that the ancient dispute resolution method which will be explained in the introduction, differed in many aspects such as its subject matter and procedure from today’s modern arbitration. For instance, the enforcement process which nevertheless leaves place for court intervention and constitutes a crucial part of today’s arbitration did not exist in ancient dispute resolution. Also, subjects such as certain criminal matters which are considered to be beyond the power of modern arbitrators were able to be decided in ancient dispute resolution methods. However, notwithstanding the differences, the word “arbitration” will be used to describe the -in the author’s opinion- “arbitration-like” ancient dispute settlement method which will be further explained in the introduction.

4 *ibid*; Abdelsattar Khouildi, ‘L’Arbitrage en Droit Financier Musulman Moderne’ (2016) 8(1) *Etudes en Economie Islamique* 37, 37.

5 Sayed Hassan Amin, *Remedies for Breach of Contract in Islamic and Iranian Law*, (Royston 1984), 24-27.

6 Vincent Powell-Smith, ‘Settlement Of Disputes By Arbitration Under Shari’ah And At Common Law’ (1995) 34(1) *Islamic Studies* 5, 6; Arthur J Gemmell, ‘Commercial Arbitration in the Islamic Middle East’ (2006) 5(1) *Santa Clara Journal of International Law* 169, 173.

7 Joseph Schacht, *An Introduction to Islamic Law*, (rev edn Clarendon Press 1964), 7.

statement of right on a disputed point, a statement as to what the customary law was or should be.⁸ The arbitrator's respectability and stature within society were the sole determinants as to the enforcement of an arbitral award.⁹ Although these proceedings were simple and rudimentary, the Hakam during the hearings had to abide by certain principles such as the obligation to hear the parties on equal bases and the respect of the customary rules when examining the proofs presented by the parties.¹⁰

In addition to the famous dispute related to the Hacer-ül Esved stone¹¹ where arbitration was used for dispute settlement in the pre-Islamic era, there are also a number of cases for which it is mentioned that the Prophet (pbuh) supported the use of arbitration after the revelation came to him.¹²

Arbitration continued as a dispute resolution practice in the post-Muhammad era, as well.¹³ Under Islamic law, arbitration is known as *al-Tahkīm*, a verbal noun of the Arabic word *hakkama* which primarily means the turning of someone back from wrongdoing.¹⁴ The primary sources of Sharia law which are the Qur'an and the Hadith, as well as the custom and the practices of the transactions of the earlier Muslims establish the platform for the institution of *al-Tahkīm* as a means of dispute

8 Gemmell (n 7) 173.

9 Aseel Al-Ramahi, 'Sulh: A Crucial Part of Islamic Arbitration' (2008) LSE Law, Society and Economy Working Paper 12/2008, 5 <www.lse.ac.uk/collections/law/wps/wps.htm> accessed 4 October 2018.

10 Alqurashi (n 4).

11 A dispute arised between various tribes of Quraysh during reinsertion of the Black Stone in the Kaaba following its renovation since no clan chief wanted to relinquish this great honour to any other clan. This almost led to war between the leaders of Quraysh in the area of the Kaaba. However, a couple of days later, intervention came at the right moment by Abu Umayyah bin Al-Mughirah bin 'Abdullah bin 'Amr bin Makhzum, the oldest man from Quraysh. He suggested that the first man to enter the Sacred House from its entrance should be appointed to settle the dispute between the leaders. That first man entered through the gate was Muhammad (pbuh), the future Prophet of Islam. Since the people of Quraysh used to call the Messenger of Allah (cc) as "Al-Amin" (the honest one) even before the revelation came to him, seeing him as their arbitrator they spontaneously gave their consent with his verdict. Informed about their dispute, the future Prophet (pbuh) asked the leaders to bring a garment and place it on the ground. He placed the Black Stone on it and asked each leader to hold the garment from one side; thus, participate in bringing the Black Stone to its designated area. Then after, the Prophet (pbuh) by himself placed the Black Stone in its position. Thus, a potential war amongst the Quraysh tribes was prevented through the successful arbitration of the dispute by the Prophet Muhammad (pbuh) Saud Al-Ammari and Timothy Martin, 'Arbitration in the Kingdom of Saudi Arabia' (2014) 30 Arbitration International, 387, 388; Sadık Kirazlı, 'Conflict and Conflict Resolution in the pre-Islamic Arab Society' (2011) 50(1) Islamic Studies 25, 49-52; Mustafa Monjur, 'An Analysis on the Practices of Prophet Muhammad (Pbuh) in Resolving Conflicts', (2011) 1(1) Journal of the Bangladesh Association of Young Researchers 109, 115.

12 Gemmell (n 7) 173-174; Abu-Nimer mentions such a case when the Prophet (pbuh), in a dispute between himself and the Banu Qurayza (a Jewish tribe) agreed to submit their dispute to a third party chosen by them notwithstanding his prominence. He also points out to another conflict between Arab and Jewish tribes where the Prophet (pbuh) was selected by the disputants as arbitrator. Mohammed Abu-Nimer, 'A Framework for Nonviolence and Peacebuilding in Islam' (2001) 15 Journal of Law & Religion 217, 247; See also, Majid Khadduri, *War and Peace in the Law of Islam* (Oxford University Press 1955) 231ff; The commitment and participation of the Prophet (pbuh) in the arbitral proceedings caused scholars to refer to Muhammad (pbuh) as an exemplary standard for the independence of arbitrators. Nudrat Majeed, 'Investor-State Disputes And International Law: From The Far Side' (2004) 98 Proceedings of the ASIL Annual Meeting 30, 32.

13 Mehmet Nar, 'Tahkimin Kamu Hizmetlerine Uygulama Sorunsalı ve Olası Sonuçları' (2012) 103, Türkiye Barolar Birliği Dergisi 112, 114; Yusuf Şen, 'İslam Hukuku'nda Arabuluculuk', (2012) 11(22), Hitit Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi 105, 108.

14 Mahdi Zahraa and Nora A Hak, 'Tahkīm (Arbitration) in Islamic Law within the Context of Family Disputes' (2006) 20(1) Arab Law Quarterly 2, 3; Edward William Lane, *Arabic-English Lexicon*, vol 1 (The Islamic Texts Society) 616; See, Ensari Yücel, 'İslam Hukukunda Tahkim ve Katılım Bankalarında Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümü' (2017) 3(2) Journal of Islamic Economics and Finance 137, 140.

resolution under Islamic law.¹⁵ For matrimonial disputes the holy Qur'an provides as follows

If you fear a breach between them twain (the man and his wife), appoint (two) arbitrators, one from his family and the other from her's; if they both wish for peace, Allah will cause their reconciliation. Indeed, Allah is Ever All-Knower, Well-Acquainted with all things¹⁶

The Qur'an further states in another verse

...nay, by your Lord, they can never be believers, until they appoint you the arbitrator in all the disputes between them, and find in themselves no resistance against your decisions, and accept (them) with full submission.¹⁷

It further provides

Verily! Allah commands that you should render back the trusts to those, to whom they are due; and that when you judge between men, you judge with justice. Verily, how excellent is the teaching which He (Allah) gives you! Truly, Allah is Ever All-Hearer, All-Seer.¹⁸

The above verses of Qur'an show that the availability of arbitration, under Islamic law, is not limited to family disputes, instead, it includes commercial and other civil and financial matters.¹⁹ Treaty of Medina in AD 622 was the first treaty signed by the Muslim community, provided for arbitration to resolve disputes. Since then, with its permissibility unquestioned by the Islamic jurisprudence, the major schools of Islamic thought have supported and used arbitration for centuries.²⁰

I. Islamic Finance Disputes

Today it is undoubted that the subject of arbitration in Islamic disputes is both materially and morally of great importance. Over the past 25 years, the considerable contribution of economic, social and political changes to the wealth held by Muslims, leveraged their need to make the most of this wealth in compliance with the Islamic principles.²¹ The exponential growth in Islamic finance has resulted in an increase

15 Abdul Azeez Maruf Olayemi and Bandar Khalid Al-Zabyani, 'Arbitration Clause in Islamic Banking Contracts: A Contractual Necessity' (2014) 1(7) *International Journal of Interdisciplinary and Multidisciplinary Studies* 1, 1; Arif A Jamal, 'ADR and Islamic law: the cases of the UK and Singapore' (2015) National University of Singapore Faculty of Law Working Paper 2015/004, 4ff <<http://law.nus.edu.sg/wps/>> accessed 4 October 2018; See, Muharrem Balci, *İhtilâfların Çözüm Yolları ve Tahkim* (Seçkin Press 1999) 72ff; Yücel (n 15) 142ff.

16 Qur'an, 4:35.

17 Qur'an, 4:65.

18 Qur'an, 4:58.

19 Farouq Saber Al-Shibli, 'The Role of Arbitration in Settling the Disputes of Islamic Banking' (2017) 1(2) *Journal of Humanities, Language, Culture and Business* 221, 226; Olayemi and Al-Zabyani (n 16) 2; For the perspectives of different Islamic doctrines on the availability of arbitration for different types of disputes see, Yücel (n 15) 145ff.

20 Al-Ammari and Martin (n 12) 388; Alqurashi (n 4).

21 Ștefana Maria Dima and others, 'A discussion over IFRS' adoption in Islamic countries' (2014) 13(1) *Accounting and Management Information Systems* 35, 36.

in the breadth and sophistication of product offerings in international finance.²² However, although arbitration is a concept that is favoured to adjudication in Islamic jurisprudence, international arbitration is still far-away from fulfilling its potential in the area of Islamic finance transactions and dealings.²³

With its origin dating back to the dawn of Islam 1,400 years ago, Islamic finance can be described as financial intermediation accomplished in a way that is rooted in fundamental principles of Islam.²⁴ The compliance with these principles that are articulated in the Sharia must be maintained throughout the lifecycle of the transaction.²⁵

In addition to the Sharia-compliance, Islamic finance must offer financial products that are compliant with the requirements of operations in global financial markets.²⁶ The best description of this task was perhaps given by ElWaleed M. Ahmed, a legal consultant in Kuwait, when he compared Islamic finance to conventional finance: ‘Conventional finance bows to one master, “profit”. Islamic finance however, has two masters, “profit”’ as well as “Sharia’s principles”. In parallel with the ancient Latin saying “*Nemo potest duobus dominis servire*”²⁷, obedience to two masters is no easy task.²⁸

Result of attempting to please two masters simultaneously can result in unique challenges not only for capital adequacy, corporate governance, risk management, transparency and disclosure, but also for dispute resolution.²⁹ Notwithstanding the fact that compliance to Islamic principles is verified upfront by Sharia boards, problems may still occur, as in any dispute resolution process.³⁰

In order to preserve Sharia-compliance and the Islamic component of the financial transaction Islamic finance dispute resolution must resort to Sharia.³¹ Though secular

22 ICC Commission on Arbitration and ADR Task Force, *Report of the ICC Commission on Arbitration and ADR Task Force on Financial Institutions and International Arbitration* (International Chamber of Commerce March 2018) para 108 <<https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2016/11/icc-financial-institutions-and-international-arbitration-icc-arbitration-adr-commission-report.pdf>> accessed 4 October 2018.

23 *ibid*; Al-Ramahi (n 10) 1.

24 Abdelkader Chachi, ‘Origin and development of commercial and Islamic banking operations’ (2005) 18(2) *Journal of King Abdulaziz University* 3, 4; Ahmad Alhabri, ‘Development of Islamic Finance in Europe and North America: Opportunities and Challenges’ (2016) 2(3) *International Journal of Islamic Economics and Finance Studies* 109, 110; Mabid Ali Al-Jarhi, ‘An economic theory of Islamic finance’ (2017) 9(2) *ISRA International Journal of Islamic Finance* 117, 117.

25 ICC Commission on Arbitration and ADR Task Force (n 23) para 109.

26 *ibid* para 110.

27 Book of Matthew 6:24.

28 ElWaleed M. Ahmed, ‘Challenges facing sector’s growth; Global Islamic finance’ *Arab Times* (Kuwait, 17 April 2007) <<https://sudaneseonline.com/cgi-bin/sdb/2bb.cgi?seq=msg&board=100&msg=1176828078&rm=1>> accessed 4 October 2018; Aida Maita, ‘Arbitration of Islamic Financial Disputes’ (2014) 20(1) *Annual Survey of International and Comparative Law* 35, 63-64.

29 ICC Commission on Arbitration and ADR Task Force (n 23) para 110.

30 *ibid*.

31 Camille Paldi, ‘The Dubai World Islamic Finance Arbitration Center and the Dubai World Islamic Finance Arbitration Center Jurisprudence Office as the Dispute Resolution Center and Mechanism for the Islamic Finance Industry: Issues and a Proposed Framework’ (Submitted as partial fulfillment of the requirements of the degree of MA in Islamic Finance, Durham University 2013) 7.

dispute resolution is also a choice for Islamic finance transactions,³² this paper focuses on the disputes where the parties agree on resolving their issues in compliance with the Islamic principles.

A. The Common Practice: English Litigation

With the globalization of the industry, disputes amongst international entities arising out of Sharia-compliant agreements have become more commonplace.³³ This has brought one unwanted side effect: The emergence of Islamic finance litigation. As Bälz states “Once Islamic finance was no longer confined to a small like-minded community, borrowers defaulted and banks sued and enforced”.³⁴

English law is the preferred legal jurisdiction in most Islamic finance agreements, especially those involving cross-border transactions.³⁵ Moreover, the transaction documents including the declaration of trust are also subject to the decision of the English judges indicating that the courts of England have exclusive jurisdiction to settle any Islamic finance disputes under such arrangements.³⁶

Since *Investment Company of The Gulf v Symphony Gems*³⁷ the first case pertaining to this field in the UK courts was decided on 13 February 2002, the English judges ruled on landmark Islamic finance cases.

1. The Issues Arising in UK Courts

Perhaps the most ground-breaking decision of the English courts related to Islamic finance was the case *Shamil Bank of Bahrain EC v. Beximco Pharmaceuticals Ltd. and the Others*.³⁸

32 In this case, the parties to an Islamic finance transaction provide in their agreement that any dispute will be referred to arbitration, however they require the arbitrators to apply only the selected law to the exclusion of sharia. Such a dispute resolution clause may even contain a “waiver of Shariah defense” which means that the parties are agree to waive any claim that the agreement is invalid under Islamic law in case of a dispute. In 2010, ISDA and the International Islamic Financial Market (IIFM) endorsed the secular arbitration option following the launch of ISDA/IIFM Tahawwut (Hedging) Master Agreement. Section 13(c) of the agreement offers the parties the option of choosing ICC arbitration with London or New York as the seat, and English or New York law as the governing law. Also, in order not to cause any doubts section 1(d) particularly notes that the governing law does not include Sharia; ICC Commission on Arbitration and ADR Task Force (n 23) paras 121-122.

33 Maita (n 29) 40.

34 Kilian Bälz, *How Islamic Finance Has Transformed Islamic Contract Law* (Islamic Legal Studies Program Harvard Law School 2009), 21.

35 Michael Ainley and others, ‘Islamic Finance in the UK: Regulation and Challenges, Financial Services Authority’ (2007), 17 <https://www.isfin.net/sites/isfin.com/files/islamic_finance_in_the_uk.pdf> accessed 4 October 2018; Kilian Bälz, *How Islamic Finance Has Transformed Islamic Contract Law* (n 35) 13; ‘Special report on Islamic finance’ *Financial Times*, (London 1 July 2010); Paldi (n 32) 7.

36 Zulkifli Hasan and Mehmet Asutay, ‘An Analysis of the Courts’ Decisions on Islamic Finance Disputes’, (2011) 3(2) ISRA International Journal of Islamic Finance 41, 54.

37 *Investment Company Of The Gulf (Bahamas) Limited v Symphony Gems N.V. and Ors* [2002] West Law 346969, QBD (Comm. Ct.).

38 *Beximco Pharmaceuticals Ltd. v. Shamil Bank of Bahrain*, [2004] EWCA Civ.

In the case, Beximco and the other borrowers entered into a *murabaha*³⁹ agreement in 1995 resulting in the acquisition of nearly forty-seven million US dollars in assets with the plaintiff, Shamil Bank of Bahrain.⁴⁰ The agreement included a choice of law clause stating that “Subject to the principles of the Glorious Sharia’a, this agreement shall be governed by and construed in accordance with the laws of England”.⁴¹ The plaintiff brought the case to the English court and made an application for summary judgment claiming the amount outstanding under the agreement, following the default of Beximco and after numerous termination events under the agreements. On the other hand, Beximco objected and claimed that the agreement was unenforceable due to Sharia non-compliance as it contained a hidden form of *riba*.⁴²

Interpreting the governing law clause, the English court found the provision “Subject to the principles of the Glorious Sharia’a” to be inadequate for the purpose of incorporating the Islamic law principles into the agreement, and thus, the English law, rather than Sharia, governed the transaction.⁴³ The judge, Morison J, declined to apply Sharia law to the substance of the dispute for the following reasons.

First, since the Article 3(1) of the Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome Convention) 1980⁴⁴, which had the force of law in the United Kingdom, states that “a contract shall be governed by the law chosen by the parties” the judge held that it would be non-justiciable, and therefore impossible for contracts, to be subject to two separate systems of law.⁴⁵ Moreover, the wording of the Article 1(1) of the Convention which contemplates that “the rules of this Convention shall apply to contractual obligations in any situation involving a choice between the laws of different countries” and the reference to choice of a “foreign law” in Article 3(3) make it clear that the Convention as a whole only contemplates and sanctions the choice

39 Murabaha is a type of contract frequently used in Islamic transactions. Instead of lending money at interest to a client wishing to purchase goods in return for the grant of a security interest on those goods, the bank first buys the goods itself and subsequently sells them to the client with the addition of a pre-agreed profit. That is why it is also known as the “cost-plus-profit” contract. From the Sharia-compliance point of view, the bank must acquire ownership of the asset together with the temporary risks of ownership Jason CT Chuah, ‘Islamic Principles Governing International Trade Financing Instruments: A Study of the Morabaha in English Law’, (2006), 27(1) Northwestern Journal of International Law & Business 137, 140; For the concepts *riba* and *murabaha* see, Kilian Bälz, ‘Islamic Law as Governing Law under the Rome Convention Universalist Lex Mercatoria v. Regional Unification of Law’ (2001) 6(1) Uniform Law Review 37, 38ff.

40 Beximco Pharmaceuticals Ltd. v. Shamil Bank of Bahrain, [2004] EWCA Civ [55ff].

41 Beximco Pharmaceuticals Ltd. v. Shamil Bank of Bahrain, [2004] EWCA Civ [54].

42 *Riba* roughly corresponds to unlawful gain which Islamic finance transactions are designed to avoid. Although there is no universally agreed definition for the term, the nature of *riba* is clearly prohibited by the Qur’an. There is a general agreement among jurists that interest constitutes *riba*, however interest and *riba* are not the same since the ambit of *riba* is considerably wider than that of interest. Sale is permitted, though. In this context, a well-known verse (2:275) of the Qur’an is frequently quoted: ‘They said that sale is like *riba* whereas Allah has allowed sale and has banned *riba*’. Nicholas HD Foster, ‘Encounters between legal systems: recent cases concerning Islamic commercial law in secular courts’ (2006) (68) *Amicus Curiae* 2, 3; Fazlur Rahman, ‘Riba and Interest’ (1964) 3(1) *Islamic Studies* 1, 2ff; Hasan and Asutay (n 37) 56.

43 Chuah (n 40) 141; ICC Commission on Arbitration and ADR Task Force (n 23) para 111.

44 80/934/EEC: Convention on the law applicable to contractual obligations [1980] OJ L 266/1.

45 Beximco Pharmaceuticals Ltd. v. Shamil Bank of Bahrain, [2004] EWCA Civ [48].

of the law of a country. Morison J, concluded that there was no provision allowing the choice or application of a non-national system of rules such as Sharia.⁴⁶ Furthermore, in any event, the principles of the Sharia were not simply principles of law but principles which applied to other aspects of life and behaviour.⁴⁷ In the Judge's opinion, even treating the principles of Sharia as principles of law, the application of such principles in matters of commerce and banking were plainly matters of controversy. In particular, there was controversy as to the strictness with which principles of Islamic law will be interpreted or applied.⁴⁸ Consequently, the Judge found it highly improbable that the intention of the parties to the agreement was the determination of an English court for any dispute concerning the nature or application of such controversial religious principles which would involve it in the task of choosing between contrasting views which themselves might be based on geopolitical and particular religious beliefs.⁴⁹ Dismissing the arguments put forward by the defendants, the High Court dismissed granted summary judgment in favour of the plaintiff.

The ruling was upheld by the Court of Appeal, which confirmed Morison J in his conclusion, broadly for the reasons which he gave.⁵⁰ Although Lord Justice Potter recognized the definition of Sharia law made by the defendants' expert,⁵¹ he noted that in his point of view Sharia law was more of a religion than law, and could not be valid for the banking and finance transactions in the UK.⁵² For the Court, the reference to the Glorious Sharia in the choice of law clause was merely a result of the intention to reflect the plaintiff's nature of business rather than replacing the English law as the governing law.⁵³

"[...] the words [of the provision] are intended simply to reflect the Islamic religious principles according to which the Bank holds itself out as doing business rather than a system of law intended to "trump" the application of English law as the law to be applied in ascertaining the liability of the parties under the terms of the agreement".⁵⁴

There are a couple of points that are worth highlighting in the judgment of the English courts. First, despite the appellant's argument that the reference to Shariah should be treated as an inclusion of the *lex mercatoria* of Islamic finance and that the

46 Beximco Pharmaceuticals Ltd. v. Shamil Bank of Bahrain, [2004] EWCA Civ [39] [48] [51].

47 Beximco Pharmaceuticals Ltd. v. Shamil Bank of Bahrain, [2004] EWCA Civ [53].

48 Beximco Pharmaceuticals Ltd. v. Shamil Bank of Bahrain, [2004] EWCA Civ [49]-[53].

49 Beximco Pharmaceuticals Ltd. v. Shamil Bank of Bahrain, [2004] EWCA Civ [49]-[54].

50 Beximco Pharmaceuticals Ltd. v Shamil Bank of Bahrain EC [2004] APPL.R. 01/28 [61]-[63].

51 "...the law laid down by the Qu'ran, which is the Holy Book of Islam and the Sunnah (the sayings, teachings and actions of Prophet Mohammad (pbuh). These are the principal sources of the Shari'ah. The Sunnah is the most important source of the Islamic faith after the Qu'ran and refers essentially to the Prophet's example as indicated by the practice of the faith. The only way to know the Sunnah is through the collection of hadith, which consist of reports about the sayings, deeds, and reactions of the Prophet." Beximco Pharmaceuticals Ltd. v Shamil Bank of Bahrain EC [2004] APPL.R. 01/28, [2].

52 Beximco Pharmaceuticals Ltd. v Shamil Bank of Bahrain EC [2004] APPL.R. 01/28, [40].

53 Beximco Pharmaceuticals Ltd. v Shamil Bank of Bahrain EC [2004] APPL.R. 01/28, [41].

54 Beximco Pharmaceuticals Ltd. v Shamil Bank of Bahrain EC [2004] APPL.R. 01/28, [54].

appellate court should apply those principles which relate to murabaha contracts, the use of a combined-law clause was rejected by the court taking into account the principle that a contract cannot be governed by two systems of law and the wording in the Rome Convention stating that a “contract shall be governed by the law chosen by the parties”. Second, for the court, the reference to Sharia in the governing law clause of the contract was nothing more than a statement of intent reflecting the nature of the business, and thus, non-binding. Third, under the Rome Convention 1980 only the choice of state laws is contemplated, not of a non-state legal system such as Sharia. Fourth, the reference was ambiguous since the parties did not clearly state which specific principles were to be applied; and finally, even though Muslim scholars have diversifying views as to the application of Sharia, it was quite improbable that the parties desire was to confer the decision on the principles of Islamic law to a secular UK court.

Although, since then the Rome Convention has been replaced by Regulation (EC) No. 593/2008 of the European Parliament and the Council of 17 June 2008 on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome I)⁵⁵ and the correlating articles in Rome I have been revised, the doubts still remain as to the future of governing law clauses in Islamic financial contracts involving Islamic principles in English litigation.⁵⁶

The following wording of an early draft resolution contemplates the application of a non-state law, so long as it is precise enough

“To further boost the impact of the parties’ will, a key principle of the Convention, [draft Article 3] paragraph 2 authorizes the parties to choose as the applicable law a non-State body of law. The form of words used would authorize the choice of the UNIDROIT principles, the Principles of European Contract Law or a possible future optional Community instrument, while excluding the *lex mercatoria*, which is not precise enough, or private codifications not adequately recognized by the international community. Like Article 7(2) of the Vienna Convention on the international sale of goods, the text shows what action should be taken when certain aspects of the law of contract are not expressly settled by the relevant body of non-State law”.⁵⁷

Furthermore, draft Article 3, paragraph 2 reads as follows

“The parties may also choose as the applicable law the principles and rules of the substantive law of contract recognized internationally or in the Community. However, questions relating to matters governed by such principles or rules which are not expressly settled by them

55 Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I) [2008] OJ L 177/6.

56 On the contrary, see Abdullah Abdul Rahman, ‘Shariah as the governing law of Islamic finance contracts in the UK: The impact of Rome I Regulation and the position in arbitration’ (*Young ICCA Blog*, 24 November 2014) <<http://www.youngicca-blog.com/shariah-as-the-governing-law-of-islamic-finance-contracts-in-the-uk-the-impact-of-rome-i-regulation-and-the-position-in-arbitration/>> accessed 4 October 2018.

57 Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome I) Brussels, 15.12.2005 COM(2005) 650 final 2005/0261 (COD), 5.

shall be governed by the general principles underlying them or, failing such principles, in accordance with the law applicable in the absence of a choice under this Regulation”.⁵⁸

Similar to the wording of the draft resolution, the final session of regulation explicitly offers parties the means to incorporate non-state law or international standards by reference into their contract. Recital 13 of the preamble to Roma I provides that the regulation does not preclude parties from incorporating by reference into their contract a non-state body of law or an international convention.⁵⁹

However, even if the same issue had to be decided in accordance with the new wording, commentators mention that the problems of certainty and the impossibility of such a combined-law clause would persist.⁶⁰ Despite the fact that the reference to the “laws of different countries” does no longer exist in Article 1(1), the wording of Article 3(3) of Rome I is still open for the same reasoning in *Shamil Bank*, as it currently provides as follows⁶¹

Where all other elements relevant to the situation at the time of the choice are located in a country other than the country whose law has been chosen, the choice of the parties shall not prejudice the application of provisions of the law of that other country which cannot be derogated from by agreement.

Furthermore, Article 3(1) remains the same and still provides that “a contract shall be governed by the law chosen by the parties”. Should the reasoning of the court in *Shamil Bank* be followed, in accordance with the rule stipulating that only one system of law may govern a contract, combined clauses that refer to a national law subject to the principles of Islamic finance will not be available for the parties since they will be seen as in tension with the continued use of the singular form of “law”.⁶² In conclusion, the revision of Rome Convention did not solve the problems convincing an English court that the Sharia is a body that can be incorporated into the agreements as applicable law.⁶³

The Court’s approach in *Shamil Bank v. Beximco* established the English courts’ precedent on governing law in Islamic finance cases, and was followed by subsequent cases such as *Dar v. Blom*⁶⁴ which was rendered in 2009 concerning a different type of Islamic finance contract.⁶⁵

58 Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome I) Brussels, 15.12.2005 COM(2005) 650 final 2005/0261 (COD), 15.

59 Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I) [2008] OJ L 177/6, Recital 13; Jonathan Ercanbrack, *The Transformation of Islamic Law in Global Financial Markets*, (Cambridge University Press 2015), 230.

60 Foster (n 43) 3.

61 Julio C. Colón, ‘Choice of Law and Islamic Finance’ (2011) 46 *Texas International Law Journal* 411, 425.

62 *ibid* 425ff.

63 Ercanbrack (n 60) 230-231.

64 *The Investment Dar Co KSSC v Bloom Developments Bank Sal* [2009] All ER (D) 145.

65 Maita (n 29) 40; Hasan and Asutay (n 37) 58.

The current practice of choosing English law as the governing law is criticized by scholars. It is proposed that the choice of parties to be adjudicated in a non-Islamic jurisdiction by a non-Islamic court is a sign that due recognition is not given to the validity and the principles of Islamic law.⁶⁶ Since it is up to the common law judges to make the final interpretation and determine the governing law and how it is applied, regardless of the way in which the contract is drafted, there is no guarantee for the preservation of the Islamicity of the agreement.⁶⁷ Also, the possibility that the refusal of the application of Sharia by English courts may turn an Islamic finance transaction into a conventional dispute based on English law and make it possible to enforce it even if the contract is deemed as being non-compliant with the Sharia, is seen as “detrimental to the survival of the Islamic finance industry” since this will have a negative impact on the industry’s growth by putting to inconvenience its customers who become increasingly sceptical about the compliance of their contracts with Sharia.⁶⁸

Furthermore, the civil court judges have been facing slings and arrows because of their alleged lack of knowledge regarding Islamic law.⁶⁹ For instance, Al-Shibli noted that since the experience of civil court judges is very limited in field of Islamic banking as they rarely study Sharia law or Islamic finance at university or even at judicial institutions, they generally need to rely on other experts who have knowledge of the transactions of Islamic banks.⁷⁰ This was underlined by Justice Suriyadi in the case of *Arab Malaysian Merchant Bank v Silver Concept*⁷¹ where he observed that

“in the event any litigation is commenced, it must be appreciated that not every presiding judge is a Muslim, and even if so, may not be sufficiently equipped to deal with the matters, which ulamaks [Islamic scholars] take years to comprehend”.

B. The Wise Choice of Arbitration

While the industry historically has preferred litigation over alternative dispute resolution mechanisms, and non-Islamic jurisdictions to decide on disputes, there have been calls by legal and financial experts for those who want to settle their disputes in accordance with Sharia to refer their disputes to ADR methods, especially arbitration, and provide custom arbitration clauses, procedures and practices more in

⁶⁶ *ibid* 63.

⁶⁷ Paldi (n 32) 8.

⁶⁸ Hasan and Asutay (n 37) 63; Paldi (n 32) 6; ICC Commission on Arbitration and ADR Task Force (n 23) para 118.

⁶⁹ See Kamilah Wati binti Mohd and others, ‘Sustainability of Islamic Finance Industry: Arbitration as Forum for Dispute Resolution’, 2014 (5) *Shariah and Law Discourse* 58; Umar A Oseni, ‘Dispute Resolution in Islamic Banking and Finance: Current Trends and Future Perspectives’ (International Conference on Islamic Financial Services: Emerging Opportunities for Law/Economic Reforms of the Developing Nations, Saudi Arabia 6-8 October 2009); Olayemi and Al-Zabyani (n 16) 1; Maita (n 29); Hasan and Asutay, (n 37); Paldi (n 32).

⁷⁰ Al-Shibli (n 20) 223.

⁷¹ *Arab-Malaysian Merchant Bank Bhd v Silver Concept Sdn Bhd* [2005] 5 MLJ 210.

line with Sharia Law.⁷² With regard to the criticism mentioned above, arbitration may provide a more beneficial way of dispute settlement in various aspects for Islamic finance disputes.

First of all, compared to other areas, one big particularity of Islamic financial dispute resolution is the uniqueness of choice of law clauses. In theory, the parties willing to resolve such disputes by means of Shariah-compliant ways have three options as to the governing law:

The contract may be:

- (1) subject exclusively to Islamic law by means of a complete denationalization;
- (2) subject exclusively to a national Islamic legal system, whether or not said system be based on Sharia law; or
- 3) subject to a combined system which uses Islamic principles to limit the application of a national law.⁷³

Although the applicable law in classical Islamic law can only be the Sharia without any exception, with Khouildi's definition, "un assouplissement considérable (a considerable relaxation)" has occurred in the concept of Islamic finance.⁷⁴ Most arbitration in Islamic finance is governed by combined-law clauses that subject national laws to the principles of Islamic law. In other words, rather than denationalizing their contract in a very straightforward way by asking to abandon the law of a particular country and submitting the contract directly to Islamic law, parties in Islamic financial transactions predominantly put their confidence in national laws -such as those of the United Kingdom- to the extent that they do not contradict the rules of Sharia.⁷⁵ As the Standart 32 Article 9/4 of the Accounting and Auditing Organisation for Islamic Financial Institutions (AAOIFI) mentions "if the arbitrator is obliged to apply a certain law, he should still not violate the rulings of Shari'ah". This results in governing law clauses such as the following: "This dispute shall be governed by the Laws of (state name) except to the extent it may conflict with Islamic Sharia, which shall prevail."⁷⁶

At this point the very important question arises: is it possible for the parties of an arbitration to select non-national rules, namely Sharia as the governing law alongside the national law that they choose?

Regarding the applicability of Sharia as the governing law, some cases from mid-1900's demonstrate that arbitrators refused the idea that Islamic law was sophisticated

72 "This is similar to what has been established for arbitration of other industries such as Intellectual Property, Construction and Sports, and many others." Maita (n 29) 36.

73 Colón (n 62) 431.

74 Khouildi (n 5) 55.

75 Colón (n 62) 431.

76 Accounting and Auditing Organisation for Islamic Financial Institutions (AAOIFI) Sharia Standarts, <<http://aaofii.com/shariaa-standards/?lang=en>> accessed 4 October 2018.

enough to be applied in complex commercial disputes. In year 1952, for instance, Lord Asquith acted as the arbitrator in the case *Petroleum Development Ltd. v. Sheikh of Abu Dhabi*⁷⁷ which related to a dispute arising out of a contract executed in Abu Dhabi. Notwithstanding the fact that he acknowledged that the applicable law was that of Abu Dhabi's, which was based on Islamic law, Lord Asquith subsequently went to undermine the validity of the latter on the grounds that, according to him, "it would be fanciful to suggest that in this very primitive region there is any settled body of legal principles applicable to the construction of modern commercial instruments."⁷⁸ After describing the Sheikh of Abu Dhabi as an absolute monarch who controls a "purely discretionary form of justice with some assistance from the Koran"⁷⁹ the arbitrator relied on principles of English law instead of applying Abu Dhabi law to the dispute.

Four years later, the arbitrator in the case *Ruler of Qatar v. International Marine Oil Co. Ltd.*⁸⁰ arrived at a very similar conclusion with a parallel reasoning. After acknowledging that Islamic law was the proper law, the arbitrator made a clear statement as to his belief concerning the inadequacy of Islamic law.⁸¹ For him Islamic Law did not "contain any principles which would be sufficient to interpret this particular contract."⁸² Colón mentions that the arbitrators' opinions in both cases confined to very general statements that disdain the ability of Islamic law, rather than putting forward a particular principle due to which they came to the decision not to apply it.⁸³

In another case named *State of Saudi Arabia v. Arabian American Oil Co.*⁸⁴, Aristotle Socrates Onassis, a leading shipping tycoon of the era, concluded a contract with the Saudi Arabian Government and given a quasi-monopoly to transport oil from out of the country. This was protested by *Arabian American Oil Company* (ARAMCO) claiming that in light of its concession agreement made on May 29, 1933 it had the right to choose its own method of transporting oil. Despite acknowledging the applicability of Saudi Arabian law due to existence of the clear mandate, during the arbitration proceedings in Geneva, the arbitrator decided that the rights of ARAMCO could not be "secured in an unquestionable manner by the law in force in Saudi Arabia ... [and that Saudi laws] must be interpreted or supplemented by the general principles of law, by the custom and practice in the oil business and by notions of pure jurisprudence."⁸⁵

77 *Sheikh Abu Dhabi v Petroleum Development Ltd.* [1952] ICLQ 247.

78 *Sheikh Abu Dhabi v Petroleum Development Ltd.* [1952] ICLQ 247.

79 *Sheikh Abu Dhabi v Petroleum Development Ltd.* [1952] ICLQ 251.

80 *Ruler of Qatar v. International Marine Oil Co. Ltd.* (1956) 20 Int L Rep 534.

81 Colón (n 62) 414.

82 *Ruler of Qatar v. International Marine Oil Co. Ltd.* (1953) 20 ILR 534.

83 Colón (n 62) 414.

84 *State of Saudi Arabia v. Arabian American Oil Co.* (1963) 27 Int L Rep 117.

85 *Saudi Arabia v. Arabian American Oil Co. (ARAMCO)* (1963) 27 ILR 117,169.

Despite the fact that “the landscape was clouded”⁸⁶ by these three mid-1900s awards questioning the ability of Islamic law, it is worth mentioning that today, it is not that easy to prove that the cloud-break has not even begun. Although there might be variations amongst different schools of Sharia and differences from jurisdiction to jurisdiction due to the fact that some states are relatively more open to Western influences, Islamic law, traditions, and language give these states a common heritage.⁸⁷ Similar to international commerce, Islamic banking has also established certain unified standards. For instance, a Model Islamic Banking Act with the goal of setting forth unified rules for Islamic finance was established by the International Association of Islamic Banks.⁸⁸ As Bälz states, “notwithstanding manifold divergences on individual points, there exists a set of general rules and principles which may serve as a basis for an arbitral decision”.⁸⁹

Contrary to the above mentioned cases, Islamic Law, especially with a combined system that pairs a national legal system with Islamic principles, may work like a charm in arbitration to resolve financial disputes in accordance with the parties’ wish to comply with Sharia. Juxtaposing the outcome of the case Sanghi Polyester Ltd. V International Investor KCSC⁹⁰ serves to highlight the ability of such a clause in resolving finance disputes in accordance with Sharia, contrary to the limitations in the applicability of Islamic law in English courts.⁹¹

The case pertained to an *istisna’a* financing arrangement⁹², arbitration was the dispute resolution mechanism of choice, the place of arbitration was London, and applicable substantive law was provided as follows in the contract “This dispute shall be governed by the Laws of England except to the extent it may conflict with Islamic Shari’ah, which shall prevail”.⁹³

Gave effect to the parties’ will, the arbitrator, who was an expert in Islamic law

86 Ibrahim Fadlallah, ‘Arbitration Facing Conflicts of Culture - The 2008 Annual School of International Arbitration Lecture sponsored by Freshfields Bruckhaus Deringer LLP’ (2009) 25(3) *Arbitration International* 303, 305; Nigel Blackaby and others, *Redfern & Hunter on International Commercial Arbitration* (6th edn Oxford University Press 2015) 215.

87 *Ibid.*, 215.

88 Bälz, ‘Islamic Law as Governing Law under the Rome Convention Universalist *Lex Mercatoria v. Regional Unification of Law*’ (n 40) 44.

89 *ibid.* 44. Bälz also notes that, in contrast to the ambiguous and disputed character of the *lex mercatoria*, it is hard to deny that the provisions of the Islamic Sharia constitute law.

90 *Sanghi Polyesters Ltd. (India) v The International Investor KCSC (Kuwait)* [2001] C.L.C.

91 Aisha Nadar, ‘Islamic Finance and Dispute Resolution: Part 1’ (2009) (23) *Arab Law Quarterly* 1, 4.

92 *Istisna’a* is a contract whereby a party agrees to produce specific goods and services, made in accordance with certain agreed-upon specifications at a determined price and for a fixed delivery date. This undertaking of production includes any process of manufacturing, construction, assembling or packaging. Since the work in *Istisna’a* is not conditioned to be accomplished by the undertaking party alone, the work or part of it can be done by others under his control and responsibility. Contrary to *murabaha* which is an order to buy goods or commodities which are in existence in hand or possible to be found in the market, *Istisna’a* is a contract where the deal can be referred to something not in existence at the time of concluding the contract; Abdul Rashid Khairuddin, ‘Shari’ah Compliant Contract: A New Paradigm in Multi-National Joint Venture for Construction Works’ in Kiyoshi Kobayashi (ed), *Joint Ventures in Construction*, (ICE Publishing, 2009) 103, 112.

93 *Sanghi Polyesters Ltd. (India) v The International Investor KCSC (Kuwait)* [2001] C.L.C., p. 750.

issued a monetary award of both principal and profit, however did not allow claims for additional damages since although such claims were in compliance with English law, they would have been in conflict with Sharia principles.⁹⁴

Furthermore, in the realm of arbitration, the scope of party autonomy is often broader when it comes to the parties' ability to choose non-state law to govern their contract.⁹⁵ In other words the choice of non-state law is widely accepted. This possibility is expressly recognized in numerous state arbitration laws and most arbitration rules adopted by international bodies such as the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) or outstanding arbitral institutions such as the International Chamber of Commerce (ICC) or the American Arbitration Association (AAA).⁹⁶

Providing that "the arbitral tribunal shall decide the dispute in accordance with such rules of law as are chosen by the parties as applicable to the substance of the dispute", the article 28(1) of the UNCITRAL Model Law, for instance, speaks of the choice of "rules of law" rather than using the single word "law".⁹⁷ From this it may be concluded that the parties' autonomy as to the choice of law is not restricted to a certain national legal order. Instead, a body of non-national rules or principles such as provisions of an international convention or even the provisions of an old version of an international document may also be determined as the proper law of the contract.⁹⁸

However, one should keep in mind that even though the scope of party autonomy is often broader in arbitration, the validity of the choice of non-state law depends on the law to which the arbitration is subject. This means that if the relevant provision refers to the parties' ability to designate "law" to govern their contract rather than using the expression "rules of law" the parties will not be able to benefit from the choice of non-national set of rules.⁹⁹

A brief look at different state laws may be useful to understand the varying positions of different jurisdictions towards the choice of non-national rules.

For instance, Article 46 of the Arbitration Act 1996 which regulates arbitration proceedings within the jurisdiction of England and Wales and Northern Ireland states that

94 Sanghi Polyesters Ltd. (India) v The International Investor KCSC (Kuwait) [2001] C.L.C., p. 749; ICC Commission on Arbitration and ADR Task Force (n 23) para 114.

95 Nuray Ekşi, *Roma Konvansiyonu* (Legal Yayıncılık 2004) 97.

96 Doug Jones, 'Choosing the Law or Rules of Law to Govern the Substantive Rights of the Parties' (2014) 26 Singapore Academy of Law Journal 911, 916-917.

97 UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985), with amendments as adopted in 2006. Available at: <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2010Arbitration_rules.html>

98 Sibel Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri*, (Legal Yayıncılık 2008) 124; İrfan Sönmez and Gencyay Karakaya, 'Milletlerarası Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk' (2015) 23 Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 203, 216.

99 Özel (n 99) 125.

“the arbitral tribunal shall decide the dispute in accordance with the law chosen by the parties as applicable to the substance of the dispute, or if the parties so agree, in accordance with such other considerations as are agreed by them or determined by the tribunal.” As mentioned above, by using of the word “law”, Arbitration Act 1996 empowers the parties to choose non-national rules as applicable to the substance of dispute.¹⁰⁰

In this regard, the applicability of Sharia in the field of arbitration as a non-national set of rules in the UK was confirmed by the High Court of Justice in the case of *Musawi v R E International Ltd. and others*¹⁰¹ where an Iraqi citizen and an Iranian family concluded a series of agreements to jointly acquire, develop and own a land adjoining the Wembley Stadium in London. Due to disagreements as to their respective rights, case became subject to arbitration and all relevant agreements were governed by Shia Sharia law. An Ayatollah (a religious leader among Shiite Muslims) was hired as arbitrator and “Islamic legal judge”.¹⁰² At the enforcement process of the award issued in favour of the Iraqi party, High Court made it clear that the Article 46 of the UK 1996 Arbitration Act “allows parties the freedom to apply a set of rules or principles which do not in themselves constitute a legal system”¹⁰³ and that “such a choice may include a non-national set of legal principles (such as the 1994 UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts) or, more broadly, general principles of commercial law or the *lex mercatoria*.”¹⁰⁴ Consequently, the Court affirmed that the arbitration agreement validly chose Shia Sharia law as the proper law and ruled in favour of the enforcement of the award.

In parallel with the Arbitration Act 1996, the Turkish International Arbitration Law (Milletlerarası Tahkim Kanunu) also allows the use of non-national set of rules by stating that “the arbitral tribunal shall decide the dispute in accordance with such rules of law as are chosen by the parties as applicable to the substance of the dispute.”¹⁰⁵ To cite another example, the Decree No. 2011-48 of France reforming the law governing arbitration mentions in its Article 1511 that the arbitral tribunal shall decide the dispute in accordance with the “rules of law” chosen by the parties. The parties are able to choose non-national rules as well as general principles of law or *lex mercatoria*.¹⁰⁶

On the other hand, in addition to the existence of jurisdictions that only grant the parties the opportunity to choose national laws by solely using the word “law”

¹⁰⁰ *ibid.*

¹⁰¹ *Musawi v RE International (UK) Ltd.* [2007] APP.L.R. 12/14

¹⁰² *Musawi v RE International (UK) Ltd.* [2007] APP.L.R. 12/14 [74].

¹⁰³ *Musawi v RE International (UK) Ltd.* [2007] APP.L.R. 12/14 [22].

¹⁰⁴ *Musawi v RE International (UK) Ltd.* [2007] APP.L.R. 12/14 [22].

¹⁰⁵ See also, Ziya Akıncı, *Milletlerarası Tahkim* (4th edn Vedat Yayıncılık 2016) 229ff; Armağan Ebru Bozkurt Yüksel, ‘UNCITRAL ve UNCITRAL Model Kanunu’na Genel Bir Bakış’ (2011) 2(4) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 135, 160.

¹⁰⁶ For a detailed catalogue of arbitration laws of different jurisdictions see, Jones (n 97) 932ff; See also, Koray Güven, ‘Lex Mercatoria ve Milletlerarası Tahkim’ 34(2) Public and Private International Law Bulletin, 1, 1ff.

instead of “rules of law” in their pertinent laws (such as Sweden)¹⁰⁷, it is also possible that the adoption of Rome Convention may result in discussions related to the proper law at a certain jurisdiction, notwithstanding the existence of a provision providing that the tribunal shall decide the dispute in accordance with the rules of law chosen by the parties.

For instance, the choice of non-national rules is permitted under the Article 1051(1) of the German *Zivilprozessordnung* (ZPO) which uses the expression “rules of law”. The parties may designate the Convention on International Sales of Goods (GISG) or UNIDROIT principles as the applicable law. However, since the Rome Convention is based on national law while the UNCITRAL Model Law allows the choice of non-state law, Özel notes that different opinions are put forward in the German doctrine related to the scope of party autonomy in the context of the governing law.¹⁰⁸

Moreover, where an arbitral tribunal may be entitled to rule *ex aequo et bono* as opposed to rules of law, *a maiore ad minus*, an arbitral tribunal may also base its decision on a set of general principles such as the *lex mercatoria*.¹⁰⁹ Bälz claims that this argument likewise applies to the case in which the parties have chosen the principles of the Islamic Sharia rather than some set of predominantly Europe-based legal principles such as the *lex mercatoria*.¹¹⁰ Similarly, according to Yücel¹¹¹, there is nothing preventing an arbitral tribunal from applying Sharia as the proper law of the dispute in a situation where the parties have expressly authorized the tribunal to rule *ex aequo et bono*.

Therefore, notwithstanding the existence of some jurisdictions that evidently confine the choice of applicable law to state laws, preferring arbitration to English litigation and choosing the right seat may serve to the parties of Islamic finance disputes as a better method in the concept of applicability of the principles of Sharia by means of a combined clause.¹¹²

107 See, Özel (n 99) 125ff.

108 Özel (n 99) 126; See also, Hatice Özdemir Kocasakal, ‘Sözleşmelerde Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları’ 33(1) Public and Private International Law Bulletin 27, 38ff; See İnci Ataman Fıganmeşe, ‘Milletlerarası Ticari Tahkim ile Yatırım Tahkimi Arasındaki Farklar’ (2010) 30(1-2) Public and Private International Law Bulletin 91, 117; Burcu Yüksel, ‘The Relevance of the Rome I Regulation to International Commercial Arbitration in the European Union’ (2011) 7(1) 149, 157ff; Paul Lagarde, ‘Le nouveau droit international privé des contrats après l’entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980’ (1991) 2 *Revue Critique de Droit International Privé* 287, 301; Davor Babić, D ‘Rome I Regulation: binding authority for arbitral tribunals in the European Union?’ (2017) 13(1) *Journal of Private International Law*, 70, 79ff.; AJ Bělohávek, ‘Law Applicable to the Merits of International Arbitration and Current Developments in European Private International Law: Conflict of laws rules and applicability of the Rome Convention, Rome I Regulation and other EU law standards in international arbitration’ (2010) *Czech Yearbook of International Law* 25, 40.

109 Bälz, ‘Islamic Law as Governing Law under the Rome Convention Universalist *Lex Mercatoria* v. Regional Unification of Law’ (n 40) 44; See, Zeynep Özgenç, ‘Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemin veya Hakem Kurulunun *Ex Aequo et Bono* Karar Verme Yetkisi’, (2014) 34(1) *Public and Private International Law Bulletin* 31, 32-33.

110 Bälz, ‘Islamic Law as Governing Law under the Rome Convention Universalist *Lex Mercatoria* v. Regional Unification of Law’ (n 40) 44.

111 Yücel (n 15) 155-156.

112 Kocasakal (n 109) 40.

A further important benefit of arbitration is the ability of the parties to select arbitrators with qualifications tailored to the needs of the dispute in question.¹¹³ Autonomy to select arbitrators is of particular interest for the parties in Islamic finance disputes since they can select arbitrators with relevant experience, knowledge, and training which are not available in judges for complex topics of Islamic finance.¹¹⁴ The arbitrator can be amongst scholars in Islamic banking and finance matter.¹¹⁵ In some Islamic finance cases, the disputing parties may choose arbitrator with Islamic financial experience over those with legal knowledge; or choose a mixed group, such as one arbitrator who has banking background, and another with a legal background.¹¹⁶ Particular to characteristics of each case, parties can create the best combination in order to achieve the most effective process, for instance three arbitrators; a banker, a lawyer, and a third one with a degree in Islamic banking or in Sharia law.¹¹⁷

Additionally, the advantageous features that have enabled arbitration to become the preferred dispute resolution method over the past thirty years such as finality, speed, confidentiality, cost-effectiveness, and flexibility are also available to Islamic finance disputes.¹¹⁸ For instance, an arbitration can be conducted in venues close to home while maintaining the applicable substantive law abroad. Maita states that this will particularly benefit the parties of Islamic finance disputes because the seat is London while most of them are in Muslim States.¹¹⁹ Legal scholars have also advocated the use of arbitration in the Islamic finance given that the quick and amicable means of dispute settlement through arbitration align more closely with the spirit of Islam than traditional litigation.¹²⁰ Also, the parties of an Islamic transactions may well want to preserve confidentiality as to Sharia compliance disputes as it may present a very sensitive issue for the reputation of the company and its clients for whom their religion is the primary driving force.¹²¹

113 Al-Shibli (n 20) 225.

114 *ibid* 225; Wati binti Mohd K and others (n 70) 62.

115 *ibid*.

116 Al-Shibli (n 20) 225.

117 *ibid*.

118 Maita (n 29) 36.

119 *ibid* 53.

120 Alison Wirtz, 'Resolving Islamic Finance Disputes Through International Commercial Arbitration in the Gulf Region' (2016) University of Chicago Law School International Immersion Program Papers 24/2016, 2 <https://chicagounbound.uchicago.edu/international_immersion_program_papers/> accessed 4 October 2018.

121 Bälz, 'Islamic Law as Governing Law under the Rome Convention Universalist Lex Mercatoria v. Regional Unification of Law' (n 40) 37; Olayemi and Al-Zabyani states that the divergent of opinions between the Islamic schools of law is also a clear indication for the necessity of arbitration clauses in the Islamic commercial contracts since even in the situation where there is a competent Sharia court to decide on the disputes that arise from Islamic finance, the problem of appropriate court forum will arise in the event that the parties belongs to different jurisdiction of the Islamic schools of law; Olayemi and Al-Zabyani (n 16) 5; For the issue of the broad spectrum of legal opinion in Islamic arbitration agreements see, Jamal (n 16).

C. Initiatives from the East

Parallel to the growth of Islamic finance industry to unprecedented levels, the lack of modern arbitration laws in many Muslim states has been fading away, leaving its place to an up-to-date approach to arbitration with the purpose of competing in the alternative dispute resolution scene. Oman, in 1997, passed legislation implementing the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration.¹²² Bahrain recently adopted a new arbitration law in 2015, also based on the Model Law.¹²³ Qatar passed Law No. 2 of 2017 on rules of arbitration on March 13, 2017. The new Law is largely based on the UNCITRAL Model Law, though with some variations, particularly in relation to timelines.¹²⁴ The UAE and Qatar recently established arbitration centres affiliated with the key arbitral institutions in the world.¹²⁵ The DIFC-LCIA was established to combine the international best practices with the unique understanding of the local and regional legal and business cultures in the Gulf and wider MENA region.¹²⁶ Saudi Arabia modernized its arbitration law by enacting a new arbitration law as an improvement over the thirty-year old arbitration law that it replaced. The new arbitration law is largely based on the UNCITRAL Model Arbitration Law with amendments as adopted in 2006 but with modifications to ensure that the arbitration process does not violate Sharia as practiced in the Kingdom.¹²⁷ Recently during a regional arbitration conference¹²⁸ funded by The U.S.-Middle East Partnership Initiative (MEPI), the case law on the interpretation of Sharia in the context of arbitration was presented by a delegation of Saudi judges. The delegation claimed that Islamic law would not vitiate the enforcement of foreign arbitral awards any more than the public policy exception for enforcement refusal that New York Convention allows. Following the discussions, and further consultations, Saudi Arabia was added by UNCITRAL to its map of countries. Furthermore, just before the first international arbitration institution in the Kingdom of Saudi Arabia, the Saudi Centre for Commercial Arbitration (SCCA), was officially inaugurated in October 2016¹²⁹, a new era in the history of Saudi women began on May 10, 2016, when the Saudi administrative Court of Appeal did not object to the appointment of

122 Mutasim Ahmad Alqudah, 'The Impact of Sharia on the Acceptance of International Commercial Arbitration in the Countries of the GULF Cooperation Council', (2017) 20(1) *Journal of Legal, Ethical and Regulatory Issues* 1, 1.

123 In 2010, the Bahrain Chamber for Dispute Resolution (BCDR) and American Arbitration Association (AAA), launched BCDR-AAA to conduct arbitrations according to the AAA rules; Alqudah (n 123) 1.

124 Qatar: New Arbitration Law Passed, 5 June 2017, <<http://www.loc.gov/law/foreign-news/article/qatar-new-arbitration-law-passed/>> accessed 4 October 2018.

125 Alqudah (n 123) 1.

126 See, DIFC-LCIA Arbitration Center <<http://www.difc-lcia.org>> accessed 4 October 2018.

127 Al-Ammari and Martin (n 12) 387ff.

128 'The U.S.-Middle East Partnership Initiative, Saudi Arabia Adapts UNCITRAL Arbitration Law, 18 January 2018' <<https://mepi.state.gov/arbitration-law/1>> accessed 4 October 2018; Saudi Centre for Commercial Arbitration (SCCA) <<https://www.sadr.org/about-scca?lang=en>> accessed 4 October 2018.

129 See, Saudi Centre for Commercial Arbitration (SCCA) <<https://www.sadr.org/>> accessed 4 October 2018.

Ms. Shaima Aljubran, the first Saudi female arbitrator, in the field of commercial disputes.¹³⁰

Based on the wide criticism over the attitude of the English courts, notable Islamic countries came up with initiatives striving to create platforms specialized in the arbitration of Islamic finance disputes for the purpose of changing the convention of leaving Islamic finance disputes to the hands of English courts.¹³¹

Malaysia takes the lead in this regard as part of its broader goal to establish itself as an Islamic finance hub.¹³² With the purpose of solving the problem of civil court jurisdiction over the Islamic commercial contract, Asian International Arbitration Centre (formerly known as Kuala Lumpur Regional Centre for Arbitration [KLRCA]) provides a specific mechanism, i-Arbitration, to resolve the disputes that arise from the Islamic finance transactions.¹³³

Before the i-Arbitration Rules, KLRCA had the Rules for Arbitration of Kuala Lumpur Regional Centre for Arbitration – Islamic Banking and Financial Services 2007 (2007 Rules).¹³⁴ The Rules included a model clause that stated as follows

“Any dispute, controversy or claim arising from Islamic banking business, Takaful Business, Islamic financial business, Islamic development financial business, Islamic capital market products or services or any other transaction or business which is based on Shari’ah principles out of this agreement/contract shall be decided by arbitration in accordance with the Rules for Arbitration of Kuala Lumpur Regional Centre for Arbitration (Islamic banking and Financial Services)”.¹³⁵

Although applauded by many practitioners in the field as it represents a significant innovation in the drive towards creating better ways of settling disputes in the industry by making it possible to obtain rulings by Islamic finance experts conforming legally and substantively to the provisions of Islamic Law, Oseni and Ahmad find

130 The New Saudi Arbitration Law neither stipulate any gender requirements for arbitrators, nor contain any language that prohibits a woman from acting as an arbitrator. According to the wording of Article 14 an arbitrator must only fulfil three conditions: 1) being legally competent, 2) being of good conduct and behavior and 3) holding a degree in Islamic or legal studies. Also, in the event that the arbitral tribunal is composed of more than one arbitrator, the last condition is considered met as long as the Chairman holds the specified degree; Mulhim Hamad Almulhim, ‘The First Female Arbitrator in Saudi Arabia’ (*Kluwer Arbitration Blog*) <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/08/29/the-first-female-arbitrator-in-saudi-arabia/>> accessed 4 October 2018.

131 See generally, George Khoukazz, ‘Sharia Law and International Commercial Arbitration: The Need for an Intra-Islamic Arbitral Institution’ (2017) 1 *Journal of Dispute Resolution*, Article 14.

132 See generally, Mohammad Noorzuddin Bin Nooh and Joni Tamkin Bin Borhan, ‘The Global Hub Process: Malaysia’s Vision towards Becoming the Islamic Finance Global Hub Country’ (2014) 5(8(1)) *International Journal of Business and Social Science* 206.

133 See, Asian International Arbitration Centre (AIAC) <<https://www.aiac.world/Arbitration-i-Arbitration>> accessed 4 October 2018; Olayemi and Al-Zabyani (n 16) 3.

134 Rules for Arbitration Islamic Banking and Financial Services 2007, Kuala Lumpur Regional Centre for Arbitration, 2007, <https://arbitrationlaw.com/sites/default/files/free_pdfs/KLRCA%20Arbitration%20Rules%20%28Banking%20%26%20Financial%20Services%29.pdf> accessed on 8 October 2018.

135 Rules for Arbitration Islamic Banking and Financial Services 2007, Kuala Lumpur Regional Centre for Arbitration, 2007, 4 <https://arbitrationlaw.com/sites/default/files/free_pdfs/KLRCA%20Arbitration%20Rules%20%28Banking%20%26%20Financial%20Services%29.pdf> accessed on 8 October 2018.

it discouraging that during an informal discussion with one of the arbitrators, she revealed that not up to two arbitrations were conducted under the 2007 Rules.¹³⁶

This led to a total overhaul of the procedural aspects of Islamic finance arbitration at KLRCA and resulted in the creation of the new rules called the KLRCA i-Arbitration Rules in 2012.¹³⁷ The Rules were revised in 2018 after KLRCA became AIAC.¹³⁸ Datuk Sundra Rajoo, director of the AIAC, defines the role and the purpose of the i-Arbitration Rules with the following words

*“i-Arbitration Rules is the first of its kind in the world, and it should appeal to local and international parties that deal in sharia-based transactions. In its efforts to revolutionise arbitration by integrating sharia-based laws in its rules, the KLRCA aims to familiarise different jurisdictions with how this new system would work and would demystify the complexity of sharia law as perceived internationally”.*¹³⁹

The i-Arbitration Rules have two parts. Part I is largely based on the AIAC Arbitration Rules with some modifications related to Sharia-compliant transactions. One important article is Rule 11 stating that whenever the arbitral tribunal has to form an opinion on a point related to Sharia principles and decide on a dispute arising from the Sharia aspect of the contract; the arbitral tribunal may refer the matter to the relevant Council or Sharia expert for its ruling.¹⁴⁰ Part II of the i-Arbitration Rules is the UNCITRAL Arbitration Rules 2013 which is also applicable in Sharia-related disputes. However, in the event of a conflict between Part I and Part II of the i-Arbitration Rules, the provisions in Part I prevail.¹⁴¹ Although under i-Arbitration the parties are allowed to designate any country as the seat of the arbitration, this remains a challenge in practice since the rules have not met with remarkable uptake outside South East Asia.¹⁴²

Another arbitral institution that promoted itself as delicately suited to Islamic finance disputes is International Islamic Centre for Reconciliation and Arbitration

136 Umar A Oseni, ‘Islamic Finance Arbitration: Integrating the Classical and Modern Legal Frameworks’, in Adnan Trakic and Hanifah Haydar Ali Tajuddin (eds), *Islamic Banking and Finance: Principles, Instruments and Operations* (2nd edn The Malaysian Current Law Journal Sdn Bhd 2012) 549, 563; Umar A Oseni and AUF Ahmad, ‘Dispute Resolution in Islamic Finance: A Case Analysis of Malaysia’ (8th International Conference on Islamic Economics and Finance, Qatar 19-21 December 2011), 11 <http://www.oja.coj.go.th/doc/data/oja/oja_1526456975.pdf> accessed 8 October 2018; Jasri Jamal and others, ‘Alternative Dispute Resolution in Islamic Finance: Recent Development in Malaysia’ (2011) 3(1) *International Journal of Social Sciences and Humanity Studies* 185; Paldi (n 32) 24.

137 Oseni (n 137) 563; Thomas R. Klötzel, ‘KLRCA Rules’, in Rolf A Schütze (ed), *Institutional Arbitration: A Commentary* (Beck/Hart, 2013) 671, 683.

138 Asian International Arbitration Center i-Arbitration Rules (Effective as of 9th March 2018), <<https://www.aiac.world/Arbitration-i-Arbitration>> accessed 4 October 2018.

139 See “Q&A with Datuk Sundra Rajoo, Director of the Kuala Lumpur Regional Centre for Arbitration (KLRCA)” in Kanishk Verghese, ‘Arbitration in Asia: The next generation?’ (*Legal Business Online* 1 July 2014) <<http://www.legalbusinessonline.com/reports/arbitration-asia-next-generation>> accessed on 4 October 2018.

140 Rule 11, Asian International Arbitration Center i-Arbitration Rules (Effective as of 9th March 2018), <<https://www.aiac.world/Arbitration-i-Arbitration>> accessed 4 October 2018.

141 Rule 1(3), Asian International Arbitration Center i-Arbitration Rules (Effective as of 9th March 2018), <<https://www.aiac.world/Arbitration-i-Arbitration>> accessed 4 October 2018.

142 ICC Commission on Arbitration and ADR Task Force (n 23) para 117; Maita (n 29) 59.

(IICRA) which is based in Dubai, UAE. Established as a representative of the Islamic finance industry by an agreement between the UAE and the General Council of Islamic Banks and Financial Institutions, IICRA became operational in January of 2007.¹⁴³ The centre applies the procedural and substantive laws selected by the parties, and its rules explicitly declare that it will not apply laws which it judges to be “incompatible with the Sharia”.¹⁴⁴ This compliance is determined by the arbitration panel which may invoke for the disputed issue whatever it deems appropriate from amongst the viewpoints of various schools of Islamic thought, rulings of Islamic Fiqh academies, and opinions of Sharia supervisory boards at Islamic financial institutions.¹⁴⁵

IICRA claims that it is the only accredited institution for obtaining Sharia compliant provisions by the Islamic finance industry and is undoubtedly one of the supporting infrastructure organizations for Islamic finance. However, the centre does not provide any published record for its case load.¹⁴⁶ Although it mentions a significant increase in the number of Islamic finance cases submitted to the centre in its semi-annual publication of January 2012¹⁴⁷, Maita rightfully states that without knowing the its case load and the involved parties, it is not an easy task to evaluate the effectiveness of these rules.¹⁴⁸ In its recent report, Financial Institutions and International Arbitration, the ICC Commission states that IICRA has reportedly administered a “small number of cases but has not gained common acceptance in the Islamic financial community.”¹⁴⁹

Camille Paldi, CEO of the Franco-American Alliance for Islamic Finance (FAAIF), made a presentation about her proposal for the Dubai World Islamic Finance Arbitration Centre (DWIFAC) and Jurisprudence Office (DWIFACJO) in the International Congress on Banking, Economics, Finance, and Business, on June 24-26 2016 in Sapporo, Japan.¹⁵⁰ Paldi explained that the Islamic finance industry is in need of a solid regulation and a dispute resolution mechanism in order to survive as a viable industry.¹⁵¹ According to the proposal, DWIFAC may offer a globally recognized arbitration centre complete with the DWIFAC jurisprudence office, which may issue a uniform Islamic banking law and a standardized DWIFAC dispute resolution contract that would result in harmony, legal certainty, and investor

143 *ibid* 59.

144 Colón (n 62) 422.

145 See, IICRA Arbitration and Reconciliation Procedures, Article 28 <<http://www.iicra.com/iicra/>> accessed 4 October 2018.

146 Maita (n 29) 60.

147 ‘TAHKEEM’ an IICRA semi-annual publication (2012) (7).

148 Maita states that the fact that it is possible to trace not a single case to this center from external resources could mean that most cases handled by this center are either local or insignificant. Maita (n 29) 59.

149 ICC Commission on Arbitration and ADR Task Force (n 23) para 117.

150 See, Islamic Finance Portal, ‘Camille Paldi (FAAIF) Participates in Sapporo 2016 International Congress on Banking, Economics, Finance, and Business’ <<http://www.islamicfinancialportal.com/2016/07/13/camille-paldi-faaif-participates-insapporo-2016-international-congress-on-banking-economics-finance-and-business-june-2426-2016>> accessed 4 October 2018

151 *ibid*.

confidence in and across the Islamic finance industry.¹⁵² The DWIFAC standardized dispute resolution contract contains a built-in dispute resolution mechanism similar to FIDIC designating DWIFAC as the arbitration centre, facilitating early dispute settlement and completion of contract.¹⁵³ This contract may be included to all Islamic finance transactions in the world, making DWIFAC the central dispute resolution authority for the industry.¹⁵⁴

Another scholar, Colón, suggests that¹⁵⁵ the Dubai International Arbitration Centre (DIAC) appears to be tailored to provide services specialized for the resolution of Islamic finance disputes. Located in the Jebel Ali Free Zone, and in the same city as the Dubai International Financial Centre, Islamic banking hubs and outstanding free trade zones, the DIAC does not purport to specialize in the Islamic finance dispute settlement, although it routinely hears disputes related to matters of Islamic finance and the centre is staffed with legal scholars known with their numerous publications in the fields of Islamic finance and Sharia.¹⁵⁶ According to Colón, these specialties plus the centre's status of being the busiest arbitration centre in the region indicate that the centre would interpret a provision stipulating the arbitration be governed under "the laws of so-and-so nation, subject to the principles of the Shariah as a binding choice of law".¹⁵⁷

Conclusion

With its roots predating the state judiciary, or even the state itself, arbitration has been known and used as a method of alternative dispute resolution in the Muslim countries, as a concept favoured to adjudication in Islamic jurisprudence given that its quick and amicable means that align more closely with the spirit of Islam than traditional litigation. Over the last decades the exponential growth in Islamic finance and the globalization of the industry have resulted in the disputes amongst international entities arising out of Sharia-compliant agreements to be more commonplace. Choosing English law as the governing law for these disputes has been the common practice amongst the parties in most Islamic finance agreements.

Since *Shamil Bank of Bahrain EC v. Beximco Pharmaceuticals Ltd. and the Others* made clear that the English courts may disregard the parties' choice of Sharia to govern their contract, the conventional choice of parties to be adjudicated in a non-Islamic jurisdiction by a non-Islamic court has been a target of criticism by scholars

152 Paldi (n 32) 38.

153 *ibid* 5 & 38.

154 *ibid* 38.

155 Colón (n 62) 422.

156 *ibid*.

157 *ibid*.

and seen detrimental to the survival of the Islamic finance industry. The possibility of the English courts to validate the transaction based on English law and enforce it even if the contract is deemed as being non-compliant with the Sharia, is said to leave no guarantee for the preservation of the Islamicity of the agreement while the experience of civil court judges is claimed to be very limited in the field of Islamic banking as they rarely study Sharia law or Islamic finance at university or even at judicial institutions.

While the industry historically has preferred litigation over alternative dispute resolution mechanisms, there have been calls by legal and financial experts for those who want to settle their disputes in accordance with Sharia to refer their disputes to ADR methods, especially arbitration. In addition to its well-known advantages such as finality, speed, confidentiality, cost-effectiveness, and flexibility, with a right choice of seat arbitration makes possible for a choice of law clause to be in favour of Islamic law contrary to the English litigation and also allows the parties of the dispute to select arbitrators with relevant experience, knowledge, and training which may be not available in judges for complex topics of Islamic finance.

With this regard, many scholars and arbitral institutions from the East have been coming up with ideas over the past few years to provide better solutions to the participants of Islamic finance transactions in their disputes such as creating platforms specialized in the arbitration of Islamic finance disputes. Notwithstanding the fact that the outcomes of the steps taken still could not reach the desired level and the potential risk that English courts may disregard the parties' choice of Sharia to govern their dispute will not cause all participants in Islamic finance transactions to reject the benefits of submitting their disputes to the English courts, these initiatives may be useful to promote arbitration as a forum that could prove more conducive to furthering the commercial purpose of Islamic finance and to create models for other jurisdictions of Islamic banking and finance to borrow a leaf from.

Bibliography

Cases

- Arab-Malaysian Merchant Bank Bhd v Silver Concept Sdn Bhd [2005] 5 MLJ 210.
- Beximco Pharmaceuticals Ltd. v. Shamil Bank of Bahrain, [2004] EWCA Civ.
- Beximco Pharmaceuticals Ltd. v Shamil Bank of Bahrain EC [2004] APPL.R. 01/28.
- Investment Company of The Gulf (Bahamas) Limited v Symphony Gems N.V. and Ors [2002] West Law 346969, QBD (Comm. Ct.).
- Musawi v RE International (UK) Ltd. [2007] APPL.R. 12/14.
- Powell-Smith V, 'Settlement Of Disputes By Arbitration Under Shari'ah And At Common Law' (1995) 34(1) Islamic Studies 5.

Ruler of Oatar v. International Marine Oil Co. Ltd. (1953) 20 ILR 534.
Sanghi Polyesters Ltd. (India) v The International Investor KCSC (Kuwait) [2001] C.L.C.
Saudi Arabia v. Arabian American Oil Co. (ARAMCO) (1963) 27 ILR 117.
Sheikh Abu Dhabi v Petroleum Development Ltd. [1952] ICLQ.
The Investment Dar Co KSSC v Bloom Developments Bank Sal [2009] All ER (D) 145.

Grant Support: The authors received no financial support for this work.

Sources

Accounting and Auditing Organisation for Islamic Financial Institutions (AAOIFI) Sharia Standarts, <<http://aaoifi.com/shariaa-standards/?lang=en>> accessed 4 October 2018.
<<http://islamicfinancialportal.com/2016/07/13/camille-paldi-faaif-participates-in-sapporo-2016-international-congress-on-banking-economics-finance-and-business-june-2426-2016>> accessed 4 October 2018..
Asian International Arbitration Centre (AIAC) <<https://www.aiac.world/Arbitration-i-Arbitration>> accessed 4 October 2018..
DIFC-LCIA Arbitration Center <<http://www.difc-lcia.org>> accessed 4 October 2018..
Saudi Centre for Commercial Arbitration (SCCA) <<https://www.sadr.org/>> accessed 4 October 2018.
Abu-Nimer M, 'A Framework for Nonviolence and Peacebuilding in Islam' (2001) 15 Journal of Law & Religion 217.
Ahmed EWM, 'Challenges facing sector's growth; Global Islamic finance' *Arab Times* (Kuwait, 17 April 2007) < <https://sudaneseonline.com/cgi-bin/sdb/2bb.cgi?seq=msg&board=100&msg=1176828078&rn=1>> accessed 4 October 2018.
Ainley Michael and others, 'Islamic Finance in the UK: Regulation and Challenges, Financial Services Authority' (2007) <https://www.isfin.net/sites/isfin.com/files/islamic_finance_in_the_uk.pdf> accessed 4 October 2018.
Akhtar Shaistah, "Arbitration in the Islamic Middle East: Challenges and the Way Ahead", in The International Comparative Legal Guide to International Arbitration, 2008, Global Legal Group.
Akıncı Z, *Milletlerarası Tahkim* (4th edn Vedat Yayıncılık 2016).
Al-Ammari S and Martin T, 'Arbitration in the Kingdom of Saudi Arabia' (2014) 30 Arbitration International, 387.
Al-Jarhi MA, 'An economic theory of Islamic finance' (2017) 9(2) ISRA International Journal of Islamic Finance 117.
Al-Ramahi A, 'Sulh: A Crucial Part of Islamic Arbitration' (2008) LSE Law, Society and Economy Working Paper 12/2008, <www.lse.ac.uk/collections/law/wps/wps.htm> accessed 4 October 2018.
Al-Shibli FS, 'The Role of Arbitration in Settling the Disputes of Islamic Banking' (2017) 1(2) Journal of Humanities, Language, Culture and Business 221.
Alhabri A, 'Development of Islamic Finance in Europe and North America: Opportunities and Challenges' (2016) 2(3) International Journal of Islamic Economics and Finance Studies 109.
Almulhim MH, 'The First Female Arbitrator in Saudi Arabia' (*Kluwer Arbitration Blog*) <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/08/29/the-first-female-arbitrator-in-saudi-arabia/>> accessed 4 October 2018.

- Alqudah MA, 'The Impact of Sharia on the Acceptance of International Commercial Arbitration in the Countries of the GULF Cooperation Council', (2017) 20(1) Journal of Legal, Ethical and Regulatory Issues, 1.
- Alqurashi Z, 'Arbitration under the Islamic Sharia' (2003) 1(2) Oil, Gas and Energy Law Intelligence <<https://www.ogel.org/article.asp?key=149>> accessed 4 October 2018.
- Amin SH, *Remedies for Breach of Contract in Islamic and Iranian Law*, (Royston 1984).
- Asian International Arbitration Centre i-Arbitration Rules (Effective as of 9th March 2018), <<https://www.aiac.world/Arbitration-i-Arbitration>> accessed 4 October 2018.
- Babić D, 'Rome I Regulation: binding authority for arbitral tribunals in the European Union?' (2017) 13(1) Journal of Private International Law, 70.
- Balcı M, *İhtilâfların Çözüm Yolları ve Tahkim* (Seçkin Press 1999).
- Bälz K, 'Islamic Law as Governing Law under the Rome Convention Universalist Lex Mercatoria v. Regional Unification of Law' (2001) 6(1) Uniform Law Review 37.
- Bälz K, *How Islamic Finance Has Transformed Islamic Contract Law* (Islamic Legal Studies Program Harvard Law School 2009), 21.
- Bělohávek AJ, 'Law Applicable to the Merits of International Arbitration and Current Developments in European Private International Law: Conflict of laws rules and applicability of the Rome Convention, Rome I Regulation and other EU law standards in international arbitration' (2010) Czech Yearbook of International Law 25.
- Bin Nooh MN and Bin Borhan JT, 'The Global Hub Process: Malaysia's Vision towards Becoming the Islamic Finance Global Hub Country' (2014) 5(8(1)) International Journal of Business and Social Science 206.
- Blackaby N and others, *Redfern & Hunter on International Commercial Arbitration* (6th edn Oxford University Press 2015).
- Bozkurt Yüksel AE, 'UNCITRAL ve UNCITRAL Model Kanunu'na Genel Bir Bakış' (2011) 2(4) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 135.
- Chachi A, 'Origin and development of commercial and Islamic banking operations' (2005) 18(2) Journal of King Abdulaziz University 3.
- Chuah JCT, 'Islamic Principles Governing International Trade Financing Instruments: A Study of the Morabaha in English Law', (2006), 27(1) Northwestern Journal of International Law & Business 137.
- Colón JC, 'Choice of Law and Islamic Finance' (2011) 46 Texas International Law Journal 411.
- Dima ŞM and others, 'A discussion over IFRS' adoption in Islamic countries' (2014) 13(1) Accounting and Management Information Systems 35.
- Ekşi N, *Roma Konvansiyonu* (Legal Yayıncılık, 2004).
- Fadlallah İ, 'Arbitration Facing Conflicts of Culture - The 2008 Annual School of International Arbitration Lecture sponsored by Freshfields Bruckhaus Deringer LLP' (2009) 25(3) Arbitration International 303.
- Fıganmeşe İA, 'Milletlerarası Ticari Tahkim ile Yatırım Tahkimi Arasındaki Farklar' (2010) 30(1-2) Public and Private International Law Bulletin 91.
- Foster NHD, 'Encounters between legal systems: recent cases concerning Islamic commercial law in secular courts' (2006) (68) Amicus Curiae 2.

- Jonathan Ercanbrack, *The Transformation of Islamic Law in Global Financial Markets*, (Cambridge University Press 2015), 230.
- Gemmell AJ, 'Commercial Arbitration in the Islamic Middle East' (2006) 5(1) *Santa Clara Journal of International Law* 169.
- Güven K, 'Lex Mercatoria ve Milletlerarası Tahkim' 34(2) *Public and Private International Law Bulletin*, 1.
- Jones D, 'Choosing the Law or Rules of Law to Govern the Substantive Rights of the Parties' (2014) 26 *Singapore Academy of Law Journal* 911.
- Hasan Z and Asutay M, 'An Analysis of the Courts' Decisions on Islamic Finance Disputes', (2011) 3(2) *ISRA International Journal of Islamic Finance* 41.
- ICC Commission on Arbitration and ADR Task Force *Financial Institutions and International Arbitration*, Report of the ICC Commission on Arbitration and ADR Task Force on Financial Institutions and International Arbitration, (International Chamber of Commerce, March 2018) <<https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2016/11/icc-financial-institutions-and-international-arbitration-icc-arbitration-adr-commission-report.pdf>> accessed 4 October 2018.
- IICRA Arbitration and Reconciliation Procedures, Article 28 <<http://www.iicra.com/iicra/>> accessed 4 October 2018.
- Jamal AA, 'ADR and Islamic law: the cases of the UK and Singapore' (2015) National University of Singapore Faculty of Law Working Paper 2015/004 <<http://law.nus.edu.sg/wps/>> accessed 4 October 2018.
- Jamal J and others, 'Alternative Dispute Resolution in Islamic Finance: Recent Development in Malaysia' (2011) 3(1) *International Journal of Social Sciences and Humanity Studies* 185.
- Khadduri M, *War and Peace in the Law of Islam* (Oxford University Press 1955)
- Jivrah v. Hashwani 2011 UKSC 40, [2011] WLR 1872.
- Khairuddin AR, 'Shari'ah Compliant Contract: A New Paradigm in Multi-National Joint Venture for Construction Works' in Kiyoshi Kobayashi (ed), *Joint Ventures in Construction*, (ICE Publishing, 2009) 103.
- Khouildi A, 'L'Arbitrage en Droit Financier Musulman Moderne' (2016) 8(1) *Etudes en Economie Islamique* 37.
- Khoukazz G, 'Sharia Law and International Commercial Arbitration: The Need for an Intra-Islamic Arbitral Institution' (2017) 1 *Journal of Dispute Resolution*, Article 14.
- Kirazlı S, 'Conflict and Conflict Resolution in the pre-Islamic Arab Society' (2011) 50(1) *Islamic Studies* 25.
- Klötzel TR, 'KLRC Rules', in Rolf A Schütze (ed), *Institutional Arbitration: A Commentary* (Beck/Hart, 2013) 671.
- Lagarde P, 'Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980' (1991) 2 *Revue Critique de Droit International Privé* 287.
- Lane EW, *Arabic-English Lexicon*, vol 1 (The Islamic Texts Society).
- Olayemi AAM and Al-Zabyani BK, 'Arbitration Clause in Islamic Banking Contracts: A Contractual Necessity' (2014) 1(7) *International Journal of Interdisciplinary and Multidisciplinary Studies* 1.
- Mabid AA, 'An economic theory of Islamic finance' (2017) 9(2) *ISRA International Journal of Islamic Finance* 117.

- Maita A, 'Arbitration of Islamic Financial Disputes' (2014) 20(1) Annual Survey of International and Comparative Law 35.
- Nudrat Majeed, 'Investor-State Disputes And International Law: From The Far Side' (2004) 98 Proceedings of the ASIL Annual Meeting 30.
- Monjur M, 'An Analysis on the Practices of Prophet Muhammad (Pbuh) in Resolving Conflicts', (2011) 1(1) Journal of the Bangladesh Association of Young Researchers 109.
- Nadar A, 'Islamic Finance and Dispute Resolution: Part 1' (2009) (23) Arab Law Quarterly 1.
- Oseni UA, 'Dispute Resolution in Islamic Banking and Finance: Current Trends and Future Perspectives' (International Conference on Islamic Financial Services: Emerging Opportunities for Law/Economic Reforms of the Developing Nations, Saudi Arabia 6-8 October 2009).
- Nar M, 'Tahkimin Kamu Hizmetlerine Uygulama Sorunsalı ve Olası Sonuçları' (2012) 103, Türkiye Barolar Birliği Dergisi 112.
- Oseni UA and Ahmad AUF, 'Dispute Resolution in Islamic Finance: A Case Analysis of Malaysia' (8th International Conference on Islamic Economics and Finance, Qatar 19-21 December 2011), 11 <http://www.oja.coj.go.th/doc/data/oja/oja_1526456975.pdf> accessed 8 October 2018.
- Oseni UA, 'Islamic Finance Arbitration: Integrating the Classical and Modern Legal Frameworks', in Adnan Trakic and Hanifah Haydar Ali Tajuddin (eds), *Islamic Banking and Finance: Principles, Instruments and Operations* (2nd edn The Malaysian Current Law Journal Sdn Bhd 2012) 549.
- Özdemir Kocasakal H, 'Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları' 33(1) Public and Private International Law Bulletin 27
- Özel S, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri*, (Legal Yayıncılık 2008).
- Özgenç Z, 'Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemin veya Hakem Kurulunun Ex Aequo et Bono Karar Verme Yetkisi', (2014) 34(1) Public and Private International Law Bulletin 31.
- Paldi C, 'The Dubai World Islamic Finance Arbitration Center and the Dubai World Islamic Finance Arbitration Center Jurisprudence Office as the Dispute Resolution Center and Mechanism for the Islamic Finance Industry: Issues and a Proposed Framework' (Submitted as partial fulfillment of the requirements of the degree of MA in Islamic Finance, Durham University 2013) 7.
- 'Qatar: New Arbitration Law Passed, 5 June 2017, <<http://www.loc.gov/law/foreign-news/article/qatar-new-arbitration-law-passed/>> accessed 4 October 2018.
- Rahman AA, 'Shariah as the governing law of Islamic finance contracts in the UK: The impact of Rome I Regulation and the position in arbitration' (*Young ICCA Blog*, 24 November 2014) <<http://www.youngicca-blog.com/shariah-as-the-governing-law-of-islamic-finance-contracts-in-the-uk-the-impact-of-rome-i-regulation-and-the-position-in-arbitration/>> accessed 4 October 2018.
- Rahman F, 'Riba and Interest' (1964) 3(1) Islamic Studies 1.
- Rules for Arbitration Islamic Banking and Financial Services 2007, Kuala Lumpur Regional Centre for Arbitration, 2007, <https://arbitrationlaw.com/sites/default/files/free_pdfs/KLRCA%20Arbitration%20Rules%20%28Banking%20%26%20Financial%20Services%29.pdf> accessed on 8 October 2018.
- Schacht J, *An Introduction to Islamic Law*, (rev edn Clarendon Press 1964).
- Sönmez S and Karakaya G, 'Milletlerarası Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk' (2015) 23 Selcuk Universitesi Hukuk Fakultesi Dergisi 203.

- 'Special report on Islamic finance' *Financial Times*, (London 1 July 2010)
- Şen Y, 'İslam Hukuku'nda Arabuluculuk', (2012) 11(22), Hitit Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi 105.
- 'TAHKEEM' an IICRA semi-annual publication (2012) (7).
- 'The U.S.-Middle East Partnership Initiative, Saudi Arabia Adapts UNCITRAL Arbitration Law, 18 January 2018' <<https://mepi.state.gov/arbitration-law/1>> accessed 4 October 2018.
- Verghese K, 'Arbitration in Asia: The next generation?' (*Legal Business Online* 1 July 2014) <<http://www.legalbusinessonline.com/reports/arbitration-asia-next-generation>> accessed on 4 October 2018.
- Wati binti Mohd K and others, 'Sustainability of Islamic Finance Industry: Arbitration as Forum for Dispute Resolution', 2014 (5) *Shariah and Law Discourse* 58.
- Wirtz A, 'Resolving Islamic Finance Disputes Through International Commercial Arbitration in the Gulf Region' (2016) University of Chicago Law School International Immersion Program Papers 24/2016 <https://chicagounbound.uchicago.edu/international_immersion_program_papers/> accessed 4 October 2018.
- Yahya Baamir A, 'Saudi Law and Judicial Practice in Commercial and Banking Arbitration' (Dphil thesis, Brunel University 2008).
- Yücel E, 'İslam Hukukunda Tahkim ve Katılım Bankalarında Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümü' (2017) 3(2) *Journal of Islamic Economics and Finance* 137.
- Yüksel B, 'The Relevance of the Rome I Regulation to International Commercial Arbitration in the European Union' (2011) 7(1) 149.
- Zahraa M and Hak NA, 'Tahkīm (Arbitration) in Islamic Law within the Context of Family Disputes' (2006) 20(1) *Arab Law Quarterly* 2.

Legislation

- 80/934/EEC: Convention on the law applicable to contractual obligations [1980] OJ L 266/1.
- Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I) [2008] OJ L 177/6.
- Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome I) Brussels, 15.12.2005 COM(2005) 650 final 2005/0261 (COD), 5.
- UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985), with amendments as adopted in 2006.

Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması

Zeynep Derya Tarman¹ 

Öz

Milletlerarası özel hukuk alanında tüketicinin korunması meselesi, kanunlar ihtilafı kuralları ve milletlerarası yetki olmak üzere iki noktada önem arz etmektedir. 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) yabancılik unsuru içeren tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukuku m.26 altında düzenlemektedir. Tüketici sözleşmelerinden doğan uyumsuzluklarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi içinse MÖHUK m.45 özel bir yetki kuralı içermektedir. MÖHUK m.45 hangi tür tüketici sözleşmelerinin bu madde kapsamına girdiğini belirlerken MÖHUK m.26 kapsamına giren sözleşmelere atıf yapmıştır. Bu nedenle, MÖHUK m.26'nın kapsamının belirlenmesi hem uygulanacak hukuk hem de yetki kuralları açısından önem taşır. Bu çalışmanın ilk bölümünde, MÖHUK m.26'nın uygulama alanı tespit edilecek; ikinci bölümünde milletlerarası usul hukuku alanında tüketiciyi koruyan hükümlere ilişkin açıklamalara yer verilecektir. Bu kapsamda, MÖHUK m.45'teki yetki kuralının niteliği, tüketicinin taraf olduğu yetki anlaşmalarının geçerliliği ve yabancı mahkemede açılan dava sonucu verilen kararın Türkiye'de tanınması ve tenfizi konusu ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler

Tüketici sözleşmesi • Uygulanacak hukuk • Tüketici sözleşmelerinde yetki • Tanıma ve tenfiz • Sınırlı münhasır yetki

Consumer Contracts in Private International Law

Abstract

Under international private law, the issue of consumer protection bears significance regarding conflict of laws rules and international jurisdiction. Turkish Private International Law and International Civil Procedure Code no. 5718 (PIL Code) stipulates the relevant choice of law rules pertaining to consumer contracts under Art.26. On the other hand, the international jurisdiction of Turkish courts over consumer contracts are stated under Art.45 of PIL Code. In determining the international jurisdiction of Turkish courts over consumer contracts, PIL Code refers to Art.26. Hence, the scope of Art.26 regarding the types of consumer contracts it encompasses, bears a great significance both regarding the applicable law and international jurisdiction of Turkish courts. Under the first section of this study, the scope of the Art.26 will be determined. Following this, under the second section international civil procedure rules pertaining to consumer protection are examined. In this context, the legal characteristics of international jurisdiction rules under Art.45 will be explained; the validity of choice of court agreements in matters relating to a consumer contract will be examined; and finally, the recognition and enforcement of foreign judgments regarding consumer disputes will be discussed.

Keywords

Consumer contracts • Applicable law • Jurisdiction in Consumer contracts • Recognition and enforcement • Limited exclusive jurisdiction

1 Sorumlu Yazar: Zeynep Derya Tarman (Doç. Dr.), Koç Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, İstanbul, Türkiye. Eposta: ztarman@ku.edu.tr ORCID: 0000-0002-2574-8643

Atf: Tarman Zeynep D, "Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması" (2019) 39(1) PPIL 325.
<https://doi.org/10.26650/ppil.2019.39.1.0018>

Extended Summary

Turkish Private International Law and International Civil Procedure Code no. 5718 (PIL Code), stipulates both choice of law and jurisdiction rules on matters relating to consumer contracts, which aim at protecting the consumer. While Article 26 of PIL Code determines the applicable law, Article 45 states the international jurisdiction of Turkish courts over consumer contracts.

According to Art. 26/1 of PIL Code, the law of the consumer's habitual residence shall govern the consumer contract in the absence of choice of law. To ascertain which types of contracts fall within the scope of this provision, Art. 26/1 initially lays down a general definition for consumer contracts. Accordingly, consumer contracts are such contracts that lack a professional or commercial aim and are concluded in order to acquire goods, service or credit. Following that, under the second paragraph of Art. 26, three alternative conditions are listed for a contract to be characterized as a consumer contract. Accordingly; (a) the contract should be concluded upon a specially sent invitation or an announcement, and the required acts should be performed by the consumer in the abovementioned state, or (b) the other party or its representative should receive the consumer's orders in the abovementioned state, or (c) in case the relationship is a sales contract, the seller should organize a trip in order to persuade the consumer to purchase and the consumer should travel to another country and give his order therein. Thus, for a contract to be characterized as a consumer contract under Art. 26 of PIL Code, the definition under Art. 26/1 is not conclusive and the relevant contract shall fulfill one of the conditions set forth under Art. 26/2. Finally, law applicable to package tours, carriage contracts and the contracts in which it is required to provide the service to the consumer in a country different than the location of his/her habitual residence (such as contracts pertaining to a stay at a hotel or a language teaching course at a different country) are excluded from the scope of Art. 26/2 and are subjected to Art. 24 which regulates the general rule for the law applicable to contracts.

With regards to the international jurisdiction of Turkish courts over consumer contracts, Art. 45 states a special jurisdiction rule. Accordingly, regarding the disputes arising from the consumer contracts specified in Art. 26, according to the choice of the consumer, the Turkish courts in places where the consumer's domicile or habitual residence or the counter-party's work place, domicile or habitual residence is located are competent. On the other hand, regarding proceedings initiated against the consumer, the competent court is the court of the place where the consumer has his/her habitual residence.

The wording of Art. 45 causes a debate in Turkish legal doctrine as to whether Art. 45 refers only to the consumer contracts within the general meaning of Art.

26/1 or whether the conditions set forth under Art. 26/2 shall also be required for a contractual dispute to be considered within the special jurisdiction of Art. 45. In light of comparative law and in line with the objective of protecting the weaker party, it is shown under this paper that the latter view should be adopted.

Another controversy over Art. 45 is related to the legal characteristics of this special jurisdiction rule, as whether it introduces an exclusive jurisdiction or not. It is argued under this paper that the jurisdiction rule under Art. 45 should not be interpreted as an exclusive jurisdiction rule. This debate also triggers two issues, namely the validity of choice of court agreements and the recognition and enforcement of foreign judgements, as one of the non-recognition grounds is that the judgement is given on a matter falling within the exclusive jurisdiction of the Turkish courts.

In relation to choice of court agreements, according to Art. 47/2 of PIL Code, the competency of courts specified in Art. 45 cannot be removed by the parties' agreement. The debate over this provision is mainly focused on the question as to whether this provision enables the parties to provide the consumers with alternative forums along with those specified under Art. 45 or if this provision renders all the choice of court agreements relating to consumer contracts invalid. In light of comparative law and in line with the objective of protecting the weaker party, it is shown under this paper that the former view should be adopted.

The main cause for different legal interpretations in the doctrine in matters relating to the international jurisdiction of Turkish courts over consumer contracts is the wording under the provisions of Art. 26, 45 and 47/2 of the Turkish PIL Code; and amendments to such provisions should be considered.

Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması

Giriş

Türk iç hukukunda tüketicinin korunması en başta Anayasa m.172 uyarınca güvence altına alınmıştır. Bu hüküm uyarınca, devlet tüketicileri koruyucu ve aydınlatıcı tedbirleri alır, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini teşvik eder. Bununla beraber, bu konu Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun¹ (TKHK) ile düzenlenmiştir. Tüketicinin korunması meselesi maddi hukuk kurallarıyla bir ölçüde sağlanmakla birlikte uzun yıllar bu çabalar milletlerarası özel hukuk alanına yansımamıştır. Ancak sınır ötesi tüketici işlemlerinin özellikle teknolojinin gelişmesi ile paralel olarak artması zayıf olanın milletlerarası alanda da korunmasını gündeme getirmiştir. Milletlerarası özel hukukta tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukuk hakkındaki bağlama kuralları düzenlenirken iki menfaat dikkate alınmıştır. İlki, hukuki işlemin niteliği gereği taraf menfaati; ikinci ise devletin sosyal ve ekonomik politikalar gereği sözleşmenin zayıf tarafının korunmasındaki menfaatidir².

Tüketicinin milletlerarası özel hukukta korunması, kanunlar ihtilafı kuralları ve milletlerarası usul hukukunda tüketici menfaati dikkate alınarak getirilen koruyucu nitelikli kurallar aracılığıyla sağlanmaktadır³. Türk milletlerarası özel hukukunda 2007 tarihinde yürürlüğe giren Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun⁴ (MÖHUK) zayıf tarafın korunmasına yönelik düzenlemelere yer vermiştir. Tüketicinin korunması kanunlar ihtilafı kuralları (m.26) ve Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi (m.45 ve m.47/f.2) olmak üzere iki noktada önem taşımaktadır. MÖHUK'un 26. maddesinde bu konuda özel bağlama kuralları tespit edilmiş ve tüketicinin mutad mesken⁵ hukukundaki korumadan mahrum kalmaması temin edilmiştir. Bu nedenle, Türk hâkimi öncelikle önündeki sözleşmenin bu hükümlerle tanımlanan tüketici sözleşmesi kapsamında sayılmasının mümkün olup olmadığını tespit edecektir. Eğer mümkünse o hükmün bağlama kurallarını uygulayacaktır; mümkün değilse o zamansözleşmelere ilişkin genel bağlama kurallarını uygulayacaktır. Bunun yanı sıra, MÖHUK m.45 tüketici sözleşmelerine ilişkin bir milletlerarası yetki kuralı öngörmektedir. MÖHUK m.45 hangi tüketici sözleşmeleri için bir yetki kuralı getirdiğini belirlerken MÖHUK m.26'da tanımlanan tüketici sözleşmelerine atf

1 6502 sayılı TKHK için bkz. RG 28.11.2013/28835.

2 Tüketici sözleşmelerinde korunan menfaatler hakkında bkz. Gülin Güngör, 'Tüketicinin Mutad Meskeni hukuku "Düşünsel Temeller"' (2008) 57 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFD) 115, 117-118; Gülin Güngör, *Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması* (Yetkin 2000) 33-34; Günseli Öztekin Gelgel, *Milletlerarası Özel Hukukta Tüketici Aktilerine İlişkin Sorunlar* (Filiz 2000) 53-55.

3 Güngör, *Tüketicinin Korunması* (n 2) 55 vd.

4 5718 sayılı MÖHUK için bkz. RG 12.12.2007/26728.

5 Mutad mesken kavramı yerleşim yerinin aksine hukuki bir kavram değil, bir vakiyadan ibarettir. Bir kişinin yaşamının ağırlık merkezinin bulunduğu yer veya ülkeyi genellikle de kişinin fiilen oturduğu yeri ifade eder. Hukuki bir kavram olmadığı için maddi delillerle ispat edilmelidir. Mutad mesken kavramı için bkz. Işıl Özkan, *Devletler Özel Hukukunda İkametgah, Mutad Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi* (Naturel Yayıncılık 2003) 82; İlyas Arslan, *Milletlerarası Özel Hukukta Mutad Mesken Kavramı* (On İki Levha 2014) 47 vd.

yapmıştır. Bu nedenle, MÖHUK m.26'nın kapsamının hem uygulanacak hukuk hem de yetki kuralları açısından tespit edilmesi gerekmektedir. MÖHUK m.26'nın başlığı tüm tüketici sözleşmelerini kapsadığı şeklinde anlaşılmaya müsait olduğundan ve maddenin çeşitli fıkralarında hükmün kapsamına ilişkin tereddüt yaratabilecek ifadeler mevcut olduğundan söz konusu maddenin hangi şartlar altında uygulama alanı bulduğunu belirlemek önem taşımaktadır.

Tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukuku düzenleyen MÖHUK m.26'nın esin kaynağı Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki 1980 tarihli Konvansiyon (AET-Roma Sözleşmesi⁶)'dur. Bu Konvansiyon, MÖHUK'un hazırlanması aşamasında önemli bir uluslararası hukuk kaynağı idi. Günümüzde Avrupa Birliği'nde sözleşmeler hukuku, Akdî Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Roma I Tüzüğü⁷'nin hükümleri uyarınca belirlenir. Roma I Tüzüğü, Avrupa Birliği'ne üye ülkeler bakımından Roma Konvansiyonu'nun yerine geçmiştir. Bu çalışma kapsamında MÖHUK m.26'nın uygulama alanı tespit edilirken zaman zaman Roma Konvansiyonu'nun tüketici sözleşmelerine ilişkin 5. maddesine ilişkin açıklamalara da yer verilecektir⁸.

Bu çalışmanın ilk bölümünde, MÖHUK m.26'nın uygulama alanı tespit edilecek; ikinci bölümünde milletlerarası usul hukuku alanında tüketiciyi koruyan hükümlere ilişkin açıklamalara yer verilecektir. Bu kapsamda, m.45'teki yetki kuralının niteliği, tüketicinin taraf olduğu yetki sözleşmelerinin geçerliliği ve tüketici sözleşmesinden doğan uyuşmazlığın yabancı mahkemede görülmesi sonucunda verilen kararın Türkiye'de tanınması ve tenfizi konuları ele alınacaktır.

I. Tüketici Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk

A. Tüketici Sözleşmesinin Tanımı

MÖHUK, tüketici sözleşmelerini tanımlamak suretiyle hangi tip tüketici sözleşmelerine ilişkin özel bir düzenleme getirdiğini bizzat m.26/f.1'de belirtmiştir. Buna göre, tüketici sözleşmeleri, tüketici bakımından amacı mesleki ve ticari olmayan mal veya hizmet ya da kredi sağlanmasına yönelik olarak yapılmış sözleşmelerdir. MÖHUK m.26/f.1 tüketicinin kim olduğu konusunda bir tanım vermemiş; işlemin amacından yola çıkmıştır. Bu madde uyarınca, tüketicinin mesleki veya ticari bir

6 Convention on the law applicable to contractual obligations [1980] OJ L 266/1. Roma Konvansiyonu imzalanmasından on bir yıl sonra yedinci üye devletin onay belgesini vermesi ile 1.4.1991 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Roma Konvansiyonu hakkında ayrıntılı bilgi ve Konvansiyonun Türkçe tercümesi için bkz. Nuray Ekşi, *Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Konvansiyonu* (Beta 2004) 237-259.

7 Bkz. Council Regulation (EC) 593/2008 of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations [2008] OJ L 177/6. Roma I Tüzüğü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Zeynep Derya Tarman, 'Akdî Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Roma I Tüzüğü' (2009) XXV Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi (BATİDER) 299, 299-332.

8 Roma Konvansiyonu'nun tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukuk hakkındaki 5. maddesine ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Öztekin Gelgel (n2) 87 vd.; Yeşim Atamer, 'Devletler Özel Hukukunda Tüketicinin Korunması' (1996) LV İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 421, 426 vd.

faaliyetine dahil sayılmayacak bir amaçla bir menkul malın teslim edilmesine veya bir işin görülmesine ilişkin olan veya böylesi bir işlemi finanse etmeyi hedefleyen sözleşmeler tüketici sözleşmeleridir. Buna göre, yapılan sözleşmenin tüketicinin mesleki veya ticari faaliyeti ile ilgili olmaması onun özel yaşamına dahil bir sözleşmenin mevcut olması gerekir⁹. Bu tanım, Türk mevzuatında kabul edilen tüketici sözleşmesi tanımını büyük ölçüde tekrar etmektedir. TKHK'daki tanım daha ayrıntılı olarak kaleme alınmış olmakla birlikte¹⁰, MÖHUK m.26/f.1'deki ifadenin genel hatlarıyla bu tanımla örtüşüğünü söylemek mümkündür.

MÖHUK m.26'nın düzenlenmesi bakımından Roma Konvansiyonu m.5/f.1'de yer alan tüketici sözleşmesi tanımı dikkate alınmış ve madde metnine dahil edilmiştir. Roma Konvansiyonu'nda bir tanıma yer verilmesinin gerekçesi, taraf ülkelerin milli hukuklarındaki tanım farklılıklarından doğabilecek yorum sorunlarını önceden önlemektir. Böylece taraf ülke mahkemeleri önlerine gelen uyuşmazlığın tüketici sözleşmelerinden doğup doğmadığını tespit ederken yapılacak yorum, Konvansiyon'da yer alan tüketici sözleşmesi tanımına göre olacaktır. Halbuki Türk hukuku bakımından böyle bir ihtiyaç söz konusu değildir. Tüketici sözleşmesinin ne anlama geldiği bir vasıflandırma meselesi olup Türk mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklarda vasıflandırma (hukuki nitelendirilme) Türk hukuku (*lex fori*) uyarınca yapılacaktır¹¹. MÖHUK'ta düzenlenen diğer sözleşme tipleri tanımlanmamışken Konvansiyon'daki tanımın MÖHUK metnine alınarak sadece tüketici sözleşmesinin tanımlanması kanaatimizce isabetli olmamıştır¹².

B. Tüketici Sözleşmesinin Kapsamı

MÖHUK m.26/f.1'de açıkça belirtildiği üzere, tüketici sözleşmesinin konusunu “mal veya hizmet ya da kredi sağlanmasına yönelik tüketici sözleşmeleri” oluşturur. Bu şekilde kanun, yalnızca belirli ve sınırlı sayıda sözleşme tipini kapsamına almıştır. Maddenin 1. fıkrasında maldan kastedilen taşınır mallardır. Belirli bir taşınır malın

9 Ergin Nomer, *Devletler Hususi Hukuku* (22nd edn, Beta 2017) 350. Tüketicinin karşısında olan tarafın tüketici sözleşmesinin amacının mesleki veya ticari olup olmadığı konusundaki bilgisinin uygulanacak hukuka etkisi konusunda işlem menfaatinin gözetilmesi gerektiği hakkında bkz. Nomer 351.

10 TKHK'un kapsamı son derece geniştir. Zira TKHK m. 3(k) tüketiciyi, Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi; m.3(1) tüketici işlemini mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, sınırsızlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlem olarak tanımlamıştır.

11 Kimin tüketici olup olmadığına hâkimin yapacağı vasıflandırmaya göre belirleneceği hakkında bkz. Aysel Çelikel and B Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk* (15th edn, Beta 2017) 408. Türk hâkiminin *lex fori*'ye göre vasıflandırma yaparak ilgili uyuşmazlığın MÖHUK'un hangi maddesi kapsamında değerlendirileceği hakkında bkz. Çelikel and Erdem, 79-80; Cemal Şanlı, Emre Esen and İnci Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk* (6th edn, Vedat 2018) 48-51; Nomer (n 9) 100; Gülören Tekinalp and Ayfer Uyanık, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları* (Vedat 2016) 35-36; Vahit Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk* (4th edn, Savaş 2016) 183.

12 Doktrinde aynı yöndeki eleştiriler için bkz. Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 11) 288 dn. 442. Buna karşılık, doktrinde hem hâkimin yapacağı vasıflandırmada tüketicinin korunmasında genel çerçevenin belirlenmesi hem de karşılaştırmalı hukuka uyum gösterilmesi nedeniyle tanımın yapılmış olmasını yerinde bulan görüş için bkz. Selin Hatice Pürselim, “Milletlerarası Özel Hukukta Tüketici Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk” in Sibel Özel and Mustafa Erkan (eds), *Milletlerarası Özel Hukukta Sözleşmesel Meseleler* (On İki Levha 2018) 79.

satımına ilişkin akdedilen sözleşmeler tüketici sözleşmelerine ilişkin bu maddenin en önemli örneğini oluşturmaktadır. Buna karşılık taşınmaz mallara ilişkin sözleşmeler bu maddenin değil, MÖHUK m.25'in uygulama alanına girecektir. Taşınmazların devrine veya onların kiralanmasına ilişkin sözleşmeler MÖHUK m.25 uyarınca taşınmazın bulunduğu ülke hukukuna tabidir. MÖHUK m.26'nın kapsamına giren diğer bir sözleşme türü ise bir işin görülmesine ilişkin olanlardır. Bir malın üretimine veya tamir edilmesine ilişkin sözleşmeler, ders verme sözleşmeleri, bankalar, sigorta şirketleri tarafından akdedilen iş görme sözleşmeleri bu kapsamda değerlendirilir. Şahsi veya ailevi konuları çözümlmek için yapılan avukatlık sözleşmeleri de tüketici sözleşmeleri kapsamında kabul edilir¹³.

MÖHUK m.26 kapsamına kredi sağlanmasına yönelik tüketici sözleşmeleri de alınmıştır. Burada kapsama dahil edilen kredi, bankaların tüketiciye kendi şahsı için ya da ailesi için kullanılmak üzere verdiği kredidir. Maddenin kapsamında bir kredi sözleşmesinden bahsedebilmek için, bankanın, tüketicinin ticari veya mesleki amaç gütmeyerek istediği hizmeti yerine getirmesi veya finanse etmesi gerekmektedir¹⁴.

MÖHUK m.26/f.1'de genel bir tanım yapıldıktan sonra 2. fıkrada tüketicinin mutad meskeni hukukunun uygulanabilmesi açısından Kanun sadece belirli özelliklere sahip tüketici sözleşmelerinin mevcut olmasını şart koşmuştur. Tüketici sözleşmesine tüketicinin mutad meskeni hukukunun uygulanabilmesi için m.26/f.2'de üç bent halinde getirilen şartlardan en az birinin mevcut olması gerektiği açıkça belirtilmiştir. Bu noktada şu sorunun açıklığa kavuşturulması gerekmektedir: Yabancılık unsuru¹⁵ içeren bir tüketici sözleşmesinin MÖHUK m.26'nın kapsamına girip girmeyeceği belirlenirken ilk fıkrada yer alan tanım yeterli olacak mıdır? Yoksa, ikinci fıkrada düzenlenen şartlardan birinin gerçekleşip gerçekleşmediğine yönelik bir araştırma da yapılması gerekecek midir? Aşağıda ayrıntılı olarak ortaya konulacağı üzere, kanaatimizce MÖHUK m.26'nın uygulama alanı bulması ikinci fıkrada düzenlenen şartlardan birinin gerçekleşmiş olmasına bağlıdır.

MÖHUK m.26/f.4'te, hem bazı taşıma hizmetlerinin hem de konaklama hizmetlerinin kombine olarak tek bir fiyat karşılığında sunulduğu seyahat sözleşmelerinde (paket turlar) 26. maddenin bağlama kurallarının uygulanacağı açıkça ifade edilmiştir. Nitekim taşıma ve konaklama ücreti dâhil tek fiyat uygulanan

13 Öztekin Gelgel (n 2) 62.

14 Zeynep Çalışkan, '5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 26 Maddesine Göre Tüketici Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk' (2008) 28 Milletlerarası Hukuk Bülteni (MHB) 27, 33-34.

15 Yabancılık unsuru milletlerarası özel hukuku ilgilendiren hukuki ilişkilerde birden fazla noktada bulunabilir. Genel olarak kişilerin vatandaşlığı, ikametgahı, mutad meskeni, işlemin yapıldığı veya ifa edildiği yer, malların bulunduğu veya ulaştırıldığı yer, olayın meydana geldiği yer yabancılık unsuru içerebilir. Bkz. Çelikel and Erdem (n 11) 9-10; Tekinalp and Uyanık (n 11) 18; Nomer (n 9) 5.

ve “paket tur¹⁶” diye tanımlanan bu tarz gezi sözleşmeleri bütün yönleriyle planlanmış ve gerekli rezervasyonları yapılmış olup tüketicinin bu sözleşmeleri şekillendirmek konusunda herhangi bir etkisi olmamaktadır. Bu tür sözleşmeler bakımından edilgen bir tutum içinde olan tüketicinin daha sonra ortaya çıkacak bir uyuşmazlıkta mutad mesken ülkesinin hukukunun uygulanacağına güvenebilmesi gerektiği kabul edilmiştir¹⁷.

MÖHUK m.26/f.4, maddenin kapsamına ilişkin ek bir düzenleme getirmiştir. Bu düzenleme ile maddenin uygulanmayacağı bazı tür tüketici sözleşmeleri belirtilmiştir. Bu fıkra uyarınca, bu madde paket turlar hariç taşıma sözleşmeleri ve tüketiciye hizmetin onun mutad meskeninin bulunduğu ülkeden başka bir ülkede sağlanması zorunlu olan sözleşmelere uygulanmaz. MÖHUK m.26/son fıkra, kişilerin ve malların taşınmasına yönelik sözleşmeleri maddenin kapsamı dışında tutmuştur. Çünkü taşıma sözleşmeleri konusunda Türkiye’nin taraf olduğu çok sayıda milletlerarası sözleşme bulunmaktadır¹⁸, diğer yandan eşya taşıma sözleşmelerine ilişkin olarak MÖHUK’ta özel kanunlar ihtilafı kuralları (MÖHUK m.29) yer almaktadır¹⁹. Buna karşılık, deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmeleri paket turlar hariç²⁰ genel hüküm olan MÖHUK m. 24’e tabidir. MÖHUK m.26/son fıkra, tüketicinin mutad meskeninin bulunmadığı bir ülkede ifa edilecek iş görme edimlerini de maddenin kapsamı dışında tutmuştur. Örneğin, bacaklarındaki romatizma tedavisi için Çekoslovakya’da bulunan kaplıca sağlık hizmetinden yararlanmaya giden bir Türk vatandaşı; Zanzibar’da Kitesurf eğitimi veren bir öğretmenden ders almak için Afrika’ya giden bir Türk vatandaşı veya Fransızca öğrenmek için Paris’te özel bir dil kursuna katılan bir Türk vatandaşı için talep edilen hizmetin mutad meskenlerinin bulunduğu Türkiye’den başka bir ülkede sağlanması zorunludur. Bu nedenle, sayılan örnekler MÖHUK m.26/f.4 uyarınca tüketici sözleşmesi kapsamına girmemektedir. Yurtdışında gerçekleşecek dil/spor kurslarına veya bir otelde konaklamaya ilişkin sözleşmelerde herhalde mutad mesken hukukunun korunmasından faydalanmak mümkün değildir. Dolayısıyla, bu durumda olan tüketici sözleşmelerinde MÖHUK m.26 uygulanmayacaktır. Bunun anlamı, o konuda, sözleşmelere uygulanacak genel kural niteliğinde olan 24. maddenin geçerli olduğudur.

16 Paket tur sözleşmeleri, TKHK m.51’de tanımlanmıştır. Buna göre, paket tur sözleşmesi ulaştırma, konaklama veya bunlara bağlı olmayan başka turizm hizmetlerinden en az ikisini içermelidir ve hizmet yirmi dört saatten uzun bir süreyi kapsamalıdır.

17 Ayfer Uyanık, ‘Turizmde Yabancı Tüketicilerin Hukuki Sorunları’ in Hakan Tokbaş and Fehim Üçışık (eds), *Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları 2015-2016* (Bilge 2016) 285.

18 Bkz. Uluslararası Demiryolu Taşımacılığına İlişkin Anlaşma, RG 01.06.1985/18771; COTIF’de Değişiklik Yapan Sözleşme, RG 22.06.1994/21968; Eşyaların Kara Yolundan Uluslararası Nakliyatına Dair Mukavele Sözleşmesi (CMR), RG 04.01.1995/22161.

19 Eşyanın taşınmasına ilişkin sözleşmelere uygulanacak hukuk hakkında bkz. Rumeysa Partalçı, ‘Eşyanın Taşınmasına İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Hakkındaki MÖHUK Madde 29’un Değerlendirilmesi’ (2018) 37 Milletlerarası Hukuk Bülteni (MHB) 761-797.

20 Gemi ile yolculuğun paket tur olarak kabul edildiği Avrupa Adalet Divanı Kararı için bkz. Sema Çörtoğlu Koca, *Zayıf Tarafın Korunduğu Sözleşmelerde Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi* (Yetkin 2016) 129 dn. 411.

C. Tüketici Sözleşmesinin Kurulma Şartları

1. Sübjektif ve Objektif Statünün Aynı Şartlara Tabi Olması

MÖHUK m.26'nın uygulanabilmesi için bir tüketici sözleşmesinin varlığının yanı sıra söz konusu sözleşmenin belirli şartlar altında kurulmuş olması gerekir. MÖHUK m.26, sübjektif statüyü (f.1) ve objektif statüyü (f.2) ayrı fıkralarda düzenlediğinden hukuk seçiminin söz konusu olduğu tüketici sözleşmelerinde m.26/f.2'de düzenlenen şartların aranmadığına ilişkin yanlış bir kanıya varmak mümkündür. Zira hukuk seçimine ilişkin MÖHUK m.26/f.1'de sadece tüketici sözleşmeleri tanımlanmış; sözleşmenin kurulma şartlarını düzenleyen 2. fıkraya herhangi bir atıf yapılmamıştır. Halbuki, MÖHUK m.26, 24. maddedeki genel kural karşısında özel bir bağlama kuralı olup mesleki veya ticari olmayan amaçla mal veya hizmet ya da kredi sağlanmasına yönelik her tür tüketici sözleşmesinde uygulama alanı bulmayacaktır. Maddenin uygulanmasının ilk koşulu, hiç şüphesiz m.26/f.1'deki tanıma uygun bir sözleşmenin kurulmuş olmasıdır. Ancak bu yeterli değildir. Bir tüketici sözleşmesinin MÖHUK m.26 hükümlerine tabi olması için ayrıca m.26/f.2'de düzenlenen şartlar altında kurulmuş olması gerekir. Bu şartları sadece hukuk seçiminin yapılmadığı durumlara hasretmek doğru bir yaklaşım olmayacaktır²¹. Zira amaç, her tüketici sözleşmesini MÖHUK m. 26 kapsamına almak değildir; yalnızca özellik arz eden bazı tüketici sözleşmelerini özel olarak düzenlemektir. Zira milletlerarası özel hukuk tüketiciyi tacirin tüketiciye yöneldiği durumlarda korumaktadır²².

Buna karşılık, Türk doktrininde MÖHUK m.26/f.1'in yabancılık unsuru taşıyan tüm tüketici sözleşmelerine uygulanması gerektiği kabul edilmektedir²³. Bu çerçevede, MÖHUK m.26/f.1 tüketici sözleşmesinin m.26/f.2'deki şartları taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın uygulama alanı bulmaktadır. Her ne kadar kanunun sistematüğinden MÖHUK m.26/f.2'de sayılan sınırlamaların, sadece hukuk seçimi yapılmamış olması durumunda geçerli olduğu anlaşılrsa da, bu sınırlamaların MÖHUK m.26/f.1'in de uygulama alanını belirlemesi gerektiği görüşü benimsenmelidir.

Örnek (1): İstanbul'da yaşayan Türk vatandaşı Bay (A), İspanya'ya yaptığı bir turistik gezi sırasında birkaç şişe şarap satın almıştır. Söz konusu satım sözleşmesinde uyumsuzluk halinde uygulanacak hukuk İspanyol hukuku olarak belirlenmiştir.

21 Aynı yönde görüş için bkz. Ali Gümrak Tokar, '5718 Sayılı MÖHUK'ta Düzenlenen Tüketicinin Korunmasına Yönelik Hükümler' (2016) 81 İzmir Barosu Dergisi 11, 28; Pürselim (n 12) 81; Gülüm Bayraktaroğlu Özçelik, 'Yabancı Unsurlu Tüketici Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisinin Tayini' (2014) 63 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 833, 854-855. Çelikel, Erdem, MÖHUK'un 26. maddesi hükmünün belli mahiyetteki tüketici sözleşmelerini esas aldığı ve bunlara uygulanacak hukuku düzenlediğini belirtmektedir. Bkz. Çelikel and Erdem (n 11) 405. Nomer, MÖHUK m.26/f.2'de belirtilen şartların hukuk seçimi yapılmış olması durumunda da aranması gerektiğini açıkça belirtmemiş olmakla beraber tüketici sözleşmelerinin şeklinde tüketicinin mutad mesken hukukunun uygulanmasının m.26/f.2'de belirtilen şartlardan birinin gerçekleşmiş olmasına bağlı olduğunu açıkça belirtmiştir. Bkz. Nomer (n 9) 352.

22 Güngör, "Mutad Mesken" (n 2) 115,119; Öztekin Gelgel (n 2) 63-64.

23 Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 11) 288.

Örnek (2): Paris'te yaşayan Alman vatandaşı Bayan (B), İstanbul'a yaptığı bir turistik gezi sırasında Kapalıçarşı'dan bir tane ipek halı satın almıştır. Satım sözleşmesinde uyuşmazlık halinde Türk hukukunun uygulanacağına ilişkin bir hükme yer verilmiştir.

Hukuk seçiminin yapıldığı bu iki örnekte, acaba Türk hâkimi MÖHUK m. 26 uyarınca tüketicilerin mutad meskeni hukuklarının emredici hükümlerini dikkate alacak mıdır?

Bu sözleşmeler, MÖHUK m.26/f.2'de belirtilen şartlar altında akdedilmediklerinden söz konusu tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukuk kanaatimizce MÖHUK m.24 hükmünde yer alan genel kanunlar ihtilafı kuralına göre belirlenecektir. Seçilen hukuklar hiçbir sınırlamaya tabi olmadan uygulama alanı bulacaktır. Türk vatandaşı Bay (A), satıcının düzenlediği bir gezi ile değil [m.26/f.2 (c)], tamamen kendi inisiyatifi ile İspanya'ya seyahat etmiş ve orada bir satım sözleşmesi akdetmiştir. Aynı şekilde, Alman vatandaşı Bayan (B)'nin Türkiye'de akdettiği sözleşmeyi m.26'ya tabi tutmak doğru değildir. Aksinin kabulü, Alman vatandaşı Bayan (B)'nin, dünyanın neresine giderse gitsin, mutad mesken hukuku olan Fransız tüketici hukukunun emredici hükümlerini bavalıyla yanında taşıdığı ve bu hükümlerin koruması altında olduğunu kabulü anlamına gelecektir. Yurtdışına çıkarak bir satım sözleşmesi ilişkisine giren her tüketicinin kendi hukukunun bu işlemlere uygulanacağını beklemesi isabetli bir yaklaşım olmayacaktır. Kendi iradesiyle yabancı bir piyasada işlem yapan kişinin o piyasanın koşullarını kabul etmesi gerekir. Sonuç olarak, Bay (A)'nın ve Bayan (B)'nin seyahat ettikleri yerlere mutad mesken hukuklarını beraberinde taşıdıklarını savunmak yerinde değildir. Bay (A) ve Bayan (B), MÖHUK m.26 kapsamında hukuken korunması gerekli tüketicilerden değildirler. Buna karşılık, daha edilgen konumda olan ve kendi ulusal pazarında yabancı bir satıcı ile karşılaşan tüketicinin kendi hukukunun korunmasına güvenmek konusunda haklı bir beklentisi bulunmaktadır. Tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukunun emredici hükümlerinin koruması altında olduğunu kabul etmek için tüketici sözleşmesi ile bu hukuk arasında yakın bir ilişkinin bulunması şarttır. Bu ilişki MÖHUK m.26/f.2'de düzenlenen şartlardan biri altında kurulan sözleşmeler bakımından kanunen sağlanmıştır. MÖHUK m.26/f.2, üç bend halinde tüketici sözleşmelerinde mutad mesken hukukunun uygulanmasının sınır ve kapsamını ortaya koymaktadır. Eğer tüketici bir davet olarak veya satıcının teşvik ettiği bir seyahat programı içerisinde bir başka ülkeye gitmişse, o zaman kendi mutad meskeninin koruyucu hükümleri onunla beraber gelerek onu korumalıdır. Buna karşılık, MÖHUK m.26/f.2'de yer alan düzenlemede sınırlı sayıda sayılan şartlardan biri mevcut değilse, bu durumda uygulanacak hukuk MÖHUK m.24'teki sözleşmelere ilişkin genel kanunlar ihtilafı kuralı ile tespit edilecektir.

MÖHUK m.26/f.1'in lafzından açıkça anlaşılmasa da bu hükmün uygulama alanı MÖHUK m.26/f.2'de öngörülen şartlar altında kurulan tüketici sözleşmeleri

ile sınırlanmalıdır. Nitekim hükmün gerekçesinde 26. maddenin bazı tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukukun diğer sözleşmelerden farklı şekilde düzenlenmesi zorunluluğu sebebiyle getirildiği ifade edilmiştir. Hükmün gerekçesindeki bu yaklaşım, milletlerarası özel hukukun tüketiciyi tarafı olduğu tüm sözleşmelerde değil, sadece belirli şartlar altında kurulan sözleşmeler bakımından koruma amacı bulunduğuna ilişkin kabulü yansıtmaktadır²⁴. Kaldı ki mehaz düzenleme niteliğindeki Roma Konvansiyonu m.5 ve bu konvansiyonun yerine geçen Roma I Tüzüğü m.6²⁵ da bu yorumun yapılmasını desteklemektedir. Roma Konvansiyonu m.5'in başlığı "Belirli Tüketici Sözleşmeleri"dir ve Roma Konvansiyonu m.5/f.2'de düzenlenen hukuk seçimi konusunda tüketicinin mutad meskeni hukukunun devreye girebilmesi için de maddede sayılan üç şarttan en az birinin somut olay bakımından mevcut olması gerekmektedir.

Buna karşılık, paket tur sözleşmesine bir tüketici sözleşmesi olarak 26. maddenin uygulanabilmesi için doktrin paket tur sözleşmelerinde m.26/f.2 (a), (b) ve (c) bendlerinde sayılan şartların varlığını aramamaktadır²⁶. Bizim de katıldığımız görüş uyarınca paket tur sözleşmelerine m.26/f.2'deki şartları taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın MÖHUK m.26 uygulanmalıdır.

2. Tüketicinin Mutad Meskeni Hukuku

Hukuk seçiminin yapılmadığı durumlarda objektif bağlama kuralı olarak tüketicinin mutad meskeni hukuku uygulama alanı bulur. Bunun nedeni, bu hukukun tüketicinin en iyi bildiği ve bu sebeple de tüketiciyi en iyi şekilde koruduğu kabul edilen hukuk olmasıdır. Uygulamada tüketici alım satım yaparken çoğunlukla hukuk seçimi yapmaz; bu nedenle de özellikle m.26/f.2'nin (hukuk seçimi yapılmayan durumların) daha çok uygulama alanı bulduğu söylenebilir.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, tüketicinin mutad meskeni hukukunun taraflar arasındaki ilişkiye etkisi konusunda MÖHUK m.26'da düzenlenen objektif bağlama kuralı ile subjektif bağlama kuralı arasında bir ayırım gözetilmemesi gerekir. Tüketicinin mutad meskeni hukukunun uygulanmasını üç şarttan en az birinin gerçekleşmiş olmasına bağlı tutan MÖHUK m.26/f.2, hukuk seçiminin yapıldığı tüketici sözleşmeleri bakımından da dikkate alınmalıdır. MÖHUK m.26/f.2'de üç bent halinde düzenlenen şartlar şunlardır:

24 Güngör, "Mutad Mesken" (n 2) 115, 120.

25 Roma I Tüzüğü ile tüketici sözleşmesinin karşı tarafının ticari veya mesleki faaliyetlerini tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkede yapması veya bu faaliyetleri doğrudan tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkeye ya da tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülke de içinde bulunmak şartıyla birden fazla ülkeye yönelmesi ve sözleşmenin de bu faaliyetler kapsamında yapılmış olması aranmaktadır. Dolayısıyla Roma I Tüzüğü tüketici sözleşmesine ilişkin şartlar bakımından Roma Konvansiyonu'na göre tüketicinin daha kapsamlı korunmasını amaçlamıştır. Milletlerarası Özel Hukukta Roma I Tüzüğü ile tüketici sözleşmelerine getirilen değişiklikler konusunda bkz. Çalışkan (n 14) 27, 45-48.

26 Doğan (n 11) 398; Pürselim (n 12) 82. Karşı görüş için bkz. Uyanık (n 17) 284 vd.

a) Tüketicinin mutad meskeni ülkesinde gerçekleştirilen pazarlama faaliyetleri

MÖHUK m.26/f.2 (a) bendi uyarınca, sözleşme, tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkede, ona gönderilen özel bir davet üzerine veya ilan sonucunda kurulmuş ve sözleşmenin kurulması için tüketici tarafından yapılması gerekli hukuki fiiller bu ülkede yapılmış olmalıdır. Diğer bir ifadeyle, satıcının tüketicinin mutad meskeni ülkesinde açık bir icap veya reklam yapmış olması aranır. Ancak tüketici söz konusu reklama mutad meskeninde değil de yabancı bir ülkede maruz kalırsa bu madde kapsamına girmez. Bunun yanı sıra, tüketici mutad mesken ülkesinde gerçekleştirilen bu pazarlama faaliyetleri sonucunda aynı ülkede sözleşmenin kurulması için gerekli adımları atmış olmalıdır. Satıcı, basın, radyo, televizyon gibi medya yoluyla veya katalog dağıtım yoluyla ürününün reklamını tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkede yapmışsa ve sözleşmenin kurulması için tüketici tarafından yapılması gerekli hukuki fiiller de bu ülkede yapılmışsa MÖHUK m.26 uygulanacaktır. Bu düzenleme ile tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku ile tüketici sözleşmesi en sıkı ilişkili hale getirilmiştir ve bu şekilde zayıf taraf olan tüketici en iyi bildiği hukukla koruma altına alınmış olmaktadır.

Örnek (3): İstanbul'da yaşayan Türk vatandaşı Bay (A), Fransa'ya yaptığı bir turistik geziden döndükten bir süre sonra, e-posta hesabına Fransa'da bulunduğu sırada gezdiği bir bağ evinden bir mesaj geldiğini fark eder. Bu mesajda, Bay (A)'nın on şişe şarap satın aldığı takdirde koleksiyona ait iki şarabın kendisine hediye edileceği belirtilmiştir. Bay (A)'nın şarapları satın alması durumunda, söz konusu tüketici sözleşmesi MÖHUK m.26/f.2 (a) bendi uyarınca Türk hukukuna tabi olacaktır.

MÖHUK m.26/f.2 (a) bendinin en dikkat çekici özelliği, elektronik ortamda düzenlenen tüketici sözleşmelerinin bu bend kapsamına girmesidir²⁷. İnternet üzerinden ürün veya hizmet satın alınması durumunda, web sitesinin hangi ülkedeki veya ülkelerdeki belli tüketicileri veya tüketici gruplarını hedef aldığı dikkate alınmalı ve ona göre bir sonuca varılmalıdır. Bu durumda web sitesinde kullanılan dil, satış yapılan para cinsi ve tüketicinin mutad meskeni ülkesine gönderim yapılması, telefon numaralarının uluslararası kodla verilmiş olması, farklı ülkelerdeki müşterilerin yorumlarına yer verilmiş olması gibi unsurlar dikkate alınmalıdır. Satıcının sitenin içeriğini tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkeye yönelik düzenlemesi gereklidir. Şayet bu şekilde bir düzenleme söz konusu ise, bu sözleşmeye MÖHUK m.26/f.2 (a) bendi uyarınca tüketicinin mutad mesken hukuku uygulanacaktır²⁸.

27 Ayrıntılı bilgi için bkz. Hatice Kocasakal, *Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümüne Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti* (Vedat 2003) 136 vd.

28 Elektronik ortamda kurulan tüketici sözleşmeleri ve karşılaştırmalı hukukta yer alan mahkeme kararları için bkz. Pürselim (n 12) 89-91.

b) Siparişlerin tüketicinin mutad meskeni ülkesinde kabul edilmesi

MÖHUK m.26/f.2 (b) bendi çerçevesinde bir mal veya hizmet arz eden veya onun temsilcisi tüketicinin siparişini mutad mesken ülkesinde kabul etmektedir. Özellikle bir fuar ve sergi çerçevesinde bu ülkede bulunan işletmelerin tüketicilerden aldıkları siparişler sonucu kurulan sözleşmeler MÖHUK m.26 anlamında tüketici sözleşmeleri sayılır. Bu bendin uygulanması açısından dikkat edilmesi gereken konu siparişin alınmasının bendin uygulanması için yeterli olduğudur. Diğer bir ifadeyle, bendin uygulama alanı bulması için tüketici sözleşmesinin kurulmuş olması aranmamaktadır²⁹. Ayrıca maddede açıkça ifade edildiği üzere, malı veya hizmeti sağlayan malın ya da hizmetin şahsen sahibi olabileceği gibi temsilcisi de olabilir. Maddenin kapsamına girebileceği kabul edilen bir başka durum ise yabancı satıcının, tüketicinin ülkesinde şube kurması veya daimi bir temsilcilikçe sahip olmasıdır. Dolayısıyla, bu madde kapsamında temsilci kavramı geniş yorumlanmalı ve tacir adına hareket eden herkes bu kapsamda değerlendirilmelidir³⁰.

c) Satıcının teşvik ettiği yurtdışı gezilerinde gerçekleşen satışlar

MÖHUK m.26/f.2 (c) bendinin uygulama alanı bulması için satıcı tüketiciyi ürünü satın almaya ikna etmek amacıyla bir gezi düzenlemiş ve tüketici de bu gezi ile bulunduğu ülkeden başka ülkeye gidip siparişini yabancı ülkede vermiş olmalıdır. Söz konusu tüketici sözleşmesinin nerede kurulduğunun bir önemi bulunmamaktadır. Sözleşmenin kurulduğu yer yabancı bir ülke olabileceği gibi tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu yer de olabilir. Bu bend ile tüketicinin mutad mesken ülkesinde akdettiği bir sözleşme ile satıcının inisiyatifi ile tüketicinin yurtdışında bulunduğu sırada vermiş olduğu bir sipariş üzerine akdedilen sözleşme aynı hükümlere tabi tutulmuştur³¹.

Bu bendin kapsamına seyahat sözleşmesi değil, seyahat sonrası yapılan satım sözleşmesi girmektedir. Satıcı tüketiciyi satın almaya ikna etmek amacıyla bir gezi düzenlemiş ve tüketici de bu gezi ile bulunduğu ülkeden başka ülkeye gidip siparişini orada vermiş olmalıdır. Bu halde bir menkul malı satışa arz eden kişi onun satışını sağlamak için tüketiciyi yurtdışına çekmektedir. Burada tüketicinin korunmasının sebebi satıcının yönlendirmesiyle gittiği bir yerde bilmediği bir hukuka göre bir satım sözleşmesi ilişkisine girmesidir. Dolayısıyla bu şekilde kurulan tüketici sözleşmelerine tüketicinin en çok bildiği ve onu en çok koruyan hukuk olarak kabul edilen tüketicinin mutad meskeni hukukunun uygulanması milletlerarası özel hukuk hakkaniyetine hizmet etmektedir.

29 Öztekin Gelgel (n 2) 65.

30 Atamer (n 8) 421, 431.

31 Çalışkan (n 14) 27, 38.

Tüketicinin mutad meskeni ülkesindeki korumadan faydalanabilmesi için yurtdışına yapılan gezinin herhangi bir şekilde satıcı tarafından teşvik edilmiş olması aranır. Satıcının taşıma işlemini bizzat yapmış olması aranmaz; bir şirketle bu konuda anlaşmış olması yeterlidir³². Buna karşılık, sınır ötesi seyahatin gerçekleşmesinde satıcının herhangi bir katkısı bulunmuyorsa yapılan seyahate bağlı olarak yapılan satım sözleşmeleri bu bendin kapsamına girmez. Örneğin, yurtdışına turizm şirketi vasıtasıyla seyahat amacıyla gidip gezi sırasında mağazaların dolaştırılması sırasında kurulan satım sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar (c) bendinin kapsamı dışındadır.

Bunun yanı sıra, bendin uygulama alanı tespit edilirken şöyle bir soru karşımıza çıkabilir. Eğer yabancı bir tüketici kendi isteğiyle Türkiye’de gezerken satıcının teşvikiyle bir geziye katılırsa kendi mutad meskeninin bulunduğu yerin hukukunun uygulanmasını talep edebilecek midir? Tüketicinin mutad mesken ülkesinin korumasından faydalanabilmesi için tüketici yapacağı yolculuğa mutad meskeninin bulunduğu ülkeden başlamalıdır; diğer bir ifadeyle tüketici satıcının teşviki ile geziye katılarak yurtdışına çıkmış olmalıdır³³. Örneğin Almanya’da yaşayan (X) vatandaşının, İstanbul’da bulunduğu sırada Varna’ya yapılan bir satış gezisine katılması halinde kanaatimizce m.26/f.2 (c) bendi uygulanmaz; genel hükümlerin uygulanması gerekir. Aksinin kabulü, satıcının hiç öngöremeyeceği bir hukukun uygulanmasına neden olur. Bu durum da menfaatler dengesinin satıcı aleyhine aşırı derece bozulması anlamına geleceğinden kabul edilmemelidir.

D. Tüketici Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi

Modern milletlerarası özel hukuk kanunlarında temel anlayış, taraflara istedikleri hukuku seçebilme özgürlüğü sağlayan irade serbestisi anlayışıdır. Bu şekilde yabancılik unsuru taşıyan bir sözleşmede taraflar istedikleri ülkenin hukukunu seçmekte serbesttirler. Ancak 19. yüzyıldan beri bireyin kendi hukuki ilişkilerini serbestçe en iyi şekilde düzenleyebileceği düşüncesi liberal devlet modelinden sosyal devlete geçiş ile geçerliliğini yitirmiştir³⁴. Sosyal adaletin sağlanabilmesinin kanun koyucunun eşit olmayanlar arasında kurulan hukuki ilişkilerde zayıf taraftan yana ağırlığını koymasıyla mümkün olabileceği kabul edilmiştir³⁵. Tüketici sözleşmelerinde taraflar arasındaki iktisadi ve sosyal eşitsizlikten dolayı, irade muhtariyeti prensibine akdin zayıf tarafını korumak amacıyla bazı sınırlamalar getirilmiştir³⁶.

Tüketici sözleşmelerinde hukuk seçimine ilişkin getirilen sınırlamalar her devlet hukukunda farklı olmuştur. İsviçre hukuku tüketici sözleşmelerine uygulanacak

32 Çalışkan (n 14) 27, 38; Atamer (n 8) 421, 431.

33 ibid.

34 Atamer (n 8) 421, 422; Vahit Doğan, ‘Tüketici Akitlerine Uygulanacak Hukukun Tespiti’ (1996) 5 Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 153.

35 Atamer (n 8) 421,422.

36 Öztekin Gelgel (n 2) 96 vd.; Çelikel and Erdem (n 11) 405.

hukuku belirlerken hukuk seçimini tamamen yasaklamayı tercih etmiştir [IPRG-Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (İsviçre Federal Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu) m.120]. Buna karşılık, Türk hukukunda taraflarca seçilen hukuk ile objektif akit statüsünün emredici hükümlerinin karşılaştırılması ve tüketici lehine olan hükümlerin kabul edilmesi yoluyla hukuk seçiminin sınırlanması söz konusudur³⁷. MÖHUK m.26/f.1 uyarınca taraflara tanınmış olan hukuk seçimi sözleşmelere ilişkin genel kuralda (m.24) tanımlanan hukuk seçiminden farklıdır. MÖHUK m.24/f.1 uyarınca, taraflar hukuk seçimi yapılmamış olması durumunda sözleşmeye hangi hukuk uygulanacak olursa olsun, bu hukukun tüm emredici hükümlerini bertaraf etmek suretiyle sözleşme statüsünü tespit edebileceklerdir. Buna karşılık, tüketici sözleşmeleri söz konusu olduğunda hukuk seçimi tüketici lehine sınırlandırılmıştır³⁸. “*Yararlılık ilkesi bakımından sınırlama*” olarak adlandırılan bu çözüm şekli, tüketiciyi korumaya yöneliktir. Yararlılık ilkesi bakımından sınırlama yöntemine göre, tarafların seçebilecekleri hukuk düzenleri bakımından bir sınır getirilmemektedir. Sözleşme tarafları, sözleşme ile irtibatlı olsun olmasın diledikleri bir ülkenin hukukunu seçebilme imkanına sahiptirler. Ancak, tarafların seçmiş oldukları bu hukuk düzeni tüketiciye, objektif statüsünün emredici hükümlerince sağlanmış olan korumadan daha az bir koruma sağlayamaz. Dolayısıyla, tüketici sözleşmelerine öncelikle tüketicinin mutad meskeni hukukunun öngördüğü asgari koruma uygulanacak; bunun dışında kalan konularda ise tarafların seçtiği hukuk uygulama alanı bulacaktır. Seçilen hukuk, m.26/f.1 uyarınca uygulanacak olan hukukun sağladığı korumadan daha geride kalıyor ise, tarafların hukuk seçimi yapmış olmalarına rağmen, objektif statüsünün tüketiciyi koruyucu hükümleri uygulanacaktır³⁹. Tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukunun emredici hükümleri asgari koruma düzeyi olarak kabul edilmiştir. Burada amaçlanan tüketicinin kendi mutad meskeni hukukunun emredici kurallarının öngördüğü hukuki koruma ölçüsünün altında muamele görmesinin mümkün olduğu kadar önüne geçilmesidir⁴⁰. Zira bu hukukun tüketicinin en iyi bildiği hukuk olduğu ve bu sebeple de tüketiciyi en iyi şekilde koruduğu varsayılmıştır. Hâkim, değerlendirmeyi yaparken makul bir kişi aynı şartlar altında hangi hükmün kendisine uygulanmasını tercih ederdi ise bunu nazara alacaktır⁴¹.

Bunun yanı sıra, MÖHUK m.26’da açıkça düzenlenmemiş olsa da MÖHUK m.24’ün hukuk seçimi konusunda getirdiği düzenlemeler tüketicinin mutad meskeni hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgari koruma saklı kalmak kaydıyla MÖHUK m.26/f.1 bakımından da geçerlidir. Dolayısıyla, taraflar, akdettikleri tüketici sözleşmesini açık veya zımnî bir hukuk seçimi yapmak

37 Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 11) 288.

38 Güngör, “Mutad Mesken” (n 2) 127.

39 Güngör, “Mutad Mesken” (n 2) 115, 124-125; Güngör, *Tüketicinin Korunması* (n 2) 85; Tekinalp and Uyanık (n 11) 334.

40 Güngör, “Mutad Mesken” (n 2) 115, 124-127; Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 11) 288.

41 Tüketicinin lehine olan hükmün kural olarak sadece münferit hükümlerin karşılaştırılması ile tespit edileceği hakkında bkz. Nomer (n 9) 351.

suretiyle seçtikleri hukuka tabi tutabilirler⁴²; seçilen hukukun sözleşmenin tamamına veya bir kısmına uygulanabileceğini kararlaştırabilirler; hukuk seçimini her zaman yapabilirler ve değiştirebilir.

E. Tüketici Sözleşmelerinin Şekli

Sözleşmelere uygulanacak hukuku genel olarak düzenleyen MÖHUK m.24 sözleşmelerin şekline uygulanacak hukuk konusunda özel bir düzenleme getirmemiş; bu konuyu hukuki işlemlerde şekli düzenleyen MÖHUK m.7'ye bırakmıştır. MÖHUK m.7, hukuki işlemlerin şekline ilişkin bağlama kurallarını içermektedir. Kural olarak işlemlerin yapıldıkları yer hukuku veya o hukuki işlemin esasına uygulanan hukuk şekil hükümlerini belirler. Diğer sözleşme tiplerinden farklı olarak, tüketici sözleşmelerinin şekli konusunda özel bir düzenleme getirilmiştir. Tüketici sözleşmelerinin şekline hukuk seçimi yapılmış olsun veya olmasın MÖHUK m.26/f.3 uyarınca tüketicinin mutad meskeni hukuku uygulanır. Böylelikle zayıf durumda olan tüketiciyi korumak amacıyla getirilen ve tüketici sözleşmelerinde esasa uygulanacak hukuk olarak belirtilen objektif bağlama kuralı ile şekle uygulanacak hukukta birlik sağlanmıştır⁴³.

MÖHUK m.26/f.3 uyarınca getirilen şekil kuralı, yabancılik unsuru taşıyan tüm tüketici sözleşmeleri bakımından değil, yalnızca m.26/f.2 hükmünde öngörülen koşulları taşıyan tüketici sözleşmeleri için geçerli olup maddenin kapsamına girmeyen tüketici sözleşmeleri bakımından şekli geçerlilik genel şekil kuralı olan MÖHUK m.7'ye tabidir⁴⁴.

II. Milletlerarası Usul Hukukunda Tüketicinin Korunması

Tüketicinin korunması ihtiyacı yalnızca yabancılik unsuru taşıyan sözleşmelere uygulanacak hukukun belirlenmesi açısından değil aynı zamanda bu işlemlerden doğan uyuşmazlıklarda milletlerarası yetkili mahkemenin belirlenmesi açısından da kendisini göstermektedir. Yabancılik unsuru içeren tüketici sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların Türkiye'de dava konusu edilip edilmeyecekleri öncelikle Türkiye'de görevli ve yetkili bir mahkemenin bulunmasına bağlıdır.

A. Görevli Mahkeme

Tüketici işlemleri ile tüketicie yönelik uygulamalardan doğabilecek uyuşmazlıklara ilişkin davalar⁴⁵ TKHK m.73/f.1 uyarınca tüketici mahkemelerinin

42 Nomer (n 9) 351. Tüketici sözleşmelerinin niteliği gereği bu sözleşmelerde sadece açık hukuk seçiminin kabul edilmesi gerektiği hakkında bkz. Çalışkan (n 14) 27, 41. Bu hususta doktrine yeni bir bakış açısı getirerek, zımnî hukuk seçimi söz konusu ise, bu hukukun doğrudan reddedilmemesi gerektiği; zımnî hukuk seçiminin tüketicinin mutad meskeni hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgari korumadan her hal ve şart altında daha iyi bir koruma sağlanması halinde, bu hukukun tüketici sözleşmelerine uygulanabileceği hakkında bkz. Pürselim (n 12) 84.

43 Güngör, "Mutad Mesken" (n 2) 122; Çelikel and Erdem (n 11) 409; Tekinalp and Uyanık (n 11) 335.

44 Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 11) 290.

45 Eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekalet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler tüketici mahkemelerinin görev alanına girdiğinden asliye hukuk mahkemelerinin büyük ölçüde işlevsiz hale geldiği hakkında bkz. Çörtoğlu Koca (n 20) 212-213.

görev alanında kabul edilmektedir. Tüketici mahkemelerinin kurulmasının nedeni, genel mahkemelerin iş yükünün fazla olması, spesifik bir alanda tüketici uyuşmazlıklarının bu yoğunluğun dışında tutulmak suretiyle daha hızlı, harçtan muaf ve basit yargılama usulüne göre çözüme kavuşturulması ihtiyacı olmuştur⁴⁶. Özel kanunla kurulmuş olan tüketici mahkemeleri, özel mahkeme niteliğine sahip olduğu için genel mahkemeler ile aralarındaki ilişki de bir görev ilişkisidir. Bu sebeple, mahkemeler arasındaki görev ilişkisi kamu düzeni ile ilgili olduğundan gerek taraflarca gerek mahkeme tarafından re'sen yargılamanın her safhasında göz önünde bulundurulması gereken bir dava şartıdır⁴⁷.

TKHK, tüketici mahkemelerinin görev alanı içine giren uyuşmazlıklar açısından belirli miktardaki uyuşmazlıkların⁴⁸ tüketici hakem heyetleri tarafından çözüme kavuşturulmasını öngörmüştür. Tüketici hakem heyetine zorunlu başvuru sınırı dahilindeki bir uyuşmazlık hakkında doğrudan tüketici mahkemesine başvurulması durumunda mahkeme bu hususu bir dava şartı olarak re'sen inceleyecektir. Nitekim dava şartlarını düzenleyen Hukuk Muhakemeleri Kanunu⁴⁹ (HMK) m.114'te mahkemenin görevi bu kapsamda sayılmış; HMK m.115/f.1'de mahkemenin dava şartlarının mevcudiyetini davanın her aşamasında inceleyebileceği hükme bağlanmıştır.

B. Yetkili Mahkeme

MÖHUK m.40 vd.'da Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi düzenlenmektedir. MÖHUK m.40, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisine ilişkin genel bir yetki kuralı öngörürken, m.41-46'da çeşitli hukuki ilişkilere özgü milletlerarası yetki kuralları düzenlenmiştir. Türk milletlerarası usul hukuku sistemine göre yabancılık unsuru taşıyan davalarda, MÖHUK'un özel yetki kuralı getirdiği hallerde, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi getirilen bu özel yetki kurallarına göre belirlenecektir. Dolayısıyla yabancılık unsuru içeren bir uyuşmazlıkta Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi belirlenirken öncelikle söz konusu uyuşmazlığın MÖHUK'ta düzenlenen özel yetki kurallarının kapsamına girip girmediği tespit edilecektir⁵⁰. MÖHUK m.41-46'daki yetki kurallarının kapsamına giren hukuki ilişkilere, bu yetki kurallarına göre yetkilendirilen bir mahkeme

46 Seda Özmumcu, "6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Hükümleri ve Yargıtay Kararları Çerçevesinde Tüketici Mahkemelerinin Görev Alanına Giren Uyuşmazlıklara Genel Bakış" (2014) 16 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 831, 869.

47 Özmumcu (n 46) 837.

48 Ticaret Bakanlığı tarafından hazırlanan "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 68. ve Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliğinin 6. maddelerinde Yer Alan Parasal Sınırların Artırılmasına İlişkin Tebliğ" uyarınca Tüketici Hakem Heyetlerine yapılacak başvurularda, büyükşehir belediyesi statüsünde olan illerde değeri 5 bin 650 Türk Lirası'nın altında bulunan uyuşmazlıklarda İlçe Tüketici Hakem Heyetleri, yine büyükşehir belediyesi statüsünde olan illerde değeri 5 bin 650 Türk Lirası ile 8 bin 480 Türk Lirası arasındaki uyuşmazlıklarda İl Tüketici Hakem Heyetleri ve büyükşehir belediyesi statüsünde olmayan illerin merkezlerinde ve bağlı ilçelerde değeri 8 bin 480 Türk Lirası'nın altında bulunan uyuşmazlıklarda İl Tüketici Hakem Heyetleri görevli olacaktır. Bkz. RG 26.12.2018/30637.

49 6100 sayılı HMK için bkz. RG 04.02.2011/27836.

50 MÖHUK'un 40. maddesi hükmü ile MÖHUK'daki diğer yetki hükümleri arasındaki ilişki için bkz. Şanlı, Esen and Ataman-Figamneşe (n 11) 371; Çelikel and Erdem (n 11) 545.

bulunmuyorsa, Türk hâkiminin - MÖHUK m.40 atfıyla iç hukuktaki yetki kurallarına başvurmadan - yetkisini reddetmesi gerekecektir⁵¹.

1. MÖHUK'ta Yer Alan Özel Yetki Kuralı

MÖHUK m.45 tüketici sözleşmelerine ilişkin uyuşmazlıklarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisine ilişkin özel nitelikte bir yetki kuralıdır ve genel yetki kuralı olan MÖHUK m.40'a göre öncelikle uygulanır⁵². Tüketici sözleşmesine ilişkin davalarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi MÖHUK m.45'te özel olarak düzenlendiğinden Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin bulunup bulunmadığı bu madde uyarınca tespit edilir. MÖHUK m.45 uyarınca yetkili bir Türk mahkemesi bulunduğu tespit edilemiyorsa, mevcut uyuşmazlık bakımından Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin bulunmadığı sonucuna varılır.

a) Genel Kural

MÖHUK m.45/f.1 uyarınca, 26. maddede tanımlanan tüketici sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda, tüketicinin seçimine göre, tüketicinin yerleşim yeri veya mutad meskeni ya da karşı tarafın işyeri, yerleşim yeri veya mutad meskeninin bulunduğu Türk mahkemeleri yetkilidir. Görüldüğü üzere, hüküm tüketicinin lehine olarak birden fazla mahkemeyi yetkili kılmak suretiyle karşı tarafa göre sosyal ve ekonomik yönden zayıf durumda olduğu kabul edilen tüketicinin korunması amacını taşımaktadır⁵³. Maddede sayılan beş yer mahkemesinden tüketici istediği yer mahkemesinde dava açabilecektir. Bu konuda tüketicinin seçimlik hakkının bulunduğu madde metninde “tüketicinin seçimine göre” ifadesinden açıkça anlaşılmaktadır. Bu düzenleme sayesinde, tüketici bu beş mahkeme içinden hangisinde dava açmanın kendisi için daha kolay ve lehine olacağını düşünme imkanına sahip olabilecek ve yaptığı değerlendirme sonucunda istediği birinde dava açabilecektir. Burada davacı konumundaki tüketiciye sunulan ilk seçenek, davalının işyeri, yerleşim yeri veya mutad meskeninin bulunduğu yer mahkemesinde dava açmaktır ki bu aslında “davalının yerleşim yeri “şeklindeki genel yetki kuralının tekrarıdır. Tüketiciciye sağlanan asıl kolaylık, ikinci seçenekte tüketicinin kendi yerleşim yeri veya mutad meskeni mahkemesinde dava açabilmesi şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Aslında mahkemelerin yer itibarıyla yetkisinin tesisindeki genel ilkelere aykırılık teşkil eden bu yetki kuralının benimsenmesinin altında tüketicinin hukuken korunması amacı yer almaktadır⁵⁴.

Tüketici davasını açarken dava tarihindeki yerleşim yerini, mutad meskenini ve işyerini esas alacaktır. Bu bağlama noktalarının yorumu, Türk hukukuna (*lex fori* 'ye)

51 Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 11) 375; Bayraktaroğlu Özçelik (n 21) 833, 838.

52 Bayraktaroğlu Özçelik (n 21) 833, 838.

53 Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 11) 402.

54 Çelikel and Erdem (n 11) 611.

tabidir⁵⁵. Bu çerçevede, tüketicinin dava açmak için tercih edeceği mahkemenin karşı tarafın işyeri olması durumunda işyeri İş Kanunu⁵⁶ m.2 çerçevesinde yorumlanır. Ancak karşı tarafın birden fazla işyerinin olması durumunda tüketici sözleşmesinden doğan bir uyumsuzlıkla Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi belirlenirken hangi işyerinin esas alınması gerektiği sorunu ortaya çıkabilir. MÖHUK m.45'in bu konuda herhangi bir sınırlama getirmediğinden hareket edenler karşı tarafın birden fazla işyeri bulunması halinde tüketicinin karşı tarafın işyerlerinden istediği birinin bulunduğu yer mahkemesinde davasını açabileceğini ifade etmişlerdir⁵⁷. Diğer bir ifadeyle, dava açılan işyerinin uyumsuzluk çıkan yabancı unsurlu tüketici sözleşmesi ile irtibatının bulunup bulunmadığı önem taşımaz. Buna karşılık, doktrinde özellikle söz konusu tarafın birbirinden tamamen farklı faaliyet alanlarına ilişkin farklı işyerlerinin bulunması durumunda uyumsuzluğa konu olan sözleşmeyle hiçbir irtibatın bulunmadığı bir işyerinin dikkate alınarak davanın o yer mahkemesinde görülebileceğinin kabul edilmesinin hükmün olması gerekenden geniş yorumlanması sonucunu doğurabileceği belirtilmiştir⁵⁸. Kanaatimizce de dava açılan işyerinin uyumsuzluk çıkan tüketici sözleşmesi ile bir irtibatının bulunması aranmalıdır.

İkinci fıkrada, tüketicinin davalı olduğu durumlarda diğer bir ifadeyle tüketiciye karşı açılan davalarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi düzenlenmiştir. Tüketiciye karşı açılacak davalarda yetkili mahkeme, tüketicinin Türkiye'deki mutad meskeni mahkemesidir. Bu hükümde, sözleşmenin diğer tarafına (satıcı/sağlayıcı) herhangi bir seçim hakkı tanınmamış; tek bir yetkili mahkeme belirlenmiştir. Bu durumda sadece tüketicinin mutad meskeni olan mahkemenin yetkili kılınması da yine tüketiciyi korumaya yönelik bir düzenlemedir⁵⁹. Tüketici aleyhine açılacak davalar bakımından tüketici sözleşmesi yapıldıktan sonra tüketicinin mutad meskenini başka bir yere taşınması halinde, MÖHUK m.3 uyarınca karşı tarafın ancak tüketicinin dava tarihindeki mutad meskeni mahkemesinde dava açabileceği kabul edilmelidir.

b) MÖHUK m.45'in Kapsamı

MÖHUK m.45, "26'ncı maddede tanımlanan tüketici sözleşmelerinden doğan uyumsuzluklar" için milletlerarası yetki kuralları öngörmektedir. Anılan hükmün uygulama alanının belirli tüketici sözleşmeleriyle sınırlandırıldığına ilişkin bir açıklık bulunmadığından dolayı MÖHUK m.45'in kapsamına tüketici sözleşmelerinden hangilerinin girdiği hususu tereddüt doğurmaktadır. Bu noktada, bu iç atıf ile sadece MÖHUK m.26/f.1'deki tüketici tanımının mı yoksa 26. maddenin ikinci fıkrasında yer verilen şartları taşıyan tüketici sözleşmelerinin mi kastedildiği hususunun açıklığa

55 Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 11) 44.

56 4857 sayılı İş Kanunu için bkz. RG 10.6.2003/25134.

57 Toker (n 21) 11, 62.

58 Bayraktaroğlu Özçelik (n 21) 833, 860.

59 Çelikel and Erdem (n 11) 611.

kavuşturulması gerekir. MÖHUK m.26/f.1 uyarınca, tüketici sözleşmeleri çok geniş tanımlanmıştır. Bu tanıma, Türk iç hukukunda tüketici sözleşmesi olarak kabul edilen tüm sözleşmeler girmektedir. Türk doktrininde genel eğilim MÖHUK m.45'teki atfın MÖHUK m.26/f.1'ye yapıldığı yönündedir⁶⁰. Dolayısıyla MÖHUK m.45/f.1'deki tüketici tanımı ile m.26/f.1'de yer verilen genel tarif anlaşılmalıdır ve 26. maddedeki tüketici tanımına uyan, fakat 26. maddenin ikinci fıkrasında sayılan şartları taşıyan taşımaların tüm sözleşmeler bakımından yetkili mahkeme m.45 uyarınca belirlenmelidir. Gerçekten de MÖHUK m.45'in lafzı bu sonucun benimsenmesini gerektirebilecek şekilde yorumlanabilir. Ancak bizim de katıldığımız görüş uyarınca, milletlerarası yetki kuralının işlevi de göz önüne alındığında yapılan atıf m.26'nın tamamına yapıldığı şeklinde yorumlanmalıdır. Bununla beraber, doktrinde MÖHUK m.45'in, m.26/f.2'de sayılan şartlara uygun olarak akdedilmiş tüketici sözleşmelerine atıf yaptığını belirten görüşler de bulunmaktadır⁶¹. MÖHUK'ta zayıf tarafı koruyan özel yetki kurallarının hiçbirinde (m.44 veya m.46) bu tarz bir atfın yapılmadığı da göz önüne alındığında, MÖHUK m.45'teki atfın sadece tanıma değil kapsama da ilişkin olduğu kanaati söz konusu olmaktadır. Tüketici sözleşmesine ilişkin yetki kuralının istisnai nitelikte olduğu dolayısıyla yalnızca belirli tüketici sözleşmeleri bakımından uygulanması gerektiği buna karşılık zayıf taraf konumunda bulunan tüketicilere sağlanan korumanın gerekli olmaması durumunda genel yetki kuralının uygulanması gerektiği kabul edilmelidir.

Bunun yanı sıra, konu ile ilgili yabancı düzenlemeler de bu yorumu desteklemektedir. Örneğin, İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nun yabancı unsurlu tüketici sözleşmelerinden doğan davalar bakımından özel kural niteliğinde olan 114. maddesi, tüketici sözleşmelerini kurulma şartları bakımından sınırlayan bağlama kuralına (m.120) atıf yapmaktadır. Dolayısıyla İsviçre milletlerarası özel hukuk sisteminde tüketici sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların IPRG m.114'te belirtilen yetki kuralının kapsamına girebilmesi için tüketici sözleşmesinin MÖHUK m.26/f.2'dekine benzer şartlar öngören IPRG m.120'deki şartları yerine getirmesi gerekmektedir. Aynı şekilde Brüksel I Tüzüğü'nde tüketici sözleşmelerine ilişkin yetki kuralları hem konu hem de sözleşmenin kurulma şartları bakımından belli sınırlamalara tabi tutulmuştur (m.17-19)⁶².

Örnek (4): İstanbul'da yaşayan Türk vatandaşı Bay (A), Fransa'ya yaptığı bir turistik gezi sırasında birkaç şişe şarap satın almıştır. Söz konusu sözleşmeden doğan uyuşmazlıklar bakımından Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi nasıl belirlenecektir?

60 Şanlı, Esen and Ataman-Figamneşe (n 11) 401-402, dn. 144; Çörtoğlu Koca (n 20) 222; Bayraktaroğlu Özçelik (n 21) 833, 855; Toker (n 21) 11, 58.

61 Gülin Güngör, 'The New Turkish Act on Private International Law and International Civil Procedure' in Dan Andrei Popescu (ed), *Specificitate și complementaritate în dreptul privat european, Conflictetele* (Hamangiu 2012) 551; Berk Demirkol, 'Türk Milletlerarası Özel Hukuk Sisteminde Tüketicilere İlişkin Hükümlerin Kapsamı' in Kemal Şenocak (ed), *Asoscongress Alanya 4. Uluslararası Hukuk Sempozyumu Tam Metin Kitabı* (Asos 2018) 215-223.

62 Brüksel I Tüzüğü'nün tüketicilere ilişkin yetki kuralları için bkz. Emre Esen, 'Akitte Zayıf Tarafın Korunmasına İlişkin Yetki Kuralları' in Işıl Özkan, Ceyda Süral and Uğur Tütüncübaşı (eds), *Avrupa Birliği Devleler Özel Hukuku* (Adalet 2016) 146 vd.; Çörtoğlu Koca (n 20) 115-133.

Bu örnekteki sözleşmeden doğan uyuşmazlıklarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi MÖHUK m.45'in öngördüğü milletlerarası yetki kurallarına göre belirlenecek olursa, Bay (A) şarapları satın aldığı işletmeye karşı kendi yerleşim yeri veya mutad meskeni mahkemesinin olduğu Türk mahkemelerinde dava açabilecektir. Oysa bu sonuç, ilişkinin yapısına uygun değildir. Zira Türk vatandaşı Bay (A) kendi inisiyatifi ile Fransa'ya seyahat etmiş ve bir satım sözleşmesi ilişkisine girmiştir. Tacirin tüketiciye yönelmediği durumlarda tüketicilere ilişkin özel milletlerarası yetki kurallarının uygulanması kanaatimizce isabetli değildir.

MÖHUK m.45'te yer alan "26. maddede tanımlanan tüketici sözleşmeleri" ifadesinden, 26. maddenin 1. fıkrasında yer verilen genel tarifin anlaşılması durumunda taşıma sözleşmelerinin de m.45 kapsamında olduğu sonucu çıkacaktır. Halbuki, taşıma sözleşmeleri TKHK uyarınca tüketici sözleşmesi olarak kabul edilse de, MÖHUK m.26/f.4 uyarınca m.26'nın uygulama alanına girmemektedir. Kanaatimizce deniz, hava, kara veya demiryolu fark etmeksizin tüm taşıma sözleşmeleri (paket tur sözleşmeleri hariç olmak üzere) konusunda yetki Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmeler başta olmak üzere genel yetki kurallarına göre belirlenmelidir. Bu itibarla, taşıma sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda, tüketici sözleşmelerine ilişkin olarak getirilen yetki kuralları uygulanmayacaktır. Buna benzer şekilde her tür tüketici sözleşmesinin MÖHUK m.45 kapsamında ele alınması gerektiği kabul edilecek olursa TKHK uyarınca tüketici sözleşmesi olarak kabul edilen sigorta sözleşmelerinde de m.45 uygulama alanı bulacaktır. Halbuki, yabancı unsurlu sigorta sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin MÖHUK m.46 uyarınca belirlenmesi gerekir. Bunun yanı sıra, tüketici sözleşmesi niteliğinde olup TKHK'nun kapsamına giren taşınmazların aynına ilişkin sözleşmeler de MÖHUK m.45'in uygulama alanına girmeyecektir. Örneğin, konut ve tatil amaçlı taşınmaz satış sözleşmeleri veya tatil amaçlı devre mülk sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi MÖHUK m.45 uyarınca değil, MÖHUK m.40'ın yaptığı gönderme ile HMK'nın 12. maddesi uyarınca belirlenecektir.

Sonuç olarak, TKHK'da tüketici sözleşmelerinin kapsamının fazlasıyla geniş olduğu da göz önüne alınarak, yabancı unsurlu tüketici sözleşmelerinde Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini düzenleyen MÖHUK'un 45. maddesinin uygulama alanının açık bir şekilde belirlenmesine ihtiyaç duyulmaktadır. Mevcut durumda m.26/f.2'de belirtilen şartların m.45 için aranıp aranmayacağı tereddütlere neden olmaktadır. Kanaatimizce, MÖHUK'un 45. maddesinde yer alan "26. maddede tanımlanan tüketici sözleşmeleri" şeklinde yer alan ifadenin "26. maddenin 2. fıkrasında yer alan şartlar altında kurulmuş olan tüketici sözleşmeleri" şeklinde değiştirilmesi uygun olacaktır⁶³. Zira milletlerarası yetki

63 Yetki kuralının yeniden ele alınarak hükmün kapsamının belirli tüketici sözleşmeleriyle sınırlandırılması gerektiği hakkında bkz. Bayraktaroğlu Özçelik (n 21) 833, 855.

kurallarının tüketiciyi koruma amacı yalnızca belirli tüketici sözleşmeleri için kabul edilmelidir.

2. İç Hukukumuzda yer Alan Yetki Kuralları

Yabancılık unsuru içeren bir tüketici sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkta Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi özel yetki hükmünün uygulama alanına girmiyorsa MÖHUK m.40 uyarınca iç hukukun yer itibariyle yetki kurallarına başvurulacaktır. Bizim de katıldığımız görüş uyarınca, MÖHUK m.45/f.1’de yer alan ifade eksik olup söz konusu hüküm yukarıda da ifade edildiği üzere “m.26/f.2’de belirtilen şartları taşıyan tüketici sözleşmeleri” şeklinde yorumlanmalıdır.

Bu nedenle, taraflarca akdedilen tüketici sözleşmesinin MÖHUK m.26/f.2’de düzenlenmiş olan bendlerdeki şartlar altında akdedilmediği durumlarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin MÖHUK m.40 uyarınca belirlenmesi gerekmektedir. MÖHUK’ta özel yetki kurallarının kapsamına girmeyen uyuşmazlıklar bakımından MÖHUK m.40’da yer alan genel kural gereğince iç hukukun yer itibariyle yetki kuralları devreye girecektir. TKHK’nun 73. maddesi 5. fıkrası bir kolaylık getirmiş ve tüketicinin yerleşim yerinin bulunduğu yerdeki tüketici mahkemesini de yetkili kabul etmiştir⁶⁴. Bu hüküm, tüketicinin yerleşim yerindeki tüketici mahkemelerini de yetkili kılarak tüketici mahkemelerinde açılacak davalar için özel bir yetki kuralı getirmiştir; HMK’daki genel yetki kurallarını bertaraf etmemiştir. Dolayısıyla tüketici, kendi yerleşim yeri tüketici mahkemesinde dava açabileceği gibi HMK hükümlerine uygun olarak başka bir yer tüketici mahkemesinde de dava açabilir. Tüketici, öncelikle HMK m.6/f.1 uyarınca genel yetkili mahkeme olan davalının davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesinde dava açabilir. Bununla birlikte, HMK’da düzenlenen diğer özel yetki kurallarının da tüketici uyuşmazlıkları için açılacak davalarda uygulanması gündeme gelebilir. Bu kapsamda tüketici mahkemesinde görülecek davalar sonuç itibariyle tüketici ile satıcı arasında akdedilmiş bir sözleşmeden kaynaklanacağı için HMK m.10’a göre sözleşmenin ifa edileceği yer mahkemesinde de açılacaktır. Bunun yanı sıra, Türkiye’de yetkisiz bir mahkemede dava açılması ve davalının süresi içinde ve usulüne uygun olarak yetki itirazında bulunmaması ihtimalinde HMK m.19/f.4 uyarınca davanın açıldığı mahkeme yetkili hale gelir.

C. MÖHUK m.45’teki Yetki Kuralının Niteliği

Tüketici sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini tesis eden MÖHUK m.45, söz konusu yetki kuralının niteliğine ilişkin bir açıklamaya yer vermemiştir. Bir yetki kuralının niteliği, davanın yetkisiz bir

64 TKHK m.73/f.5’teki yetki kuralının yabancılık unsuru içermeyen uyuşmazlıklarla sınırlı olarak uygulanması gerektiği hakkında bkz. Berk Demirkol, *Milletlerarası Yetki Anlaşmaları* (Vedat 2018) 41.

mahkemede açılması durumunda yetki itirazının tabi olduğu kurallar açısından önem taşımaktadır. MÖHUK'ta yetki itirazına ilişkin özel bir düzenleme yer almadığından dolayı *lex fori* ilkesi uyarınca iç hukukta öngörülen usul yabancılik unsuru içeren davalar bakımından da uygulama alanı bulmaktadır. Tüketici sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar hakkında Türk mahkemesinde açılan bir davada, mahkemenin yetkisiz olduğunun nasıl ileri sürülebileceğinin tespit edilmesi gerekmektedir. Bunun için de öncelikle bu kuralının niteliğinin belirlenmesi gerekmektedir.

MÖHUK m.45'teki yetki kuralı, doktrinde genel olarak zayıf tarafın korunması ile sınırlı münhasır bir yetki kuralı niteliğinde kabul edilmektedir⁶⁵. Buna karşılık, bizim de katıldığımız görüş uyarınca MÖHUK m.45 Türk mahkemelerinin münhasır yetkisini tesis etmemektedir⁶⁶. MÖHUK m.45 tarafların sözleşmedeki konumlarını dikkate alarak zayıf taraf lehine Türkiye'de milletlerarası yetkili mahkemeleri hazır bulundurmak amacını taşıyan koruyucu bir yetki kuralı olarak nitelendirilmelidir. MÖHUK m.45'te yer alan yetki kuralının hukuki niteliği belirlenirken davanın taraflarına göre bir ayırım yapılması isabetli olacaktır⁶⁷. Diğer bir ifadeyle, sözleşmenin zayıf tarafı olan tüketicinin açtığı davalardaki yetki kuralları ile tüketiciye karşı açılan davalardaki yetki kurallarının niteliği ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Yukarıda da açıklandığı üzere, tüketici sözleşmenin güçlü tarafına karşı m.45/f.1'de sayılan beş yer mahkemesinden istediği yer mahkemesinde dava açabilecektir. Tüketicinin sözleşmenin güçlü tarafına karşı açtığı davalarda yetkili mahkemeyi düzenleyen yetki hükümleri kanaatimizce kesin yetki kuralı niteliğinde değildir. Bu nedenle, davanın MÖHUK m.45 dikkate alınmaksızın yetkisiz bir mahkemede açılması durumunda davalının söz konusu mahkemenin yetkisine itiraz etmeyerek duruşmada hazır bulunması durumunda söz konusu mahkemenin yetkili hale geldiğini kabul etmek gerekecektir. Buna karşılık, tüketici sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda m.45/f.2 uyarınca sözleşmenin diğer tarafının (satıcı/sağlayıcı) tüketiciye karşı açtığı davalarda tek yetkili mahkeme tüketicinin Türkiye'deki mutad meskeni mahkemesidir. Kanun koyucu bu maddede yapmış olduğu yetki düzenlemesinde sözleşmenin zayıf tarafı olan tüketiciyi koruma amacıyla ve kamu düzeni düşüncesiyle hareket etmiştir. Bu nedenle, kanaatimizce sözleşmenin güçlü tarafının tüketiciye karşı açtığı davalarda yetkili mahkemeyi düzenleyen yetki hükümleri kesin yetki kuralı niteliğinde kabul edilmelidir. Kesin yetki kuralının bulunduğu durumlarda, dava sadece kesin yetkili mahkemede açılabilir. Kesin yetkinin dava şartı olması itibariyle tüketici sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda yetkisi olmayan bir Türk mahkemesinde açılan davada mahkemenin yetkisiz olduğu tüketici tarafından her zaman ileri sürülebilecektir. Ayrıca mahkeme

65 Şanlı, Esen and Ataman-Fıganmeşe (n 11) 402; Çelikel and Erdem (n 11) 610; Nomer (n 9) 522.

66 Doğan (n 11) 75; Nuray Ekşi, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi* (Beta 2013) 214; Bayraktaroğlu Özçelik, s. 866; Uğur Tütüncübaşı, *Yabancı Çekişmesiz Yargı Kararlarının Türk Hukukunda Tanınması* (Adalet 2014) 163; Demirkol (n 64) 239.

67 Çörtoğlu Koca (n 20) 254 vd.

de yetkili olup olmadığını davanın her aşamasında re'sen araştırmak zorundadır. Bu şekilde ilk itirazdan farklı olarak, tüketici yetkisizlik itirazını ileri sürmesi için iki haftalık davaya cevap süresine tabi olmayacak ve mahkeme yetki itirazı yapılmamış olsa dahi, kendiliğinden Türk mahkemesinin yetkili olup olmadığını davanın sonuna kadar inceleyebilecektir. Nitekim Brüksel I Tüzüğü de tüketiciyi korumak amacıyla yetkisiz bir mahkemede tüketici aleyhine dava açılması durumunda üye ülkelerin usul hukuklarına atıfta bulunmamış bu konuyu özel olarak düzenlemiştir. Hâkime mahkemeye yetki itirazında bulunabileceği konusunda tüketiciyi re'sen bilgilendirme görevini yüklemiştir (m.26/f.2).

D. Yetki Anlaşmasının Geçerliliği

İrade muhtariyetinin milletlerarası usul hukukundaki uzantısı olarak kabul edilen yetki anlaşması ile taraflar uyumsuzluk durumunda hangi ülkenin mahkemelerinin yetkili olacağını – uyumsuzluk öncesi veya sonrası – belirleyebilirler. Tarafların aralarında anlaşarak bir Türk mahkemesine yetki tanınması halinde HMK m.17-18 uygulama alanı bulacaktır. Bu düzenlemeye göre, sadece tacirler ve kamu tüzel kişileri aralarında yetki anlaşması yapabileceklerdir. Bu durumda, taraflarından birinin tüketici, yani ticari ya da mesleki amaçlarla hareket etmeyen bir kişi olduğu göz önüne alınırsa, tüketici uyumsuzlukları bakımından Türk mahkemeleri lehine geçerli bir yetki anlaşması yapılamayacağı sonucuna varılır⁶⁸.

Yabancılık unsuru içeren bir sözleşme ilişkisinde bir Türk mahkemesinin yetkilendirilmesi HMK m.17-18 hükümlerine tabiyken⁶⁹, yabancı bir mahkemenin yetkilendirilmesi için aranan şartlar MÖHUK m.47'de düzenlenmiştir. Münhasır yetkisinin söz konusu olmadığı durumlarda yabancılık unsuru içeren borç ilişkilerinden doğan uyumsuzluklarda tarafların karşılıklı anlaşarak yabancı mahkeme lehine yetki anlaşması yapmaları ya da mevcut sözleşmeye yetki şartı koymaları mümkündür. MÖHUK m.47/f.1 uyarınca yapılan yetki anlaşmalarında Türk mahkemelerinin yetkisinin ortadan kalktığı kabul edilmektedir⁷⁰. Ancak tüketici sözleşmelerinden doğan uyumsuzluklarda yabancı mahkeme lehine yapılan yetki anlaşmaları MÖHUK m.47/f.2 uyarınca özel bir düzenlemeyle hükme bağlanmıştır. Buna göre, 45. maddede belirlenen mahkemelerin yetkisi tarafların anlaşmasıyla bertaraf edilemeyecektir. Söz konusu hükmün kaleme alınış şekli sebebiyle hükmün anlamı doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde yapılan yetki anlaşmasıyla yetkilendirilen yabancı mahkemenin, 45. maddede yetkilendirilen Türk mahkemeleriyle birlikte

68 Yabancı unsurlu tüketici sözleşmelerinde tacir veya kamu tüzel kişisi olmayan tüketici lehine olmak şartıyla tarafların Türk mahkemelerini yetkili kılabilmesine olanak tanınması gerektiği yönünde bkz. Çörtoğlu Koca (n 20) 265.

69 Türk mahkemelerini yetkilendiren milletlerarası yetki anlaşmalarına MÖHUK'un 47. maddesinin uygulanması gerektiği hakkında bkz. Demirkol (n 64) 129 vd.

70 Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 11) 426; Çelikel and Erdem (n 11) 624.

yetkili olması kabul edilmektedir⁷¹. Kanaatimizce bu hükümden sadece tüketici yararlanabilmektedir; sözleşmenin güçlü tarafı açısından böyle bir imkan söz konusu değildir⁷². Böyle bir yetki şartı tüketiciye MÖHUK m.45/f.1’de sayılan mahkemelerden daha fazla seçenek sağlamaktadır. Tüketici ister yetki anlaşması ile seçilen mahkemede isterse de m.45/f.1’e göre yetkili olan mahkemelerde davasını açabilecektir. Buna karşılık, tüketici aleyhine açılacak davaların yalnızca tüketicinin mutad meskeni mahkemesinde açılması emredilmiş ve bu suretle tüketiciye sağlanan korumanın yapılacak bir yetki anlaşmasıyla tüketici aleyhine başka bir mahkemede dava açma imkânı getirilmesi suretiyle ortadan kaldırılmasına müsaade edilmemiştir.

Örnek (5): Bir Alman şirketle mutad meskeni İstanbul’da bulunan tüketici Bay (A) arasındaki sözleşmede Zürih mahkemelerinin yetkilendirilmesi durumunda, Bay (A), davasını MÖHUK m.45/f.1 uyarınca yetkili olan Türk mahkemelerinde açabileceği gibi yetki anlaşması uyarınca Zürih’de de açabilecektir. Zürih mahkemelerinin yetkisi hiç şüphesiz İsviçre hukukuna göre tespit edilecektir. Ancak Türk hukuku bakımından tüketici seçimlik hakkını yetki anlaşması uyarınca yabancı mahkeme lehine kullanabilecektir. Buna karşılık, sözleşmenin güçlü tarafı bakımından somut olayda Alman şirketi bakımından tek yetkili mahkeme MÖHUK m.45/f.2 uyarınca tüketicinin Türkiye’deki mutad meskeni mahkemesidir; Alman şirketinin yetki anlaşmasına dayanarak Zürih mahkemesinde dava açmasının Türk hukuku açısından bir etkisi olmayacaktır.

Bu itibarla, tüketici sözleşmesinde yer alan ve MÖHUK m.45 uyarınca yetkili olan mahkemeler dışındaki mahkemelere müracaat hakkını tüketici sözleşmesinin her iki tarafına eşit bir şekilde bahşeden yetki şartlarının yalnızca tüketici tarafından kullanılabilir nitelikte olduğu kanaatindeyiz. Nitekim Brüksel I Tüzüğü kapsamında da yetki anlaşmalarına tek taraflı bir etki tanınmaktadır⁷³.

Buna karşılık, m.47/f.2’deki kesin ifade sebebiyle taraflardan birinin tüketici olduğu sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklar için hiçbir surette yetki anlaşması yapılamayacağı da doktrinde ifade edilmiştir⁷⁴. Tüketici sözleşmelerinde yer alan yetki anlaşmalarını baştan geçersiz kabul etmek yerinde bir yaklaşım olmayacaktır. Tüketicinin başvurabileceği mahkemelerin sayısını arttıracak nitelikte kaleme alınan yetki anlaşmaları geçerli addedilmelidir⁷⁵. Tüketici sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda MÖHUK m.45’te yetkilendirilen mahkemelerin yanında yetki anlaşması ile yetkilendirilen mahkemede de dava açılabilmesi tüketicinin yararına bir düzenlemedir. Örneğin, tüketici sözleşmesinin güçlü tarafı olarak varsayılan karşı tarafın mahkemelerden verilecek kararın icrasına konu teşkil edebilecek malları

71 Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 11) 420; Çelikel and Erdem (n 11) 611; Doğan (n 11) 75; Demirkol (n 64) 240; Uyanık (n 17) 283.

72 Yetki anlaşmasına dayanarak sadece tüketicinin değil, sözleşmenin güçlü tarafının da yabancı mahkemede dava açabileceğine ilişkin karşı görüş için bkz. Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 11) 420; Demirkol (n 64) 243.

73 Esen (n 62) 167.

74 Esra Dardağan and Rona Aybay, *Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı)* (2nd edn, İstanbul Bilgi Üniversitesi 2008) 75-76.

75 Çelikel and Erdem (n 11) 627; Doğan (n 11) 75; Çörtoğlu Koca (n 20) 271.

Türkiye’de bulunmayabilir. Bu durumda MÖHUK m.47 uyarınca yapılacak yetki anlaşması ile malların bulunduğu yabancı yer mahkemelerinin yetkilendirilmesi zayıf taraf olduğu varsayılan tüketicinin yararına olabilir⁷⁶.

Sonuç olarak, tüketici sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda yetki anlaşması tüketicinin açacağı davalarda MÖHUK m.45/f.1 uyarınca yetkili olan Türk mahkemelerinin yetkisini ortadan kaldırmamaktadır. Tüketici sözleşmelerinde yer alan yetki anlaşmalarını MÖHUK m.45 hükmüyle birlikte değerlendirip tüketicinin seçimlik bir hakkı olduğu kabul edilerek tüketicinin m.45 uyarınca yetkili olan Türk mahkemesine ya da yetki anlaşması ile yetkilendirilmiş yabancı mahkemeye başvurmasına izin veren bir yaklaşım içinde olmak isabetli olacaktır.

Bunun yanı sıra, yetki anlaşmasının akdedildiği zaman da yetki anlaşmasının geçerliliğinin tayini noktasında önem taşıyabilir. Yetki anlaşmasının uyuşmazlığın doğumundan sonra yapılması ihtimalinde yetki anlaşmasının tüketici sözleşmesinin akdedilmesi bakımından tüketiciye bir dayatma olmaktan çıktığı ve tüketici sözleşmesi kurulduktan sonra yapılacak yetki anlaşması bakımından diğer tarafla artık eşit koşullara sahip bulunan tüketicinin serbest iradesiyle karar verebilecek durumda olduğu varsayılmalıdır. Uyuşmazlığın doğumundan sonraki aşamada artık tüketici bir mahkemenin yetkili kılınmasının anlam ve sonucu daha iyi anlayabilecek bir konumda olacaktır. MÖHUK tüketicilerin taraf olduğu yetki anlaşmalarının akdedildiği zaman açısından ek bir düzenlemeye yer vermemiştir. Buna karşılık, Brüksel I Tüzüğü m.19/f.1, tüketici sözleşmesindeki yetki anlaşmasının uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra yapılmasını açıkça geçerli kabul etmektedir⁷⁷.

E. Milletlerarası Derdestlik

Yabancı unsurlu tüketici sözleşmeleri bakımından MÖHUK m.45 uyarınca yetkili olan Türk mahkemelerinin yetkisini ortadan kaldırmadan yabancı mahkeme lehine yetki anlaşmasının yapılabileceği yukarıdaki başlık altında incelenmiştir. MÖHUK m.47/f.2 uyarınca tüketiciler sözleşmeden doğan davalarını MÖHUK m.45/f.1’de belirtilen Türk mahkemelerinde açabilecekleri gibi, yetki anlaşmasında belirledikleri yabancı mahkemede de açabilirler. O halde, yabancı unsurlu tüketici sözleşmesinde yer verilen yetki anlaşması uyarınca yetkilendirilen yabancı mahkemede dava açılıp dava görülmekte iken tarafı, konusu ve sebebi aynı olan ikinci dava satıcı/ sağlayıcı tarafından Türk mahkemesinde açılır ise milletlerarası derdestlik durumu ortaya çıkabilecektir. Böyle bir durumda, tüketicinin Türk mahkemesinde milletlerarası derdestlik itirazında bulunabileceğini kabul etmek gerekir⁷⁸. Böyle

76 Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 11) 420.

77 Esen (n 62) 164 vd.; Çörtoğlu Koca (n 20) 155-157. MÖHUK m.47/f.2’ye Brüksel I Tüzüğü’nde olduğu gibi yetki anlaşmasının nasıl ve hangi şartlar altında yapılabileceğinin eklenmesinin yararlı olacağı hakkında bkz. Çörtoğlu Koca (n 20) 279.

78 Çörtoğlu Koca (n 20) 281; Bayraktaroğlu Özçelik (n 21) 833, 870.

bir durumda tüketicinin kendisi bakımından uygun olan yabancı mahkemede dava açmış olduğundan hareketle menfaatinin korunduğu söylenebilir. Milletlerarası usul hukukundaki *lex fori* ilkesi uyarınca milletlerarası derdestlik bir dava şartıdır. HMK m.115 uyarınca, mahkeme dava şartının mevcut olup olmadığını davanın her aşamasında kendiliğinden araştırır. Taraflar da dava şartı noksanlığını her zaman ileri sürebilirler⁷⁹. Buna karşılık, doktrinde yabancı mahkemede dava açılmasına MÖHUK m.47/f.1’de öngörülen etki tanınmayacağı için aynı davanın MÖHUK m.45’e göre yetkili olan Türk mahkemelerinde açılması durumunda derdestlik itirazı yapılmasının mümkün olmadığı ve bu nedenle hâkimin davayı görmesi gerektiği de ileri sürülmektedir⁸⁰. Bu konudaki farklı görüşler, MÖHUK’ta milletlerarası derdestlikle ilgili genel nitelikli bir hükmün yer almamasının büyük bir eksiklik olduğunu teyit etmektedir.

Tüketici sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda, yetki anlaşması ile yetkilendirilen yabancı mahkemede dava henüz açılmadan önce tüketici davayı Türk mahkemesinde açarsa, Türk mahkemesinde açılan davanın davalısının yetki itirazında bulunamayacağını kabul edilmesi gerekir⁸¹. Zira Türk mahkemelerinin yetkisi MÖHUK m.47/f.2 uyarınca devam etmektedir. Diğer bir ifadeyle, yetki anlaşması ile yabancı bir mahkeme yetkili kılınmış olmasına rağmen Türk mahkemelerinin yetkisi ortadan kalkmamaktadır. Böyle bir durumda, tüketici yabancı mahkeme lehine akdedilmiş geçerli bir yetki anlaşmasına rağmen MÖHUK m.45/f.1 uyarınca yetkili olan bir Türk mahkemelerinde dava açmayı tercih edebilir ve bu durumda davalının yetki itirazı dikkate alınmamalıdır.

F. Yabancı Mahkeme Kararının Tanınması ve Tenfizi

Yabancı mahkeme lehine yapılmış bir yetki anlaşmasına dayanarak elde edilen yabancı bir mahkeme kararının Türk hukuku açısından bir başka önemi ilamın Türkiye’de doğuracağı hukuki sonuçlarıdır. Yabancı mahkeme kararlarının Türk hukukunda hüküm doğurması yabancı kararın tanınması ya da tenfizi ile mümkün olur. Türk hukukunda yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi MÖHUK m.50-59 hükümlerinde düzenlenmiştir.

Türk tanıma ve tenfiz hukuku uyarınca Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine giren bir konuda verilmiş bir karar m.54 (b) bendi uyarınca Türkiye’de hiçbir hukuki sonuç doğurmaz. Türk hâkimi münhasır yetki konusunu re’sen araştırır. Doktrinde tüketicinin yetki anlaşması ile yetkilendirilen yabancı mahkemeden aldığı karar kendi lehineyse bu kararın Türk mahkemelerince tenfizinin kabul edilmesi, buna karşı aleyhe bir kararın tenfizinin MÖHUK m. 54 (b) bendi uyarınca reddedilmesi gerektiği

79 Milletlerarası derdestliğin ilk itiraz olarak düzenlenmesinin daha uygun olacağı hakkında bkz. Çörtoğlu Koca (n 20) 283.

80 Demirkol (n 64) 243.

81 Aynı görüş için bkz. Çörtoğlu Koca (n 20) 283.

belirtilmektedir⁸². Ancak yabancı mahkeme kararının içeriğinin tüketici lehine olup olmadığına incelenmesi kararın esasına ilişkin bir değerlendirme yapmak anlamına geleceğinden tenfizde esasa girme yasağının ihlalini teşkil edecektir⁸³. Bu nedenle, m.45'in sınırlı münhasır yetki yarattığını kabul edenler yetki anlaşmasına dayanarak yabancı mahkemede açılan dava – bu dava hangi taraf lehine sonuçlanırsa sonuçlansın - zayıf taraf tarafından açılırsa kararın Türkiye’de tenfiz edilebileceğini; güçlü taraf tarafından açılırsa kararın Türkiye’de tenfiz edilemeyeceğini belirtmektedir.⁸⁴.

Bizim de katıldığımız doktrindeki diğer bir görüşe göre, MÖHUK m.45'teki yetki kuralı tüketici sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar hakkında verilen yabancı mahkeme kararlarının Türkiye’de tanınması ve tenfizini engelleyecek nitelikte münhasır bir yetki kuralı niteliğinde değildir⁸⁵. Kanun koyucu tüketici sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda sadece Türk mahkemelerinin yetkili olmasını amaçlamamıştır. MÖHUK m.45'te yer alan tüketici aleyhine açılacak davalarla ilgili yetki kuralının amacı bu davanın mutlaka Türkiye’de görülmesini sağlamak değildir. Bu nedenle, bu kuralın sınırlı da olsa münhasır yetki yarattığı söylenemez. MÖHUK m.45 Türk mahkemelerinin münhasır yetkisini tesis eden bir kural olmaktan ziyade, kanaatimizce tüketicinin sözleşmedeki statüsünü dikkate alan kesin bir yetki kuralıdır. MÖHUK m.47/f.2, MÖHUK'un 45. maddesinde belirlenen mahkemelerin yetkisinin tarafların anlaşmasıyla bertaraf edilemeyeceğini düzenleyerek Türk mahkemelerinin yetkisini ortadan kaldırmadan tarafların sadece tüketici lehine yabancı bir mahkemeyi yetkili kılmalarına izin vermektedir. Bunun yanı sıra, MÖHUK m.47/f.2 hükmü sınırlı münhasır yetkiye ilişkin görüşü desteklememektedir. Zira MÖHUK m.47/f.1 münhasır yetkili Türk mahkemesi mevcutsa yetki anlaşması yapılamayacağını belirttiikten sonra f.2 tüketici sözleşmelerinde yetki sözleşmesinin yapılabileceğini ancak bu yetki anlaşması ile Türk mahkemelerinin yetkisinin bertaraf edilemeyeceğini ifade etmektedir. Tüketici sözleşmeleri açısından münhasır yetki söz konusu olsaydı hiçbir şekilde yetki anlaşması yapılamazdı. Nitekim karşılaştırmalı hukukta bu konuda en detaylı kuralları getiren mevzuatlardan biri olan Brüksel I Tüzüğü'nde tüketici sözleşmeleri kapsamında belirlenen yetki kurallarını daraltmayan ve tüketiciye başka mahkemelerde de dava açma hakkı tanıyan milletlerarası yetki anlaşmaları yapılabileceği açık olarak düzenlenmiştir (m.19/f.2).

Yukarıda satıcı/sağlayıcı ile tüketici arasındaki yetki anlaşmasının geçerliliği değerlendirilirken, satıcı/sağlayıcının yetki anlaşmasından faydalanamayacağını belirtmiştik⁸⁶. Bu kapsamda, yetki anlaşmasıyla yetkili kılınan yabancı mahkemede

82 Çelikel and Erdem (n 11) 627.

83 Doğan (n 11) 118.

84 Sınırlı münhasır yetki görüşünün bu şekilde yorumlanması hakkında bkz., Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 11) 536; Nomer (n 9) 522 dn. 263; Doğan (n 11) 118.

85 Çörtoğlu Koca (n 20) 276; Bayraktaroglu Özçelik (n 21) 833, 866; Doğan (n 11) 75; Ekşi (n 66) 207, 210; Tütüncübaşı (n 66) 164-164.

86 Bkz. Bölüm III/D.

satıcı/sağlayıcı tarafından açılan dava sonucunda verilen kararın Türkiye’de tüketiciye karşı tenfiz edilip edilmeyeceği sorusunun da açıklığa kavuşturulması gerekir. Boşanma gibi aile hukukuna ilişkin bir konudan doğan uyuşmazlıklar için MÖHUK m.47 uyarınca geçerli bir yetki anlaşması yapılamaz; ancak bu yetki anlaşmasına dayanarak yurtdışında dava açılması ve mahkemenin kendisini yetkili görmesi durumunda yabancı boşanma ilamının Türkiye’de tanınması ve tenfizi söz konusu olabilir. Zira Türk hukukuna göre geçersiz bir yetki anlaşmasına dayanarak başvuru yabancı mahkeme kendi usul hukuku kuralları uyarınca kendisini yetkili görebilir. Yabancı mahkemeden elde edilen ilamın Türkiye’de tanınması ve tenfizi bakımından yetki anlaşmasının Türk hukuku açısından geçerliliği veya yabancı ülke mahkemesinin yetkili olup olmadığı önem arz etmeyecektir. Dolayısıyla satıcı/sağlayıcı ve tüketici arasındaki yetki anlaşmasına istinaden satıcı yurtdışında dava açıp bir ilam elde ettiğinde söz konusu kararın tenfiz engelleri (m.50 ve m.54) söz konusu değilse Türkiye’de tanınması ve tenfizi mümkün olabilecektir.

Sonuç olarak, tüketici uyuşmazlıkları hakkında verilen yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi MÖHUK’ta yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi bakımından kabul edilen şartların (m.50 ve m.54) yerine gelmesi halinde mümkündür. Yabancı mahkeme kararının tanınması ve tenfizi aşamasında söz konusu kararın tüketicinin lehine olup olmadığı incelenmemelidir; kanunda sayılı sınırlı tenfiz engelleri söz konusu değilse tenfiz mümkün kılınmalıdır. Yabancı mahkemeden alınan kararın münhasır yetki engeline de takılmaması gerekir⁸⁷. Zira daha önce de ifade ettiğimiz üzere, tüketici sözleşmelerine ilişkin yetki kuralı bakımından (MÖHUK m.45) bir münhasır yetki kuralından bahsetmek mümkün değildir. Bunun yanı sıra, yurtdışında davayı hangi tarafın açtığına bağlı olarak satıcı/sağlayıcı ile tüketici arasındaki yetki anlaşmasının geçerliliğinin tanıma ve tenfiz aşamasında incelenmesi yerinde değildir.

Sonuç

MÖHUK’ta yabancı unsurlu tüketici sözleşmelerinde tüketicinin korunmasına yönelik hükümler bulunmaktadır. Tüketici, uygulanacak hukuku tespit eden kanunlar ihtilafı kuralları ile korunduğu gibi Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini tespit eden yetki kuralları ve yetki anlaşmasına getirilen sınırlama ile de korunmaktadır.

MÖHUK m.26’nın uygulama alanı bulması için kanaatimizce hukuk seçimi yapılmış olsun olmasın her halde m.26/f.2’de düzenlenen üç tür tüketici sözleşmesinden birinin mevcut olması gerekmektedir. Dolayısıyla her ne kadar MÖHUK m.26’nın 1. fıkrasında, hükmün 2. fıkrasında yer alan şartlara atıf yapılmamış ve hükmün belirli tüketici sözleşmeleri bakımından düzenleme getirdiği hükmün başlığında

87 Tüttüncübaşı (n 66) 166.

açıkça yer almamışsa da, özellikle mehaz kanun metni – Roma Konvasyonu m.5 – ve kanun koyucunun iradesi esas alınarak MÖHUK m.26'nın uygulama alanının ancak söz konusu şartlar altında yapılan tüketici sözleşmeleriyle sınırlı olduğu kabul edilmelidir. Zira MÖHUK yalnızca belirli şartlarda akdedilen tüketici sözleşmeleriyle sınırlı olarak tüketicilerin menfaatini koruma amacı taşımaktadır. Diğer tüketici sözleşmeleri bakımından tüketicinin mutad meskeni hukuku uyarınca korunması gerekli değildir.

Türk hukukunda tüketici sözleşmeleri bakımından hukuk seçimi kuralı olarak kabul edilmiş, ancak tüketiciyi daha fazla koruyan mutad mesken hukuku normlarının bu seçime rağmen uygulanması çözümü tercih edilmiştir. Böylece tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukunun sağladığı koruma hukuk seçimi açısından asgari düzey olarak kabul edilmiştir. Tarafların hukuk seçimi yapmamış olması halinde objektif bağlama kuralı uyarınca uygulanacak hukuk tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukudur. Tüketicinin mutad meskeni hukuku hem tüketicinin asgari olarak korunmasını sağlamak açısından tüketicinin lehine olan bazı emredici hükümleri hem de taraflar arasında herhangi bir hukuk seçimi yapılmadığı zaman esasa ilişkin hukuk olarak da uygulanacaktır.

MÖHUK uyarınca, 26. maddede tanımlanan tüketici sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin tespiti MÖHUK m.45 uyarınca yapılacaktır. Tüketici sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda milletlerarası yetkiye ilişkin hükümlerin de uygulama alanı kanaatimizce belirli tüketici sözleşmeleriyle sınırlandırılmalıdır. Sözleşmeyle tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu yer arasında sıkı bir bağlantı olması aranmalıdır. Tüketici sözleşmesinin, karşı tarafın tüketiciye yönelmesi sonucunda kurulmuş olması durumunda böyle bir bağlantının varlığı kabul edilmelidir. Dolayısıyla taraflarca akdedilen tüketici sözleşmesinin MÖHUK m.26/f.2'de düzenlenmiş olan bendlerdeki şartlar altında akdedilmediği durumlarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin MÖHUK m.40 uyarınca belirlenmesi gerekmektedir. Ancak MÖHUK m.45 hükmündeki tüketici sözleşmelerine yapılmış olan atfın bu şekilde anlaşılması hükmün lafzından hareketle mümkün değildir. Kanaatimizce MÖHUK m.45'in uygulama alanı - kanun metnini biraz aşan bir yorum ile - belirli tüketici sözleşmeleri ile sınırlı kabul edilmelidir. MÖHUK m.45 hükmünün yeniden ele alınıp bu tespiti açıkça ifade edecek şekilde bir kanun değişikliği ile açıklığa kavuşturulması yerinde olacaktır. Yabancı unsurlu tüketici sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda tarafların aralarında yapacakları bir yetki anlaşmasıyla yabancı bir devlet mahkemesini yetkili kıлып kılamayacakları hususunun da kanun koyucu tarafından açıklığa kavuşturulması yerinde olacaktır. MÖHUK m.47/f.2 hükmü bakımından da bir değişikliğin yapılarak sadece zayıf tarafın dava açmak konusunda seçimlik imkanını arttıracak şekilde yabancı devlet mahkemelerini yetkili kılabilecekleri yönünde ek bir hükmün kabul edilmesi isabetli

olacaktır. Kanaatimizce doktrindeki görüş ayrılıklarının esas sebebi, MÖHUK m.26, m.45 ve m.47/f.2 hükümlerinin kaleme alınmış şekli sebebiyle birbirinden tamamen farklı şekillerde yorumlanmaya müsait olmalarıdır.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almamıştır.

Kaynakça/References

- Arslan İ, *Milletlerarası Özel Hukukta Mutad Mesken Kavramı* (On İki Levha 2014).
- Atamer Y, ‘Devletler Özel Hukukunda Tüketicinin Korunması’ (1996) LV İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 421.
- Bayraktaroğlu Özçelik G, ‘Yabancı Unsurlu Tüketici Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisinin Tayini’ (2014) 63 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 833.
- Çalışkan Z, ‘5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un 26 Maddesine Göre Tüketici Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk’ (2008) 28 Milletlerarası Hukuk Bülteni (MHB) 27
- Çelikel A and Erdem BB, *Milletlerarası Özel Hukuk* (15th edn, Beta 2017).
- Çörtoğlu Koca S, *Zayıf Tarafın Korunduğu Sözleşmelerde Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi* (Yetkin 2016).
- Dardağan E and Aybay R, *Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı)* (2nd edn, İstanbul Bilgi Üniversitesi 2008).
- Demirkol B, *Milletlerarası Yetki Anlaşmaları* (Vedat 2018).
- --‘Türk Milletlerarası Özel Hukuk Sisteminde Tüketicilere İlişkin Hükümlerin Kapsamı’ in Kemal Şenocak (ed), *Asoscongress Alanya 4. Uluslararası Hukuk Sempozyumu Tam Metin Kitabı* (Asos 2018)
- Doğan V, *Milletlerarası Özel Hukuk* (4th edn, Savaş 2016).
- -- ‘Tüketici Akitlerine Uygulanacak Hukukun Tespiti’ (1996) 5 Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 153.
- Ekşi N, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi* (Beta 2013).
- -- *Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Konvansiyonu* (Beta 2004).
- Esen E, ‘Akitte Zayıf Tarafın Korunmasına İlişkin Yetki Kuralları’ in Işıl Özkan, Ceyda Süral and Uğur Tütüncübaşı (eds), *Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku* (Adalet 2016) .
- Güngör G, ‘The New Turkish Act on Private International Law and International Civil Procedure’ in Dan Andrei Popescu (ed), *Specificitate și complementaritate în dreptul privat european, Conflictuale de legi și de jurisdicții și integrarea juridică europeană* (Hamangiu 2012).
- -- ‘Tüketicinin Mutad Meskeni hukuku “Düşünsel Temeller”’ (2008) 57 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFD) 115.
- -- *Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması* (Yetkin 2000).
- Kocasakal H, *Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümüne Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti* (Vedat 2003).

- Nomer E, *Devletler Hususi Hukuku* (22nd edn, Beta 2017).
- Özkan I, *Devletler Özel Hukukunda İkametgah, Mutad Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi* (Naturel Yayıncılık 2003).
- Özmunçu S, '6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Hükümleri ve Yargıtay Kararları Çerçevesinde Tüketici Mahkemelerinin Görev Alanına Giren Uyuşmazlıklara Genel Bakış' (2014) 16 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 831.
- Öztekin Gelgel G, *Milletlerarası Özel Hukukta Tüketici Akitlerine İlişkin Sorunlar* (Filiz 2000).
- Partalçı R, 'Eşyanın Taşınmasına İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Hakkındaki MÖHUK Madde 29'un Değerlendirilmesi' (2018) 37 Milletlerarası Hukuk Bülteni (MHB) 761.
- Pürselim SH, 'Milletlerarası Özel Hukukta Tüketici Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk' in Sibel Özel and Mustafa Erkan (eds), *Milletlerarası Özel Hukukta Sözleşmesel Meseleler* (On İki Levha 2018)
- Şanlı C, Esen E and Ataman-Figanmeşe İ, *Milletlerarası Özel Hukuk* (6th edn, Vedat 2018).
- Tarman ZD, 'Akdî Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Roma I Tüzüğü' (2009) XXV Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi (BATİDER) 299.
- Tekinalp G and Uyanık A, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları* (12th edn, Vedat 2016).
- Toker AG, '5718 Sayılı MÖHUK'ta Düzenlenen Tüketicinin Korunmasına Yönelik Hükümler' (2016) 81 İzmir Barosu Dergisi 11.
- Tütüncübaşı U, *Yabancı Çekişmesiz Yargı Kararlarının Türk Hukukunda Tanınması* (Adalet 2014).
- Uyanık A, 'Turizmde Yabancı Tüketicilerin Hukuki Sorunları' in Hakan Tokbaş and Fehim Üçışık (eds), *Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları 2015-2016* (Bilge 2016).

OSCOLA Referans Rehberi

1. Genel Hususlar

- Kısaltmalarda nokta kullanılmamalıdır.
- Bir dipnotta birden fazla esere atıf yapılıyorsa, her bir eser noktalı virgül ile ayrılmalıdır.
- Atıflarda supra, infra, ante, id, loc cit, op cit, contra kısaltmaları kullanılmamalıdır.
- İçindekiler kısmına yer verilmemelidir.
- Kısaltmalar cetveline yer verilmemelidir.

2. Öz / Abstract

Makalelerde 250'şer kelimedenden oluşan Türkçe öz ve İngilizce abstract bölümlerine yer verilmelidir.

3. Anahtar Kelimeler / Keywords

- Öz bölümünün altında Türkçe en az 5 en çok 15 anahtar kelime kullanılmalıdır.
- Abstract bölümünün altında İngilizce en az 5 en çok 15 keywords kullanılmalıdır.

4. Extended Summary

Türkçe makalelerde, makaleye yabancı yazarlar tarafından atıf yapılmasını sağlayacak ölçüde, makalede yer verilen bilgi ve görüşlerin derlendiği en fazla 1000 kelimedenden oluşacak İngilizce bir extended summary yer almalıdır.

5. Mevzuata Yapılacak Atıf

- Türk mevzuatına atıf, aşağıdaki örnekte gösterildiği şekilde yapılmalıdır:

Örnek ²Nüfus Hizmetleri Kanunu, Kanun Numarası: 5490, Kabul Tarihi: 25.4.2006, RG 29.4.2006/26153

- Yabancı devlet mevzuatına ve AB mevzuatına yapılacak atıflar, OSCOLA'nın 2.4, 2.6.1 ve 2.8.2 numaralı bölümlerinde gösterildiği şekilde yapılmalıdır.

6. Kitaplar

Kitaplara yapılan atıflarda kitaba ilişkin bilgiler şöyle sıralanmalıdır:

Yazar Adı Soyadı, *Kitap Adı* (Kaçınıcı Bası Olduğu, Yayınevi Yılı) Atıf Yapılan Sayfa.

Örnek [Tek yazarlı kitaplar]:

³B Bahadır Erdem, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (6th, Beta 2017) 165.

Örnek [Çok yazarlı kitaplar]

⁵Aysel Çelikel and Günseli Öztekin Gelgel, *Yabancılar Hukuku* (24th edn, Beta 2019) 86 ff.

⁸Cemal Şanlı, Emre Esen and İnci Ataman-Figamneşe, *Milletlerarası Özel Hukuk* (6th edn, Beta 2018) 322.

7. Editörlü Kitaplar

Editörlü kitaplara yapılan atıflarda kitaba ilişkin bilgiler şöyle sıralanmalıdır:

Yazar Adı Soyadı, 'Eser (Bölüm) Adı' in Editör(ler) Adı (ed), *Kitap Adı* (Yayınevi Yılı) Atıf Yapılan Sayfa

Örnek ⁹Rumeysa Partalçı, 'Türkiye'nin Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'ye Koyduğu Çekincelerin İncelenmesi' in Günseli Öztekin Gelgel and Faruk Kerem Giray (eds), *Milletlerarası Aile ve Çocuk Hukukuna İlişkin Seçilmiş Makaleler* (Beta 2017) 5.

8. Makaleler

Makalelere yapılan atıflarda makaleye ilişkin bilgiler şöyle sıralanmalıdır:

Yazar Adı Soyadı, 'Makale Adı' (Yıl) Cilt (Sayı) Dergi Adı İlk Sayfa Numarası, Atıf Yapılan Sayfa

Örnek ¹¹ Sevin Toluner, 'Kıbrıs'ın Avrupa Birliği'ne Üyelik Başvurusunun Hukuki Geçerliliği ve Sonuçları' (2002) 22(2) MHB (Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan) 857, 860.

¹⁴ Ayşe Nur Tütüncü, 'Montreux Convention and Canal Istanbul' (2017) 37(1) MHB 113, 116.

9. Elektronik Kaynaklar

Elektronik kaynaklara yapılan atıflarda esere ilişkin bilgiler şöyle sıralanmalıdır:

Yazar Adı Soyadı, 'Eser Adı' (Yıl) Cilt(Sayı) Dergi Adı <Linki> Erişim Tarihi.

Örnek ¹⁷ Graham Greenleaf, 'The Global Development of Free Access to Legal Information' (2010)1(1) EJLT < <http://ejlt.org//article/view/17> > Erişim Tarihi 27 July 2010.

10. Web Siteleri ve Bloglar

Web sitelerine ve bloglara yapılan atıflarda esere ilişkin bilgiler şöyle sıralanmalıdır:

Yazar Adı Soyadı, 'Eser Adı' (*Web Sitesinin Adı*, Eserin Yayın Tarihi) <Linki> Erişim Tarihi.

Örnek ²¹ Sarah Cole, 'Virtual Friend Fires Employee' (*Naked Law*, 1 May 2009) <www.nakedlaw.com/2009/05/index.html> Erişim Tarihi 19 November 2009

11. Aynı Esere Birden Fazla Atıf Yapılması

Aynı esere birden fazla atıf yapılması halinde aşağıdaki örneklerde görüldüğü şekilde atıf yapılmalıdır:

Örnek ⁵ Aysel Çelikel and Günseli Öztekin Gelgel, *Yabancılar Hukuku* (24th edn, Beta 2019) 86.

...

²⁶ Çelikel and Öztekin Gelgel (n 5) 112.

²⁷ ibid 114-115.

12. Aynı Yazarın Birden Fazla Eserine Atıf

Aynı yazarın birden fazla eserine yapılacak atıflarda eser adları uygun şekilde kısaltılmalıdır:

Örnek ²⁸ Erdem, *Vatandaşlık Hukuku* (n 3) 142.

³¹ Erdem, 'Cinsiyet Farkı' (n 9) 297.

13. Yargı Kararlarına veya Davalara Atıf

a) Türk mahkeme kararlarına aşağıda yer alan örneklerde gösterildiği şekilde atıf yapılmalıdır:

Örnek Ankara 3 Sulh Mahkemesi, 4558/3543, 11.03.2017.

Ankara 1 İdare Mahkemesi, 4558/3543, 11.03.2017.

Ankara 3 BAM, 4558/3543, 11.03.2017.

Ankara 3 BİM, 4558/3543, 11.03.2017.

Danıştay 10 D, 2247/5111, 25.11.2011.

Yargıtay 2 HD, 4558/3543, 11.03.2017.

Anayasa Mahkemesi, 2014/13044, 11.11.2015.

b) Yabancı mahkeme kararlarına OSCOLA'nın 2.1 ilâ 2.3 numaralı bölümlerinde gösterildiği şekilde, ABAD kararlarına ise OSCOLA'nın 2.6.2 bölümünde gösterildiği şekilde atıf yapılmalıdır.

c) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına aşağıda yer alan örneklerde gösterildiği şekilde atıf yapılmalıdır:

Örnek *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.

14. Kaynakça

Kaynakçada öncelikle yazarın soyadına daha sonra adının ilk harfine yer verilmelidir. Makalelerin sayfa aralığı gösterilmelidir:

Örnek Erdem BB, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (6th, Beta 2017) 165.

Çelikel A and Öztekin Gelgel G, *Yabancılar Hukuku* (24th edn, Beta 2019).

Şanlı C, Esen E and Ataman-Figanmeşe İ, *Milletlerarası Özel Hukuk* (6th edn, Beta 2018).

Tütüncü AN, 'Montreux Convention and Canal Istanbul' (2017) 37(1) MHB 113-123.

Atf kuralları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. OSCOLA 4th Edition: <http://dergipark.gov.tr/ppil/writing-rules>

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