

**Public and Private  
International Law  
Bulletin**



**PROF. DR.  
CEMAL ŞANLI'YA  
ARMAĞAN**





**Prof. Dr. Cemal Şanlı - 1951**



## Public and Private International Law Bulletin

Cilt/Volume: 40 • Sayı/Number: 1 • Haziran/June 2020

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 Uluş 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 Küllişli**, 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

**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

**İngilizce Dil Editörleri/English Language Editors**  
**Elizabeth Mary Earl, 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/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**

**Yayıncı/Publisher**  
**İstanbul Üniversitesi Yayınevi / Istanbul University Press**  
İstanbul Üniversitesi Merkez Kampüsü, 34452 Beyazıt,  
Fatih / İstanbul, Türkiye  
Telefon / Phone: +90 (212) 440 00 00

**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](http://www.ilbeymatbaa.com.tr)

**Basım Tarihi: Haziran 2020**



**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://ppil.istanbul.edu.tr/_) & <http://dergipark.gov.tr/ppil>**  
**Elektronik posta: [mmaum@istanbul.edu.tr](mailto:mmaum@istanbul.edu.tr)**



# İçindekiler Table of Contents

## MAKALELER ARTICLES

SUNUŞ/PREFECE .....	I
BİYOGRAFİ/BIBLIOGRAPHY .....	V
ANI/MEMORY .....	LIXX
<i>Araştırma makalesi/Research article</i>	
Günümüz Çatışmalarında Özgürlüğünden Yoksun Bırakılmış Kişilerin Korunması Protection of Persons Deprived of Their Liberty in Contemporary Armed Conflicts .....	1
Rezzan Katılmış	
<i>Araştırma makalesi/Research article</i>	
Milletlerarası Tahkim Kanunu Uyarınca Hakem Kararı Hakkında Düzeltme, Yorum ve Tamamlama Kararları ve Bu Kararların İptal Davası Açma Süresine Etkisi Correction and Interpretation of the Award and Additional Award under the Turkish International Arbitration Act and their Effect on the Time Limit to Initiate Setting Aside Action .....	25
Mehmet Polat Kalafatoğlu	
<i>Araştırma makalesi/Research article</i>	
Fikri Mülkiyet Haklarının İhlaline Uygulanacak Hukukta "Soft Law" Tarafından Hukuk Seçimine Yer Verilmesi The Choice of Law in the Infringement of Intellectual Property Rights by Soft Law Provisions .....	55
Ekin Ömeroğlu	
<i>Araştırma makalesi/Research article</i>	
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Pechstein Kararı Çerçevesinde CAS'ın Tarafsızlığı ve Bağımsızlığı The Impartiality and Independency of the Court of Arbitration for Sport within the Framework of ECHR Pechstein Ruling .....	79
Hatice Özdemir Kocasakal	
<i>Araştırma makalesi/Research article</i>	
Güncel Gelişmeler Işığında Yatırım Yoluyla Türk Vatandaşlığının Kazanılması: Problemler ve Çözüm Önerileri Obtaining Turkish Citizenship by Investment: Problems and Solutions .....	125
İlyas Gölcüklü	
<i>Araştırma makalesi/Research article</i>	
Yargıtay Kararları Işığında Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni Public Policy in the Enforcement of Foreign Arbitral Awards in the Light of the Judgments of the Court of Cassation .....	143
Nuray Ekşi	
<i>Araştırma makalesi/Research article</i>	
İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkında Kanun'un Milletlerarası Tahkim Anlaşmaları Üzerindeki Etkisi The Effect of Law on the Compulsory Use of Turkish in Economic Enterprises in International Arbitration Agreements .....	203
Emre Esen	
<i>Araştırma makalesi/Research article</i>	
2 Temmuz 2019 Tarihli Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Lahey Anlaşmasının Değerlendirilmesi An Evaluation of 2 July 2019 Hague Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters .....	231
Yusuf Çalışkan, Zeynep Çalışkan	
<i>Araştırma makalesi/Research article</i>	
İnternet Üzerinden Akdedilen Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Applicable Law to the Contracts Established Over the Internet .....	247
Turgay Sariaçgali	
<i>Araştırma makalesi/Research article</i>	
Yabancı Mahkemeler Lehine Yapılan Yetki Anlaşmasında Seçilen Mahkemenin Belirli Olmamasından Kaynaklanan Meseleler Issues Arising from Uncertainty of Chosen Court in Choice-of-Forum Agreements Conferring Jurisdiction on Foreign Courts .....	299
İlyas Arslan	

## İçindekiler Table of Contents

### MAKALELER ARTICLES

<i>Araştırma makalesi/Research article</i> <b>19 Ekim 1996 Tarihli Velâyet Sorumluluğu ve Çocukların Korunmasına Yönelik Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma ve Tenfiz ve İşbirliği Hakkında Lahey Sözleşmesi Sonrası Çocuğun Vesayetine Uygulanacak Hukuk</b> Applicable Law to Guardianship of A Child After The Ratification of the Hague Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement And Co-Operation in Respect of Parental Responsibility And Measures For The Protection of Children ..... 353 Faruk Kerem Giray	353
<i>Araştırma makalesi/Research article</i> <b>Tahkim Anlaşmasının Yetkisiz Temsilci Tarafından Yapıldığına İlişkin İddiaların Dürüstlük Kuralı Çerçevesinde Değerlendirilmesi</b> The Allegations on Representative's Lack of Authority to sign an Arbitration Agreement and Good Faith ..... 401 Mehmet Murat İnceoğlu, Cemile Demir Gökyayla	401
<i>Araştırma makalesi/Research article</i> <b>Screening of Foreign Investment in the Context of Turkmenistan's FDI (Foreign Direct Investment) Regime</b> Türkmenistan Doğrudan Yabancı Yatırım Rejimi Kapsamında Yabancı Yatırımların Taranması ..... 417 Farruhbek Muminov, Alp Emre Varol	417
<i>Araştırma makalesi/Research article</i> <b>Karşılaştırmalı Hukukta Sınıraşan Taşiyıcı Annelik ile Taşiyıcı Anneden Doğan Çocukların Yasal Anne-Babalığının Kazanılma Sorunu</b> Cross-Border Surrogacy Motherhood in Comparative Law and The Problem of Legal Parenthood ..... 437 Cahit Ağaoglu	437
<i>Araştırma makalesi/Research article</i> <b>Prag Kuralları ve Milletlerarası Tahkim</b> Prag Rules and International Arbitration ..... 481 Ziya Akıncı	481
<i>Araştırma makalesi/Research article</i> <b>ICSID Hakem Kararlarında “Yol Ayrımı” (“Fork in the Road”) Kayıtları</b> The Fork in the Road Clauses in ICSID Arbitral Awards ..... 497 Gülüm Bayraktaroğlu Özçelik	497
<i>Araştırma makalesi/Research article</i> <b>Uluslararası Hukukta Doğu Akdeniz Krizi ve Türkiye ile Libya Arasındaki Deniz Yetki Alanlarının Sınırlandırma Mutabakatının Değerlendirilmesi</b> The Eastern Mediterranean Crisis from International Law's Aspect and The Assessment of the Turkey-Libya Maritime Boundary Delimitation Agreement ..... 519 Cüneyt Yüksel, Deniz Baran	519
<i>Araştırma makalesi/Research article</i> <b>Hakem Kararları Maddi Hukuka Aykırılık Sebebiyle İptal Edilebilir Mi? Hakem Kararlarının İptali Müessesesinin Tarihi Kökeni</b> Can Arbitral Awards Be Set Aside Due to Inconsistency with Substantive Law? Historical Background and Legal Nature of the Setting Aside of Arbitral Awards ..... 557 Ali Cem Budak	557
<i>Araştırma makalesi/Research article</i> <b>Party Impecuniosity and International Arbitration: The Interplay between Failure to Pay the Advance Costs and Validity of Arbitration Agreement in International Arbitration</b> Tarafların Ekonomik Müzayaka Hali ve Uluslararası Tahkim: Uluslararası Tahkimde Masraf Avanslarını Ödeyememe ve Tahkim Anlaşmasının Geçerliliği Arasındaki Etkileşim ..... 573 Necip Fazıl Şanlı	573
<i>Çeviri/Translation</i> <b>TWAIL (Milletlerarası Hukuka Üçüncü Dünya Yaklaşımları) Nedir?</b> What is TWAIL? ..... 613 Makau Mutua, Muhammed Beheştî Aydoğan, Muharrem Çelik	613

## SUNUŞ

Prof. Dr. Cemal Şanlı'yı ilk tanıdığımda yıl 1988 Ocak ayı olsa gerek. Ben 21 yaşında kürsüye giren yeni asistan, hocamız da, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Kürsüsünün tek yardımcı doçentiydi. O yıllarda Cemal Hoca öğrenciler tarafından sevilen kürsünün en genç hocasıydı ve çok güzel ders anlatırdı. Milletlerarası Özel Hukuk dersini genç bir akademisyen olarak hoca, çok daha anlaşılır kılarak öğrencilere anlatıyordu.

Sınav kağıtlarının sonuçlarını, öğrenci fişlerine ve listelere tek tek yazarak geçirdiğimiz ve ilan ettiğimiz günlerdi. Bu işlem bazen iki gün sürerdi. Asistanlar için en az iki üç hafta süren zorlu sınav kağıdı okuma döneminin bittiği, güle oynasa listeleri fişleri paylaşarak notları geçirdiğimiz bugünlerde, Cemal hoca, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Araştırma ve Uygulama Merkezinin müdür odasındaki üstü camlı büyük masanın başına geçer ve bizlere, boyu neredeyse 60-70 cm olan sınav kağıdı destesinden ayakta durarak notları okurdu. Bu bir türlü bitmek bilmeyen yazma işleminde biz asistanlar yorulur da işi biraz sulandırırsak, hoca hemen toparlar ve gün bitmeden işin bitmesi için bizleri motive ederdi.

Cemal Hoca, kürsünün genç yardımcı doçenti olarak, hukuki bilgisi ve muhakeme yeteneği bakımından her zaman Kürsümüzün kıdemli hocaları Prof. Dr. Nihal Uluocak, Prof. Dr. Ergin Nomer, Prof. Dr. Aysel Çelikel ve Prof. Dr. Gülören Tekinalp'ten takdir görürdü. Bizler çiçeği burnunda genç asistanlar olarak Kürsünün en genç hocasının fikirlerine değer verildiğini izlerdik.

Cemal Hocanın bir önemli özelliği daha vardı ki o da, Cemal Hocanın, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Kürsüsü akademisyenleri arasında avukatlık yapan tek hoca olmasıydı. Kürsüdeki avukatlık yapan tek kişi olması da, milletlerarası özel hukuk konuları ya da davaları hakkında konuşurken, hocaya ayrı bir güç sağlardı.

Milletlerarası Özel Hukuk Kürsüsü, mensubu olan akademisyenlere ve hatta biz asistanlara da son derece özgürlük tanıyan bir anlayışa sahipti. Kürsünün kıdemli büyük hocaları kendileri avukatlık yapmadıkları halde, en genç akademisyenin avukatlık yapması, Kürsümüzün mensuplarına duyduğu saygı ve toleransın kanıtıdır. Kimi zaman bazı ufak tefek takılmalar olsa da Cemal Hoca bu takılmaların hepsini olgunlukla karşılardı.

Birbirinden farklı siyasi bakış açısına sahip olsalar da hocalarımız arasında büyük bir dostluk, insani ve akademik nezaket hüküm sürmekteydi. Ülkede olmayan demokrasi ve fikir özgürlüğü, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinin Milletlerarası Özel Hukuk Kürsüsünde kuvvetli bir şekilde işlemekteydi. Cemal Hoca muhafazakar yapısı nedeniyle hocalarımızdan, ülkenin ahvali ve gidişatı konusunda bazen espri ile karışık sözler işitse de aynı espri ile cevap verir ve gene hiç alınmadan fikir ve görüşlerini savunurdu.

Prof. Dr. Cemal Şanlı son derece sağlam hukuk bilgisi ve mantığına sahip olması ile bütün akademisyenler ve hukukçulardan her zaman takdir görmüştür. Hocanın özellikle, Türk Milletlerarası Tahkim Hukuku külliyyatına kazandırdığı 'Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk' isimli doktora tezi ve Profesörlük kitabı olarak yayınladığı 'Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları', hem uygulayıcılar hem de öğrenciler için baş eser olarak avukatlık ofislerinin ve hukukçuların kütüphanelerinde yerini almıştır.

Hoca özellikle milletlerarası tahkim hukuku ve uygulamasında, Türk hukukçuları bakımından dikkat ve hayranlıkla takip edilen örnek hukukçudur. Hocamız Prof.Dr.Cemal Şanlı, Türk hukukunda milletlerarası tahkim hukukun öncüsü ve kurucularının başında gelmektedir.

Kürsümüzün diğer değerli iki akademisyeni, Prof. Dr. Emre Esen ve Doç. Dr. İnci Fıganmeşe Ataman ile birlikte yazdığı 'Milletlerarası Özel Hukuk' kitabı, Türkiye'nin bir çok hukuk fakültesinde, hukuk öğrencilerine, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukukunu öğreten çok kıymetli bir eserdir. Aynı şekilde Prof. Dr. Aysel Çelikel ile birlikte çıkardığı ve son yıllarda Prof.Dr.Emre Esen ve Prof. Dr.Faruk Kerem Giray'ın da yazarları arasına katıldığı, 'Türk Milletlerarası Özel Hukuk Mevzuatı' kitabı, Milletlerarası Özel Hukuk, Yabancılar Hukuku, Vatandaşlık Hukuku ve Tahkim Hukuku alanında titizlikle hazırlanmış bir çalışma olarak gene hukukçular için çok kıymetlidir.

Prof. Dr. Cemal Şanlı, Kürsümüzün kıdemli ve duayen hocaları olan Prof. Dr. Aysel Çelikel, Prof. Dr. Ergin Nomer ve Prof. Dr. Gülören Tekinalp'in birer yıl ara ile emekli olmasından sonra, hem Anabilim Dalı Başkanımız hem de Enstitü Müdürü olarak, hocalarımızdan devraldığı nöbeti, büyük bir başarı ile devam ettirmiştir. Cemal Hocanın en kıymetli ve önemli özelliklerinden bir tanesi, Kürsümüzüm bütün bireylerine karşı gösterdiği demokratik tutumudur. Hoca kimsenin işine

gücüne karışmaz. Sadece ciddiyetle kürsü işlerinin ve akademik çalışmaların yapılmasına dikkat eder. Aynı zamanda hocamızın kimseyi kırdığına da bunca yıllık birlikteliğimiz boyunca hiç şahit olmadım ve duymadım.

Prof. Dr. Cemal Şanlı akademik alandaki üstün başarısı, avukatlıktaki üstün ve imrenilen başarıları ve üstün insani hasletleriyle İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Kürsüsü için çok değerli, her zaman örnek alınan ve özlenen büyük bir Hocadır.

Hocamıza, katılımcıların büyük bir saygı ve sevgi ile kaleme aldıkları makalelerinden oluşan bu kıymetli Armağan kitabını sunarken, Kürsümüz adına kendisine duyduğumuz saygı, sevgi ve şükranlarımızı bir kez daha ifade etmek istiyorum. Hocamıza, sevgili eşi Halime Şanlı Hanımefendi, evlatları ve torunları ile birlikte çok uzun sağlıklı ve mutlu bir ömür diliyorum.

Son olarak Kürsüce özenle hazırladığımız bu Armağan sayısının çıkarılmasında, her zamanki gibi büyük bir özveri ile çalışarak bizlere destek olan Selin Dizbay ve tüm dergi ekibine teşekkürü bir borç bilirim.

Prof. Dr. B. Bahadır Erdem



## Prof. Dr. Cemal ŞANLI Hakkında Bir “Anı/Biyografi” Denemesi

1. 12 Haziran 1951 günü Manisa'nın Gördes ilçesine bağlı Borlu Nahiyesi (Bucağı)nın Tokmaklı köyünde doğdum. Gerçek doğum tarihimin bu olduğunu, Rahmetli babamın okuma yazma bilmeyen köy halkına evimizde bahisler okuduğu “*Ahir Zaman Peygamberi Hazreti Muhammed'in Hayatı ve Kurduğu Dinin Esasları*” isimli rengi çoktan solmuş kitabın arka kapağının iç yüzüne “*oğlum Cemal'in doğum tarihi 12 Haziran 1951*” şeklinde düştüğü not da teyit etmektedir. Nüfustaki kaydı ise, 1.1.1950'dir. 1957 senesine geldiğimizde, köyümüze 8 kilometre uzaktaki Yabancı Köyündeki ilkokula kayıt için, öncelikle nüfusa kaydolmamız gerekiyor. Nüfusa kayıt maksadıyla köyden 4-5 çocuk, babalarımızla birlikte Borlu'ya gidiyoruz. Muhtemelen, bizler, nüfus müdürünün “çocuklar nerede?” sualini sorma ihtimaline karşı, “*isbat ı vücut*” olarak götürülüyoruz. Nüfus müdürü, biz çocukların mevcudiyeti hakkında bir soru sormuyor ve beyana bağlı olarak re'sen tanzim ettiği nüfus cüzdanlarımızı velilerimize veriyor. Okuma yazma bildiği için, sadece babam doğum günlerimizin hatalı yazıldığını fark ediyor ve fakat “*devletimiz böyle münasip görmüş*” diyerek tescil tarihine herhangi bir itirazda bulunmuyor. Ben dahil, o gün nüfusa kayda giden çocukların tümünün doğum tarihi, Devletin kasabadaki önemli temsilcilerinden biri olan çatık kaşlı nüfus müdürü tarafından 1.1.1950 olarak belirleniyor. Ben de Müdürün uygun gördüğü bu doğum tarihini bir ömür boyu taşıdım, herhangi bir itirazda bulunmadım...

2. 1950/51 yıllarında, doğum yerim olan Borlu Nahiyesi ve Tokmaklı Köyü, Gördes'e bağlı. Gördes ile Borlu arasında bağ var, fakat yol yok... Sadece at-eşek ve öküz arabası ile kullanabileceğiniz basit bir 40 kilometrelik patika yol var. Bu sebeple tüm ilişkilerimiz, Salihli üzerinden gerçekleşiyor. 1960 senesinde Rahmetli Menderes'in açılışını yaptığı Demirköprü Barajı ile bölgenin coğrafi ve demografik yapısı tamamen değişiyor. Aniden bölgeye “deniz” geliyor... Pek çok köy yok oluyor. Bizim de Gediz Nehri vadisindeki arazilerimizin tamamı sular altında kalıyor. Sular altında kalan varlıklarımız ve hatıralarımız için yas tutarken, Borlu ve köyleri Demirci'ye, sonraki yıllarda Salihli'ye, son olarak da Köprübaşı ilçesine bağlanıyor. Velhasıl, ben Gördesli, Salihlili, Demircili ve Köprübaşılı oluyorum.

1960'ta aniden köyümüzün önüne kadar gelen deniz, işe yarar topraklarımızı aldığı gibi, tarifsiz acılar bırakıyor... İlk kurban: Benden evvel “hakim”, “savcı” olma ümidiyle ilk defa Bölgeden çıkıp Ankara Hukuk Fakültesi'ne tahsile giden

Borlu'lu Şi'ri Beyin oğlu Ergül. Yüzme bilmediği için boğulup ölüyor. Ahali, genç yaşta Ergül'ü yakalayan bu ani ve talihsiz ölümün ardından türküler yakıyor. Babası da oğlunun acısını taşıyamadığı için Ergül'ün hemen peşinden ölüyor. Arkasından, teyzemin kızının nişanlısı Kadir, düğünlerine bir hafta kala boğularak ölüyor. Üç-beş ay sonra da annemin yakın akrabası, Haşim Dayımızın oğlu Ali, sara nöbetine tutuluyor ve suya düşerek O da ölüyor. Köyleri dolaşan vali ve kaymakam, halkın hayvanlarına sahip çıkmalarını istiyor; fakat, sonradan anlıyoruz ki hayvanların tamamı doğuştan yüzme biliyor, bu sebeple bölgeye yeni gelen denizde sadece insanlar ölüyor...

3. 1957 Eylül'ünde; -nüfusa kaydolduktan birkaç hafta sonra- köyümüze sekiz kilometre uzaklıktaki Yabancı Köyü ilkokuluna kaydoluyorum. Her gün yaya olarak karda-kışta bu köye gidip geleceğiz. O tarihte mont yok, kaban yok, yağmurluk yok, çizme yok... Sadece ayaklarımızda yeni çıkmış gislaved lastik ayakkabılar var. Üstümüzde ise okulun resmi kıyafeti olan bir siyah önlük. Bugünden geriye doğru baktığımda, o yaşta bu şartların hakkından nasıl geldiğimize inanmıyorum... Muhtemelen bu insanüstü şartların hakkından, "toplu" olarak gelebiliyoruz. Topluca gidiş-gelişler, kendi bünyesinde bir eğlence üretiyor. Bu da üşümemizi, yorulmamızı, çamur deryasına batıp çıkmamızı unutturuyor.

Öğretmenimiz, müthiş ve idealist bir adam: Musa Temel. 2015 senesinde İzmir-Balçova'daki Devlete ait bir yaşlı bakımevinde ziyaret ettim. Çok duygulandı. İsmen hatırladı, ancak adımı sürekli "*cemalettin*" olarak tekrarladı durdu. Yanaklarımdan öptü. Birkaç sene evvel de Salihli'de vefat etti. Allah rahmet eylesin... Ege Bölgesindeki bir Köy Enstitüsü'nden mezun. Okul olmayan muhtelif köylerden gelen yüz küsur öğrenciyi, tek derslikten ibaret sınıfta okutmaya çalışıyor. Ders yılının ilk haftalarında, öğretmen, benim fevkalade okuma-yazma bildiğimi, hatta gazete bile okuyabildiğimi, kerrat cetvelini ezberlediğimi tespit ediyor. Bunun üzerine beni, üçüncü sınıfın tembel öğrencilerine okuma-yazma ve toplama çıkarma öğretmem için görevlendiriyor. Bazen, okuttuğum tembellerin kulaklarını çekmemi istiyor, fakat, bunu yapmak için boyum yetişmiyor. Ben, daha okulun başında, bir anda öğretmenliğe terfi ediyorum...

Öğrenme iştiağımdaki erken gelişmeyi babamın aşırı merakı, gayreti ve ilgisi ile 1955 senesinde kurulan Hürriyet Partisi'nin el ilanlarına bağlıyorum. 1955 senesinde, Demokrat Partiden Manisa Milletvekili olan ve ünlü yazar Yakup



Kadri Karaosmanoğlu'nun yakın akrabası Fevzi Lütfi Karaosmanoğlu, Parti içindeki muhaliflerle birlikte "Hürriyet Partisi" adında bir parti kuruyor. Partinin ambleminde ay yıldız ve üstünde bir meşale yer alıyor. Partinin başındaki Fevzi Lütfi babamı tanıyor ve Onu Borlu'da ocak başkanı yapmak istiyor. Bu maksatla, bir çuval -parti propagandası için hazırlanmış- el ilanı getiriyor ve babama -ahaliye dağıtmak üzere- bırakıyor. 57 seçimlerinde Parti büyük bir hayal kırıklığına uğruyor ve seçimin akabinde CHP'ye iltihak ederek tasfiye oluyor. Fakat, bir çuval el ilanının temiz olan arka yüzü benim defterim, en önemli çalışma materyalim oluyor. İlkokula başlamadan çok evvel, okuma-yazmayı, toplama-çıkarmayı Hürriyet Partisinin bu el ilanlarının arka yüzünü kullanarak öğreniyorum. O tarih itibarıyla bir çocuk için ne büyük imkan ve imtiyaz...

4. İlkokulun ikinci senesinde, yani 1958 eğitim-öğretim yılında çok sevdiğimiz öğretmenimizin başka bir yere tayini çıkıyor ve yerine ortaokulun ikinci sınıfından terk vekil bir öğretmen geliyor. Ortaokulun ikinci sınıfını geçememiş bir acemi oğlan, öğretmen değil, bir çocuk... Babam, beni okuldan alıyor ve Salihli'nin bitişiğindeki Tatar(Sonradan Yılmaz Köyü/Kasabası oluyor) Köyündeki amcamın yanına gönderiyor. 1500-2000 nüfuslu Tatar Köyünün 300 öğrencilik okuluna ikinci sınıf öğrencisi olarak kaydoluyorum. Lütfi ve Nigar öğretmenlerin imtiyazlı ve sevgili öğrencileri arasına giriyorum. Ancak, -yanımda annem olmadığı için- burada gurbetteyim... Derslerle ilgili hiç bir sorunum yok, lakin, gurbetin melali çocuk kalbimi kasıp kavuruyor...

5. Nihayet, 1960 senesinde köyümüzde ilk defa ilkokul açılıyor. Konya İmam Hatip Okulu mezunu idealist bir genç yedek subay öğretmen olarak tayin oluyor. Salihli'den ayrılıyorum ve köy okuluna dördüncü sınıftan başlıyorum. Böylece, hem gurbetten hem de Yabancı köyüne 8 kilometrelik gidiş-gelişten kurtulmuş oluyorum. İlkokula başlamadan evvel babamın gayretiyle oluşturduğum bilgi birikimim, üç ve dördüncü sınıflarda da bana yetiyor. Velhasıl, üçüncü okulum olan burada da ders bakımından bir zorluk çekmiyorum. Biz öğretmeni, öğretmen de bizi seviyor. Ancak, bu günlerde gerçekleşen 60 darbesi ve darbe sonrası başlayan uydurma yargılamalarla çocuk kalbimiz, -ailelerimizden tevarüs ettiğimiz hisle- son derece kırık ve ruhumuz muzdarip. Yani, sınırlarımız bozuk... Akşamları, komşu ve akraba Pehlivan Dayının evine giderek köydeki tek radyodan Menderes'in Yassıadadaki uydurma duruşmalarını dinliyoruz. Büyüklerimiz, Menderes'e ve arkadaşlarına atfedilen suçlardan bir şey anlamıyorlar. Onlar, sadece Gürsel, İnönü ve darbeyi gör

sesiyle ilk defa kamuya duyuran Türkes'e beddua ederek, üzüntülerini hafifletmeye, gönüllerini ferahlatmaya çalışıyorlar.

Tam bu günlerde, okulda bir olay cereyan ediyor ve bu olay sebebiyle öğretmenle olan gönül bağım büsbütün kırılıyor. 60 Darbesini takip eden günlerden birinde, öğretmen, sınıfın duvarına büyük bir çerçevelenmiş resim asıyor. Çerçeve darbenin başı (Cumhurbaşkanı) Cemal Gürsel ile başbakan İsmet İnönü'nün resimleri var... Resimlerin altında da darbenin meşruiyetini anlatan birkaç paragraf açıklama. Resmin asılmasından birkaç gün sonra, birkaç arkadaşımınla birlikte, ders bitiminde çerçeveyi indiriyor ve camı çıkararak Cemal Gürsel ve İsmet İnönü'nün resimlerinin baş kısmını öğretmenin sopasının ucuyla tahrip ediyoruz. Sonra da sanki hiçbir şey olmamış gibi camı çerçeveye yerleştirerek yerine asıyoruz. Ertesi günü, suç ortaklarımızdan birinin itirafı ile yakayı ele veriyoruz. Buna rağmen, öğretmenin dindar ve -muhtemelen- demokrat partili kimliği sebebiyle rahatız, herhangi bir ceza görmeyeceğimizi tahmin ve tasavvur ediyoruz. Tahmin ve tasavvurumuz boşa çıkıyor ve öğretmen, ben ve iki arkadaşım, diğer öğrencilerin önünde, hatırı sayılır bir sopa çekiyor... İlkokul hayatımın en kalıcı hatırası olarak, bu sopa olayı hala hafızamda canlılığını korumaktadır.

6. Dedem, nam-ı diğer Mahmut Hoca, babamın babası. On küsur yıl medrese tahsili yapmış bir hoca. 1305 (1889) doğumlu, Kula medreselerinde talebe iken birinci dünya savaşının patlaması ile 1330(1914)'da askere alınmış. Sağlığında, arkadaşlarının bir kısmının Romanya'nın başkenti Bükreş yakınlarındaki "Gençağa" şehitliğinde yattığından bahsetmesinden mülahem, Onun, Birinci Dünya Savaşı'nda Romanya cephesindeki 26. Tümede savaşa katıldığını anlıyoruz. Yine, Onun beyanına göre, 1917 ortalarında, buradan Filistin Cephesine sevk ediliyor. Mondros mütarekesi ile de 1919'un ilk çeyreğinde sağ olarak eve dönüyor. 2014 senesinde Milli Savunma Bakanlığı Arşiv Müdürlüğünden gelen cevabi yazıda, cephe bilgileri maalesef yer almıyor. Yazıda, sadece Gördes Askerlik Şubesi nezdinde tutulan askere alınış ve terhis bilgileri var. Bir de yazı ekinde, askerlik şubesine teslim olduğunda, cepheye sevk edilirken çekilmiş bir fotoğraf var. Resim, sadece resim değil; adeta yok oluşun, yıkılmışlığın, umutsuzluğun, çaresizliğin ve tabii ki İmparatorluğu kaybedişin dondurulmuş bir fotoğrafı... Köy halkının benimle kader birliği içinde gördüğü annemin büyük dedesi ise 1900'lerin başında Simav'ın Guşu beldesindeki iki medreseden birinde müderrislik(Profesörlük) yapıyor. Çocuklarına Guşu'dan zaman zaman gönderdiği oldukça edebi nitelikteki eski yazı mektuplar, benim

çocukluk yıllarımda evimizde idi. Kimse, bu mektupların ne söylediğini bilmemekle beraber, kutsal bir dini metin gibi saklanmakta idi. Maalesef, bu mektuplar zaman içinde kayboldu... Annemin tabiri ile “*Müderri Mehmet Efendi Dede*”mizden bu güne hatıra olarak kalan sadece köy mezarlığındaki “mezar taşı”dır.

İlkokul sonrası, medreseli dedem Mahmut Hoca, bana Kur’an öğretiyor. Bir miktar da Osmanlıca(Eski Yazı) ve Arapça... Bu yıllarda rahmetli dedemin gayreti ile edindiğim Kur’an tahsilinin ve ahlakının ömür boyu bereketini gördüğümü, 1970’lerden sonra terör sarmalına düşen ülkemizde bu sayede nefes aldığımı, hatta korunduğumu açık yüreklilikle söyleyebilirim.

7. 1965 senesinde, ilk defa, Manisa’da yıkım kararı verilerek terkedilen Karaköy semtindeki İstiklal İlkokulu’nun metruk binasında, İmam Hatip Okulu açılmasına izin veriliyor. Babama haber dahi vermeden, bir tanıdık marifetiyle temas kurduğum yerli ahalden bir zatı kendime “veli” yapıyorum ve okula kaydımı yaptırıyorum. Okulun 130 numaralı, ilk öğrencilerinden biri oluyorum. Bina, 20-25 santim eğik. Yıkıldı-yıkılacak... Ancak, benim esas meselem: Kalacak yer... Manisa merkezde kalabileceğim bir yer yok. Okul yatılı değil, emaneten ve kerhen yıkılmak üzere eski bir ilkokul binasına iştirilmiş. Çareyi Manisa’ya 40 kilometre mesafedeki Turgutlu’da bir yakınımızda kalıp, trenle gelip gitmekte buluyorum. Böylece, 1958 senesindeki Yabancı köyü seferlerine benzer yolculuklar tekrar başlıyor. Lakin, bu sefer yaya değil trenle...

O tarihte tren yolculukları son derece renkli ve zevkliydi. Yüzlerce işçi, talebe, memur sabah Alaşehir, Salihli ve Turgutlu’dan Manisa’ya veya ara istasyonlar yardımı ile tarlalara dağılır; akşam da aynı yolla Manisa’dan evlerine dönerlerdi. Salihli’den trenle okula gelip giden Uşak veya Afyon kökenli Mehmet Çankaya isminde bir sınıf arkadaşım var. Sesi çok güzel, çok iyi saz çalıyor ve türkü söylüyor. Mehmet, dönüşlerde trende işçilere saz eşliğinde türkü söyler, işçilerin treni devirircesine bir tarafa yığılmalarına sebep olurdu. Sonraki yıllarda Mehmet onlarca beste yaptı, plaklar çıkardı ve Orhan Gencebay’ın saz heyetinde yer aldı. Birkaç sene evvel de vefat etti. Allah rahmetini esirgemesin. Diğer bir sınıf arkadaşım da ünlü gazelhan Hamdi Bilgindi. Hamdi, yaşı büyük olarak geçici olarak okula kaydını yaptırabildi. Yıl sonuna kadar yaşını küçülttüremediği için, kaydı silinerek okul ile ilişkisi kesildi. Okuma hakkının bu şekilde elinden alınması Onu derinden üzdü. Sonraki yıllarda Hamdi, Türkiye’nin önemli gazinolarında, özellikle Adana-Mersin çevresindeki

gazinolarda yıllarca şarkı ve gazeller okudu. Onlarca plak yaptı. O yılların en meşhur gazelhanı oldu... Muhtemelen kalbinin acısı ve sancısı ile böyle baş etmeyi denedi! Hamdi'den sonraki yıllarda dinlediğime göre, O; ara sıra Cuma günleri Adana'nın merkezindeki Sabancı Ailesi tarafından yaptırılan camiye namaz için geliyor ve burada görevlilerin izni ve isteği ile öğle ezanı okuyormuş. Hamdi'yi bütün Adana ayakta dinliyor... 1987 yılında bir Cuma günü Başbakan rahmetli Özal Adana'ya geliyor ve Hamdi'nin ezanına tesadüf ediyor. Büyük bir huşu içinde ezanı dinledikten sonra, okuyanın kim olduğunu soruyor. Bilenler de bu kişinin Salihlili olduğunu, sesinin çok güzel olduğunu ve çok iyi Kur'an okuduğunu, ayrıca Adana civarındaki gazinolarda şarkı ve gazeller söylediğini aktarıyorlar. Özal, Hamdi'nin cumadan sonra kendisine getirilmesini emrediyor ve görüşme gerçekleşiyor. Özal, Hamdi'ye Ankaradaki Kocatepe Camiinin müezzinliğini teklif ediyor. O da kabul ediyor. Gerekli atama işlemleri süratle yapılıyor. Hamdi burada uzun süre çalışıyor. Öğrendiğime göre sonraki yıllarda da ünlü bestekar Amir Ateş'in korosunda yer alıyor...

Manisa'da, -her gün trenle gidiş- geliş şeklinde uzun ve yorucu bir yolculuk yapsak da- derslerim son derece iyi. Beden eğitimi hariç... Beden eğitimi dersine 27 Mayıs darbesinde ordudan atılan emekli bir albay geliyor. Sabahın köründe Spil Dağının eteklerindeki güneş görmeyen sokaklardan metnini şu an hatırlayamadığım bir marş eşliğinde don-gömlek koşarak, iki saatlik dersi ikmal ediyoruz. Albay, arkada kalanları favorilerinden yukarı doğru kaldırarak cezalandırıyor. İlk defa gördüğüm bir işkence türü... 19 Mayıs gösterilerinde hükümet meydanında ahali önünde sergilenecek on hareketin tüm pozisyonlarını ezberden yapamadığım için, bir kişi hariç tüm sınıf gibi, ben de birinci dönemin sonunda beden eğitimi dersinden zayıf aldım. Neyse ki; ikinci dönem 8 hareketin tüm pozisyonlarını ezberlemeyi başardığım için durumu düzeltiyorum, yıl sonunda okulun en başarılı öğrencisi olarak seneyi ve "*Manisa Defteri*"ni kapatıyorum.

Okul müdürü Sadullah Kanalp, baş muavin Mehmet Yumuk, Türkçe hocamız Gültekin bey, tabiat bilgisi hocamız Gülşen hanım ve İngilizce hocamız Nurşen Hanım birinci sınıf öğretmenler. Hepsini minnetle ve şükranla anıyorum. Bu dönemle ilgili olarak, beden eğitimi dersi macerası bir tarafa, hafızamda iki hadise kalmış: Birincisi, tabiat bilgisi hocamızın "deri ve insan vücudu"nu incelerken ders kapsamında bizleri "Manisa Tarzanı"na götürmesidir. Muhtelif filmlerin de konusu olan Tarzan, o tarihte Manisa'nın simgesiydi. Yaz-kış şortla

yaşayan, üstüne hiçbir şey giymeyen, evi barkı olmayan, hemen hemen hiç konuşmayan, ramazan aylarında dağdan iftar topu atan, sadece Manisa dağının eteklerini ağaçlandıran, –şehre indiğinde de- istediği yerden yemek yiyen bir mecnun, bir meczup... Manisa halkı, hayatı ile ilgili efsanevi şeyler anlatırdı. Doğrusunu Allah bilir... İçinde bulunduğumuz tabiat bilgisi dersinin hakkını verme zımınında derisinin kalınlığını merak ederek vücuduna dokunduğumu hatırlıyorum. Hafızamda kalan ikinci hadise ise, İngilizce hocamız Nurşen Hanımın beni disipline vermesi ve burada ilk savunmamı yapmam. Hoca ile hemen hemen her gün hükümet binası ile tren istasyonu arasındaki bulvar üzerinde karşılaşırız. Hoca aynı zamanda Manisa Lisesinde İngilizce dersine giriyor ve dersten çıkıp eve gidişi ile benim trene gidişim kesişiyor. O tarihte şapka giyiyoruz. Bizim şapkanın üzerinde beyaz, düz orta ve lise talebelerinin şapkası üzerinde ise sarı bir şerit var. Şapkanın getirdiği en önemli külfet, karşılaştığınız hocalara asker selamı verme mecburiyetiniz... Nurşen Hanım da haklı olarak her karşılaşmamızda benim şapka üzerinden asker selamı vermemi bekliyormuş, ben ise şapka ile bayanlara selam verilip verilmeyeceğini bilmiyorum! Bu sebeple disipline sevk edildim. Savunmamda, sadece, “*şapka ile bayanlara selam verilip verilmeyeceğini bilmediğimi*” söyledim. Savunmamın kabul görüp görmediğini veya bir ceza verilip verilmediğini hatırlamıyorum.

8. Manisa-Turgutlu arasındaki renkli ve bir o kadar da bıkkınlık veren tren yolculuklarından kurtulmak için, orta birden ikinci sınıfa geçtiğim 1966 senesinde “Devlet Yatılı” sınavına giriyorum ve Ankara İmam-Hatip Okulunun yatılı kısmını kazanıyorum. Artık, Yabancı Köyü, Tokmaklı Köyü, Salihli’nin Yılmaz Kasabası ve Manisa Tren İstasyonu derken, şimdi Türkiye’nin başkentindeyim... Yepyeni bir çevre. Artık, üniversite muhitinden arkadaşlarım var... Necip Fazıl’ın, Dil Tarih Coğrafya Fakültesindeki konferansına gidiyoruz ve canlı olarak üstattan “Sakarya” şiirini dinliyoruz. Türkocağ’ında ünlü Pakistanlı alim Muhammed Hamidullah’ı dinliyoruz. Türk Dil Kurumunda Yakup Kadri Karaosmanoğlu’nu ve İsmayıl Hakkı Baltacıoğlu’nu dinliyoruz. Ankara Hukuk Fakültesinin en büyük amfisinde ünlü psikiyatrist Prof. Dr. Recep Doksat’ı ve bayrak şairi Arif Nihat Asya’yı dinliyoruz. Hatta, Türkiye’yi ziyarete gelen ünlü Fransız Cumhurbaşkanı General Charles de Gaulle’ü Ulus’tan geçerken el sallayıp alkışlıyoruz. On beş günde bir –o yıllarda genç bir hukuk fakültesi talebesi olan Bülent Arınç’ın da muntazaman katıldığı- Adalet Partisinden Manisa milletvekili Vehbi Sınmaz’ın evinde Partiye mensup

milletvekilleri ile sohbetler yapıyor, memleket meselelerini konuşuyoruz. O yaşta ve o çağda bir köylü çocuğu için bunlar akıl almaz imkan ve imtiyazlar... Bütün bu imkan ve imtiyazlar, Ankara'da devlet yatılılığın sonucu. Burada, hemen şu soruyu sormak aklıma geliyor: Aynen anne-baba gibi, hangi iyiliği yapsak ve hangi hizmeti versek, Devlete borcumuzu ödeyebilir miyiz!?

9. Çocukluk ve gençlik yıllarıma karşılık düşen 1960 ilâ 1990 arasındaki 30 yıl, Türk ve Dünya siyaseti bakımından muazzam gelişmelere sahne oluyor. 68 kuşağı olarak nitelenen sol gençlik, Marksist dünya görüşü ile Türkiye'yi yönetmeye talip... Görünürdeki Marksizm ise pratikte Sovyet Rusya'nın yayılma ideolojisinden başka bir şey değil... Marksist dünya görüşü, birkaç istisna ile, hemen hemen hiçbir ülkede halkın iradesine dayanmıyor. Ülkeler, önce Sovyet orduları ile işgal ediliyor, sonra sosyalist ve komünist rejim bir "halk hareketi" olarak ilan ediliyor! Ben de belirttiğim bu kısa zaman dilimi içerisinde, Sovyet tanklarının altında tüm özgürlüklerini yitiren milletlerin haykırışlarına şahit oluyorum. İlk defa, radyo haberlerinden hayal-meyal hatırladığım, 1956 senesindeki Sovyet Ordularının Macaristan'ı işgal etmeleridir. Direnişin başındaki Macar devlet başkanı İmre Nagy, sırf Sovyet Ordularına direnen milletlere gözdağı vermek için, 58'de asılıyor. 21 Ağustos 1968'de ise bu kez Çekoslovakya, 250.000 kişilik Sovyet Ordusunun işgaline uğruyor. 1979'da da Afganistan işgal ediliyor. İşgal tam dokuz yıl sürüyor ve ilk defa Sovyetler bir ülkeden yerel güçlerin direnci ile atılıyor... Anadolu'nun dindar, milliyetçi ve muhafazakar çocukları, Sovyet işgallerinden büyük bir tedirginlik duyuyorlar. Eski Türk toprakları olan Türkistan coğrafyasının (Türkmenistan, Özbekistan, Kazakistan, Tacikistan, Azerbaycan ve Doğu Türkistan'ın) Ruslar tarafından yakın tarihte işgale uğraması ve buralarda gerçekleştirilen katliamlar da korku ve endişeyi tetikliyor. Bu sebeple, Sovyet işgallerini meşru gören ve sosyalizme giden yolun Rus tanklarının açtığı yoldan olacağına inanan "sol" a itiraz ediyoruz. Ben de orta ve lise yıllarımda sola itiraz eden bu gurup veya guruplara dahilim. Lakin, 70'lerden sonra, -o tarihlerde hiç kimsenin tahmin etmediği şekilde- gençlik arasındaki bu fikri ayrılık, fiilen icra edilen adi bir savaşa dönüşüyor... Her bir taraf fikir ve düşüncesini, diğer tarafı imha ederek payidar kılma yollarını deniyor... Artık, 69'larda yanı başımızdaki Gazi Eğitim Enstitüsü'nde bütün grupların katılımı ve özgür propaganda konuşmaları ile gerçekleştirilen öğrenci dernek seçimleri, akademik hayat için hayal oluyor ve fikrin on paralık değeri kalmıyor. Herkes, can derdine düşüyor... Gerek o tarihlerdeki inancıma ve gerekse bugünkü inancıma

göre, gelinen nokta, öğrenci hareketlerinin doğal bir sonucu asla değildir. İşin içine pek çok oyuncu giriyor... O günkü zayıf hükümetlerin zaafını da kullanan bu aktörler, Türkiye'nin ufkunu karartıyor, on binlerce gencin ölümüne yol açıyorlar.

10. Talebelik yıllarımda hiçbir zaman ölesiye ve körü körüne bir ideolojiye bağlanmadım. İnsanlıktan ve adamlıktan hiçbir zaman vazgeçmedim. “İnsan” olmayı bir tarafa koyarak, ideolojiler içinde yol aramadım. Sadece özgür düşünceye inandım. Kişiliğimin teşekkül ettiği Ankara bile beni değiştiremedi... Çocukluk ve gençlik yıllarımda müptela olduğum okumaların muhassalası olarak, her zaman ülkem, dünya ve insanlık için bütüncül/sistematik fikirlerim oldu; lakin, bunu hiçbir zaman baskı aracı olarak görmedim. Hep fikirlere itibar ettim. Sizin anlayacağınız, çocukluk ve gençlik yıllarımda da “doğru”yu her fikrin temsil edebileceği ihtimalini daima ciddiye aldım...

1972 senesinde, lise iki öğrencisi olduğum yıllarda bir gazetenin açtığı Türkiye liseler arası makale yarışması, benim fikri ve entelektüel istidadım bakımından dönüm noktası olmuştur. Bir lise talebesinin fikri ve entelektüel istidadından ne olacak demeyiniz... Bu yarışmanın açtığı ufuktan ilerleyerek ve bu yarışmanın verdiği motivasyondan beslenerek çocuk denecek yaşta günlük gazetelerde yayınlanan onlarca makale yazdım ve bir de dergi çıkardım!

Yarışmayı 1970’lerde daha çok muhafazakar kesimin okuduğu ve o tarihte ciddi bir tirajı olan Yeni Asya Gazetesi düzenledi. Konu ilginç, o günlerin mana ve ehemmiyetine son derece uygun: “Anarşi Nasıl Önlenir?”

Herkesin can derdine düştüğü o günlerde başka hangi konu seçilebilirdi ki?

Ben “Kurtuluşa Doğru” ismini taşıyan makalemle yarışmada Türkiye birincisi seçiliyorum. Jüri başkanı, milyonlarca baskısı yapılan “Minyeli Abdullah” isimli romanın yazarı İsmail Hekimoğlu (veya Hekimoğlu İsmail). Diğer jüri üyelerinin isimlerini hatırlayamıyorum. Ödül olarak 3.000 TL ve “Nacar” marka bir saat kazanıyorum. Ayrıca, muhtelif yayınevlerinin kitapları hediye ediliyor. Bu “birincilik” ile –şu an değilse bile- ileride ülkeyi kurtarabileceğime inanmaya başlıyorum! Yarışmadan kazandığım para, Fakülte’nin birinci sınıfının sonuna kadar beni götürüyor. Ayrıca, bu para ile Zonguldak, Sinop, Bartın ve Amasra’yı kapsayan bir Batı Karadeniz gezisi yapıyorum ve akabinde de köydeki tütün tarlamıza dönüyorum.







Prof. Şanlı'nın yarışmada birinci olduğu makalenin bir kopyası

11. Bütün ilk, orta ve lise yıllarımda, yazları köye döndüm ve ailemle birlikte tütün tarlasında, pamuk tarlasında, buğday veya arpa tarlasında bihakkın çalıştım. Annemin ve kız kardeşlerimin akıllı kurnazlığına ve benim de bihakkın çalıştım. 60'dan evvel, çiftçilik tam bir eziyetti. Marshall Yardımı ile gönderilen dışında traktör yoktu, yabancı otları öldürecek ilaç yoktu, yarı bağımsız akıp giden Gediz nehrinden su çekecek motor yoktu... En önemlisi, insanların ayaklarında ayakkabı yoktu. Velhasıl, hiçbir şey yoktu. Buna bağlı olarak tarım karını doyurmuyordu. İlk defa, DP tarafından 1954'de çıkarılan Yabancı Sermaye Teşvik Kanunu kapsamında İtalyan Fiat Ankara'da traktör üretimine girişti. 70'lere doğru bu traktörler Tarım Kredi Kooperatifleri marifetiyle köylere ulaştı. Çiftçi ilk defa saban ve pulluktan kurtuldu. Biz de 70'lerde bu "sarı traktör"(Fiat/Türk Traktör)) aldık. Ben, böylece yörenin ilk traktör şoförlerinden biri oldum.

12. Ankarada lise tahsili yapmanın avantajı olarak, pek çok üniversite talebesi arkadaşım var. Bazen onlarla birlikte öğrenci seçimlerinin yapıldığı kongrelere gidiyorum ve kürsüye çıkıp –sanki orada öğrenci imiş gibi- konuşmalar yapıyorum. Nasıl bir his ise, kendimi daha şimdiden üniversiteli görüyorum. Bu psikoloji ile günler geçerken, bir arkadaşım, İmam-Hatip Lisesi mezunlarının üniversiteye girme haklarının olmadığını söylüyor... O hafta katıldığımız Vehbi Sınmaz'ın evindeki milletvekillerinin de iştirak ettiği toplantıda ben bu meseleyi gündeme getiriyorum ve bu haberin doğru olup olmadığını öğrenmeye çalışıyorum. Gerçekten de; meslek okulları içinde sadece İmam-Hatip okullarının, -Erzurum'daki Atatürk Üniversitesi hariç- üniversitelere girme hakkı olmadığını öğreniyorum. Yani, Devletin bizzat kendi eli ile açtığı bu okullarda okuyanlar, yine aynı devletin açıp işlettiği üniversitelere alınmıyor. Bu yasağın nedenini ve niçinini de kimse bilmiyor...

Bu akla zarar engeli aşmak için bana tekrar yol göründü. Bu sefer, bir arkadaşım marifetiyle, Denizli Lisesine kaydımı alıyorum. Lakin, burada devletin şefkatli eline çarpıyoruz. Lise sonda bir yıl okumayı göze alarak gittiğim Denizli Lisesinde, sadece lise son sınıfta okutulan ana derslerden bütünleme döneminde(Eylül döneminde) kalan öğrencilerle birlikte sınava girebileceğimiz söyleniyor. Bu harika bir haber. Matematik(Cebir-Geometri), fizik, kimya, biyoloji, tarih ve edebiyattan bütünlemeye kalanlarla birlikte sınava gireceğiz. Sınav benim için kolay geçiyor ve Eylül sonu itibarıyla Denizli Lisesi mezunları arasına katılıyorum.

O tarihte Denizli dünya güzeli bir yerdi... Tek katlı evimizdeki rutubet sebebiyle, genel olarak, Delikli Çınar denen horoz heykelinin bulunduğu meydandaki çınarların gölgesinde derslerimize çalışırdık. Kaldığımız yer, asma çardaklı, iki odalı ve tek katlı bir evdi. Evin çevresi külliye kavun-karpuz ve sebze tarlaları ile dolu. Denizli'nin güneyindeki dağdan inen ırmaklar, küçük kanallar şeklinde bahçeleri sulayarak uzaklaşıyorlar. Yıllar sonra gittiğimde, kaldığımız evin kötü kötü inşa edilen 7-8 katlı apartmanların altında kaldığını, suların Denizli'ye küserek uzaklaştığını, güzelim bahçelerin yerinde yeller estiğini üzümlere gördüm. İster istemez, Dertli Divanı'nın "Serçeşme" isimli türküsünde geçen: "*Kurudu çaylar ırmaklar / serçeşmenin gözü kaldı*" dizelerini hatırladım. Daha da kötüsü, Denizli'de "serçeşmenin gözü" de kalmamış...

13. Yıl 1973. Üniversitenin kapısındaız. Üniversite seçme sınavı ÜSYM (Üniversite Seçme ve Yerleştirme Merkezi) tarafından 7 Temmuz 1973 günü

yapılacak. Normal ders kitaplarını yeniden gözden geçirmek suretiyle, Yıldırım Beyazıt Lisesi mezunu arkadaşım Abdülkerim Kahraman'ın Gülveren semtindeki bahçeli gecekondusunda sınava hazırlanıyoruz. Sınava İtfaiye meydanına bakan Samanpazarı'ndaki Gazi Lisesinin konferans salonunda giriyorum. Sınav çok iyi geçti. 72 sosyal sorusunun tamamını, 70 civarındaki fen sorusunun da % 90'ını doğru cevaplıyorum. Bırakınız muayyen yerleri kazanmayı, derece bekliyorum. Hasılı, hayallerim gerçekleşecek gibi gözüküyor... Birinci sırada Mülkiye, bu olmaz ise Hacettepe Üniversitesinin sosyoloji bölümüne gireceğim. Lakin kader başka bir senaryo ile karşımıza çıkıyor. Ertesi günü "Cumhuriyet Gazetesi", soruların çalındığını anons eden "Şükran Soner" imzalı bir başlıkla çıkıyor! Sınavdan birkaç gün sonra memleketime dönmek üzere Ankara'dan Salihli'ye otobüsle giderken, Afyon civarında otobüsün radyosundan sınavın Danıştay tarafından iptal edildiği haberini alıyorum. Oturduğum koltukta donduğumu, kuru yerim kalmayacak şekilde sıkıntıdan sırsıklam terlediğimi hatırlıyorum. Cumhuriyet Gazetesi, soruların çalınma işini ülkücülere fatura etti. Başka gazetelerde fail olarak İstanbul'un Çemberlitaş semtindeki bir dershanenin ismi geçti... Ama, sonuçta, bin bir emek ve ümitle hazırlandığımız sınav iptal edildi ve üniversitenin kapısından bir kez daha uzaklaştık.

Sınav, ÜSYM tarafından 15 Eylül 1973 günü tekrarlandı. Bu sefer iptal yok... Her iki bölümden de yine iyi puanlar alıyorum. O tarihte aldığınız puana göre kazandığınız yer belirtilmiyor. Size, sadece aldığınız puan bildiriliyor, siz de puanınıza göre bir yere kayıt yaptırıyorsunuz. Puanınıza göre bir yere geçici kayıt yaptırıp, istediğiniz başka bir fakültenin puan düşürmesini bekliyorsunuz. Bu mümkün olduğunda, istediğiniz ve puanınıza inmiş fakülteye kesin kaydınızı yaptırıyorsunuz. Karma karışık bir sistem. Elinizde küçük bir radyo, fakültelerin puanlarını takip etmek durumundasınız.

İlk geçici kaydımı, Dil Tarih Coğrafya Fakültesinin felsefe bölümüne yaptırıyorum. Kayıt esnasında, büyük koridordaki kuyrukta sıra bekleyen yüzlerce adayın gözü önünde tiyatro gibi bir olay cereyan ediyor. Türk yüksek tahsil sisteminin sosyolojisi bakımından anlamlı bulduğum için naklediyorum: Siirt veya Bitlis kökenli bir aday, Dil Tarihinin Hungaroloji bölümüne sabahtan kayıt yaptırıyor ve kayıttan memleketindeki babasını haberdar etmek için de büyük koridordaki PTT şubesine yıldırım telefon kaydı yaptırıyor. Biz üç sularında kuyrukta iken – bilmem kaç saat bekledikten sonra- bahse konu arkadaşın sırası geliyor ve yüksek

sesle memleketindeki babasına “*Hungaroloji*” bölümünü kazandığını ve buraya kayıt yaptırdığını anlatıyor. Babası da “hungaroloji” ile falan ilgilenmeyip, “ne olacağını” soruyor... Aday, “ne olacağımı ben de bilmiyorum” deyince, koridordaki yüzlerce adayın oluşturduğu dev kuyruk gülmekten çöküyor... Siirt veya Bitlisli arkadaşımız, aslında kuyruktakilere tercüman oluyor. Dil Tarih’te Sinoloji, Hindoloji, Hititoloji, Etnoloji, Antropoloji, Paleoantropoloji, Protohistorya, Hungaroloji, Sumeroloji vs. gibi pek çok bölüm var. Puanları da düşük, herkesin kayıt yaptırabileceği seviyede. Fakat, o tarihte kimse bu bölüm isimlerinin ne anlama geldiğini bilmiyor, ama puanı tuttuğu için kayıt yaptırıyor...

İki gün sonra, ikinci kaydımı Hacettepe Üniversitesinin sosyoloji bölümüne yaptırıyorum. Yaklaşık on gün sonra, Mülkiye’nin puanı, benim puanım seviyesine düşüyor ve Hacettepe’deki kaydımı alarak buraya kayıt yaptırıyorum. Bahsettiğim kayıt curcunası devam ederken üniversitelerin bir kısmı açılmış, dersler devam ediyor. Mülkiye’ye kaydolurken sol grupların oluşturduğu bir derneğe de üye oluyorsunuz. Aslında, kayıt işlemlerini tüm fakülteye fiilen hakim olan sol gruplar icra ediyor. Burada okuyamayacağıma kanaat getiriyorum. Mamafih, ileriki günlerde Mülkiyede ısrar eden birkaç arkadaşım, polis nezaretinde okula gitmeyi bir müddet denediler. Sonra biri öldürüldü, bir diğeri ağır yaralandı ve okulu terk etti...

14. Yine, valizimi topluyorum ve bu sefer İstanbul’a gidiyorum. İstanbul Hukuk’un kayıtları henüz kapanmamış. Son öğrenci grubu içinde kaydımı yaptırıyorum ve derslere başlıyorum.

Kadere bakın ki; sonuçta, rahmetli babamın dediği oluyor. O, Mülkiye’ye veya Hacettepe’nin sosyoloji bölümüne gitmemi hiç istemedi. Hep hukukçu olmamda ısrar etti. Sebebi, başındaki 15 yıldır süren bir tarla davası... Hukukçu olup, artık bıkkınlık veren bu davayı benim çözmemi istiyor. Arazilerimizin bulunduğu Borlu çevresine, Demirköprü Barajının istimlakleri dolayısıyla erken denecek dönemde tapulama geliyor. Dedemden babama geçen 100 dönüm civarındaki bir tarla, haklı ve doğru biçimde, tapulama sırasında babamın adına tespit ediliyor ve tespit tutanağı bu şekilde düzenlenip ilana çıkıyor. Lakin, Orman İdaresi tarla içindeki birkaç ağacı bahane ederek tapulama tespitine itiraz ediyor. Tapulama mahkemesi, itirazı, yanlılıkla yakın bir akrabaya tebliğ ediyor. Akraba, -arazide kendilerinin de hak sahibi olduğunu zan veya tahmin ederek- tapulama mahkemesindeki duruşmaya

katılıyor. İlk celsede Orman İdaresi itirazından vazgeçiyor ve davaya katılan akraba adına bir karar çıkıyor. Mahkeme kararına dayalı olarak da akraba adına tapu düzenleniyor. Eskiden sirklerde gördüğümüz “üstü kız altı balık” şeklindeki hayali yaratıklara benzer bir durum ortaya çıkıyor. Tapulama tespiti babam adına, tapu akraba adına... Babam, durumdan 11 sene sonra traktör alımı için vereceği bir ipotek dolayısıyla haberdar oluyor ve davayı tescil tarihinden 10 sene geçtikten sonra açıyor. Davalılar, Tapulama Kanunu'nun 31/2. Maddesindeki 10 yıllık hak düşümü süresinin geçtiğinden bahisle davanın reddini, biz ise konunun 10 yıllık süreye tabi olmadığını ileri sürerek kabulünü talep ediyoruz. Hukukçu olmamda ısrar eden ve sonunda muvaffak olan babamın davası işte bu... Şu an Sabancı Üniversitesi'nde Finans Profesörü olan Özgür Demirtaş'ın babası, Avukat Kenan Demirtaş davadaki babamın avukatı. Gerçekten de, 1976/77 öğretim yılı sonunda Hukuk Fakültesini bitirip, avukatlık stajımı tamamlayarak davanın Yargıtay safhasındaki kısmına rahmetli babamın vekili avukat olarak katılıyorum. 1981 yılında Yargıtay 1. Hukuk Dairesinin kesinleşen kararı ile de davayı kazanıyorum ve babamın ısrarında ne kadar haklı olduğumu ispatlıyorum.

15. Birinci sınıfın derslerine başlıyoruz. Tarık Zafer ve Selçuk Özçelik Anayasa Hukukuna, Orhan Münir Çağıl Hukuk Başlangıcına, Erdoğan Alkin ve Ali Özgüven İktisada, Selahattin Sulhi Tekinay Medeni Hukuka, Ziya Umur ve Türkan Rado Roma Hukukuna geliyor. Hepsi önemli hocalar... Tarık Zafer yakın tarihte Türkiye ve dünyada vuku bulan rejim değişiklikleri üzerinden son derece güncel anayasa hukuku anlatıyor. İttihat ve Terakkiyi iyi biliyor ve bu sebeple Türk anayasa hareketlerini ve demokrasi tarihini iyi anlatıyor. Bir numaralı koca amfi, ağzına kadar doluyor... Selçuk Özçelik ise, tam aksi... Esas Teşkilat Hukuku isimli kitabından okuyor ve Amfi boşalıyor... Orhan Münir'in Hukuk Başlangıcı dersi ise sadece 20 kişilik rafine bir öğrenci grubu ile gerçekleşiyor. Hoca, ünlü Alman filozofu Kant ekolüne mensup. Hukukun kaynaklarını ve mahiyetini de bu zaviyeden anlatıyor. Bin sayfaya yaklaşan kitabı, son derece ilmi ve ağır. Öğrencinin çok fevkinde... Bu sebeple kimse dersten bir şey anlamıyor. Yıl sonunda ben, sınıf geçecek kadar istekli arkadaşlara kurslar veriyorum. Genel olarak öğrenciler, Kürsü tarafından verilen on veya on beş sorunun cevabını kitaptan ezberleyerek sınıflarını geçiyorlar. Tekinay'ın dersleri ise öğrenci tarafından kutsal bir mesaj alınıyormuş ciddiyetinde dinleniyor. Koca amfide çıt çıkmıyor... Sonraki akademik hayatımda Hocanın kürsüdeki üslup ve tavrından çok etkilendiğimi söyleyebilirim. Ziya

Umur'un bir türlü öğrenciye ulaşmayan kısık sesiyle verdiği dersler de çok sınırlı öğrenci gurubu tarafından takip ediliyor. Bir gün, sabah 8.30 sularında, bir numaralı amfide Hocanın gelmesini bekliyoruz. Tam bu sırada müstahdem Ali Amca kürsüye çıkıyor ve hocanın vefat haberini veriyor, dağılabileceğimizi söylüyor. Çantalarımızı alıp, kapıdan çıkarken, Ziya Umur'la karşılaşıyoruz! Arkadaşlardan biri, Hocaya, "*hocam sizi öldü dediler, biz de evimize dönüyorduk*" deyince, Hoca: "Nah ölür. Geçin yerinize..." dedi ve derse bir hafta önce bıraktığı yerden devam etti. Sonradan öğrendiğimize göre, Ali Amcanın verdiği haber, Devletler Özel Hukuku kürsüsünün başkanı olan Profesör Hıfzı Timur'un ölümü ile ilgili imiş. Meğer o gün Hıfzı Timur ölmüş ve tarihi binanın holünde merasim hazırlıkları başlamış. Ali Amca, "Ziya Umur" ile "Hıfzı Timur" isimlerindeki ses benzerliğinden yanılgıya düşerek, Ziya Hocanın ölümünü ilan etmiş. Hoca, bir numaralı amfinin kapısında "Nah ölür. Geçin yerinize..." dediği tarihten yaklaşık 17 sene sonra, 1990'larda vefat etti. Mekanı cennet olsun.

İktisat dersimiz de son derece canlı ve verimli. Hocanın ikisi de komşu İktisat Fakültesinden geliyor. Ali Özgüven, yıllar sonra öğrendiğime göre, gözleri görmeyen ünlü fikir ve düşünce adamı Cemil Meriç'in bıkmadan-usanmadan senelerce okumalarını yapmış. Ahlak, fazilet ve sabır abidesi bir adam... Birinci dönemin ortalarında, çift gruptaki bir arkadaşımın, Prof. Dr. İdris Küçükömer'in bu grubun İktisat dersine geldiğini öğreniyorum. Yıl sonuna kadar Hocanın derslerine devam ediyorum. Hoca, Türkiye'nin ilginç beyinlerinden biri. Son derece mütevazı, ahlaklı ve teorik zenginliğe sahip... O günlerde arkadaşları ile geliştirdikleri Asya Tipi Üretim Tarzı teorisi ile Marksizmin doğu toplumları hakkındaki eksikliğini veya unutkanlığını gidermeye çalışıyorlar!!! Hocanın dersleri, irtifa olarak talebenin çok üstünde, kimse bir şey anlamıyor... "Batılılaşma ve Düzenin Yabancılaşması" isimli çok önemli eserin yazarı, çok sevdiğim bu kibar, asil adama bu vesile ile rahmet diliyorum.

16. O tarihte İstanbul, özellikle "Beyazıt" olarak adlandırılan üniversite çevresi, müthiş bir kültürel hareketliliğe sahip. Ankara ile alakası yok... Bir hafta Necip Fazıl'ın, diğer hafta Nurettin Topçu veya Cemil Meriç'in konferansı var. Bazen de aynı hafta sonunda hem Cahit Tanyol'un, hem Mehmet Kaplan'ın veya İbrahim Kafesoğlu'nun konferansları var. Sayısız tiyatro var ve sinemalar açık... Ülkenin tüm şair-şuarası ve edip-uleması burada mekan tutmuş. Beyazıt'taki tarihi üniversite giriş kapısının karşısındaki "Küllük" (Diğer adıyla Marmara Kahvesi), kısa ve

uzun vadede vatani kurtarmak isteyen her türden zevatin toplanma yeri. Vakit buldukça ben de uğruyorum. Özellikle Necip Fazıl'n geldiği günleri kaçırmıyorum. Ayakkabı boyacısından emekli generaline kadar tip tip adamlar... İçlerinde dahi de var, deli de var, zırdeli de var. Her birinin dinleyicisi(müşterisi) var. Bunlara aynı zamanda, kahvehanenin isminden mülhem, "Marmaratör" deniyor.... İstanbul Hukuk Fakültesinden de mezun olan Rahmetli tarihçi/yazar Mehmet Niyazi Özdemir, sonraki yıllarda, "Küllük" veya Marmara Kahvesinde toplanan zevata dair gözlemlerini, "Dahiler ve Deliler" isimli bir eserde kitaplaştırmıştır. Meraklısı için çok ilginç bir eser...

17. İkinci sınıf talebesi iken, 1975'lerin başında, birkaç arkadaşım ile birlikte "Büyük Türkiye'ye Hasret"(Kısaca Hasret) dergisini çıkarıyorum. Derginin yazı işleri müdürüyüm ve başyazıları yazıyorum. Dergi, önce aylık, sonra on beş günlüğe dönüşüyor. Kısa zamanda 100.000 tirajına ulaşıyor. 1977 sonlarında Ecevit Hükümetinin açtığı bir dava üzerine yazı işleri müdürlüğünden ayrılıyorum ve yazılarıma son veriyorum. Dergiyi bir müddet daha rahmetli Muhsin Yazıcıoğlu'nun devam ettirdiğini hatırlıyorum.



Prof. Şanlı'nın talebelik yıllarında çıkardığı Hasret gazetesinin muhtelif tarihlere ilişkin nüshaları

O tarihte gerek Hasret Gazetesinde ve gerekse sair günlük gazetelerde yazdığım yazılara dönüp baktığımda, önemli bir kısmının –bugün itibarıyla- değerini yitirmiş olduğunu görüyorum. Kuşkusuz, bu yazılar o tarihte cari olan soğuk savaş ölçülerine göre yazıldı ve bu gün muhatabı kalmadı. Hasret Gazetesini çıkardığımız günlerden kalma ilginç bir hatıramı burada nakletmek isterim: Hatırımda kaldığına göre, 1976 Mart'ında Kırım mücadelesinin efsanevi lideri Mustafa Cemiloğlu'nun Sibirya'nın Omsk hapisanesinde Rus İstihbaratı tarafından öldürüldüğü haberini alıyoruz. Bunun üzerine Hasret Gazetesinin ilk çıkacak 12. Sayısının baş sayfasını “*Yıkılsın Kremlin*” başlığı ile Cemiloğlu'nun kahramanlara özgü bir resmine tahsis ediyoruz. Ben de ayrıca, aynı sayıda, “*Cemiloğlu Niçin Öldürüldü*” başlığı altında bu kahramanın ardından bir “ağıt yazısı” yazıyorum. Bununla da yetinmeyip, Cemiloğlu'nun ruhu için Hacı Bayram Camiinde mevlit okutuyoruz... Fakat, birkaç ay sonra öğreniyoruz ki; Cemiloğlu ölmemiştir! Haber, Rusya'nın Dnepropetrovsk şehrindeki psikiyatri hapisanesinden çıktıktan sonra Fransa'ya iltica eden ünlü Rus Matematikçi Jeonit Pliyuşç'ın Paris'te düzenlediği basın toplantısındaki açıklamasının yanlış anlaşılmasına dayanıyor. Pliyuşç, basın toplantısında; Rus hapisanelerindeki rejim muhaliflerinden bahsediyor ve Omsk hapisanesinde tutulan ve sürekli işkencelere maruz bırakılan Kırım Türklerinin liderlerinden Cemiloğlu'ndan da bahsediyor ve -muhtemelen Cemiloğlu'nun ölmüş olabileceğini- zikrediyor. Rus matematikçinin açıklamasındaki bu “muhtemelen ölmüş olabilir” lafı, “Cemiloğlu öldürüldü” olarak aktarılıyor ve bu haber bize de bu şekilde ulaşıyor.

Sovyetlerin çökmesinden sonra, 2003'lerde –Cemiloğlu'na tahsis edilen özel nüshayı da yanıma alarak- Kırım'a gidiyorum ve Cemiloğlu'nu Kırım'ın eski başkenti Bahçesaray'daki evinde ziyaret ediyorum. Hoş-beşten sonra, yanımda bir nüshasını götürdüğüm Hasret Dergisinin Cemiloğlu'na tahsis edilen nüshasını çıkarıyorum ve bu özel Hasret sayısından haberdar olup olmadığını soruyorum. Son derece duygulanmış olarak haberdar olduğunu, hatta Cemiloğlu'nun ardından yazdığım ağıt yazısını içeren Hasret sayısının şehir merkezindeki Gaspıralı İsmail'in müzeye dönüştürülen evinde sergilendiğini söylüyor... Ben çok şaşırıyorum. O akşamın anısına, Cemiloğlu'nun ricası üzerine 28 sene evvel kaleme aldığım ağıt yazısını huzurda yüksek sesle okuyorum. Mustafa Cemiloğlu çok duygulanıyor... O küçücük cüsseli, yüreği dağlar kadar büyük olan Cemiloğlu, bana sarılıp ağlamaya başlıyor. Benim de gözyaşlarımı bırakmama sebep oluyor. Ayrılmak üzereyken, Cemiloğlu, “Cemiloğlu'na Ağıt Yazısı”nın fotokopi nüshasının arkasına bir not



düşüyor ve bana veriyor. Not şöyle: “Gazete’nin aslını “özel müzemde” muhafaza etmek üzere Hasret Gazetesinin yazarı ve yayın müdürü Prof. Dr. Cemal Şanlıdan teslim aldım. Hapishanede iken beni düşünen ve savunan kardeşlerime teşekkür ediyorum. (İmza). 20.06.2003 Bahçesaray/ Saat: 23.00”.



Gazetenin aslını "özel müzemde,  
muhafaza etmek üzere Hasret gazetesinin  
yazarı ve yayın müdürü Prof. Dr. Cemal Şanlıdan  
teslim aldım.  
Hapishanede iken beni düşünen ve savunan  
tüm kardeşlerime teşekkür ediyorum.  
20.06.2003  
Bahçesaray saat 23:00

*Prof. Şanlı'nın Kırım mücahidi Mustafa Cemiloğlu hakkında yazdığı ağıt ve Mustafa Cemiloğlu'nun 20.06.2003 tarihli görüşmeye dair notu*

O akşam, Cemiloğlu'na veda ediyoruz. Ertesi gün Ruslar tarafından gasp edilen ve fakat yıllar sonra Rus malikten satın alınarak Kırım Mücadelesi Tarihi müzesine dönüştürülen Gaspıralı İsmail'in evini de ziyaret ediyor, Hasret Dergisinin Cemiloğlu'na ağıt yazısını içeren 12. sayısını burada gözümle görüyorum. Bahçesaray'daki Kırım Hanları(Girayları)nın türbelerini ziyaret ediyor ve -hain olmayanlara- fatihalar gönderiyoruz. Buradan ikinci vakti Yalta'ya ve Sivastopol'a gitmek üzere ayrılıyor. İlginç değil mi? Gerçek olmayan bir yanığı üzerine bina edilen haber dahi muazzam bir duygu dünyası oluşturuyor. Çünkü, ben, Kırım'ı bir "vatan" olarak görüyorum ve bahse konu ağıtı kaleme alıyorum. Yazının dayandığı vakıaların doğru olup olmadığı bile teferruat kalıyor. Aynı tarihlerde, solcu arkadaşlarımız Salvador Allenda'nın Şili'si ve Ho Chi Minh'in Vietnam'ı ile meşguller. Varsa yoksa "enternasyonal", Marksist ideolojiye bağlılık. Biz ise sıkıca vatan mefkuresine bağlanıyoruz. İtirazlarımızın merkezinde de hep bu kavram yatıyor...

Kırımdan ayrılmadan Yalta yakınlarındaki yazlığında, Ukrayna Cumhurbaşkanının Kırım Özerk Yönetiminden sorumlu Cumhurbaşkanı Yardımcısını ziyaret ediyoruz. Vişne ağaçlarının arasında geniş bir bahçeye kurulmuş yazlık ev, Karadeniz'e bakıyor. Buradan, havanın net olduğu günlerde Giresun'un ışıklarının gözüktüğü söyleniyor. Hazret, kendi özel müzik aletleri ile bize minik bir konser veriyor ve sonra da eşinin kendi elleri ile bahçede hazırladığı farklı lezzetteki vişne reçellerinden hediyeler sunarak bizi uğurluyor. Cumhurbaşkanı Yardımcısı ve eşi ile sohbetten sonra, Kırım'ın eski günlerine döneceğine dair ümitlerim yeşeriyor. Yıllar sonra, tekrar buranın Ruslar tarafından işgal edileceğini o tarihte nasıl tahmin edebildim?

18. Zaman çok çabuk geçiyor. Anarşinin gölgesinde, dört yıl bitiyor ve 1976/77 öğretim yılının Haziran ayında mezun oluyorum. Hayat yeniden başlıyor. Yıl sonuna doğru hakim ve savcılık sınavı ile kaymakamlık(Maiyet Memurluğu) sınavları var. Fakat, koalisyon hükümetlerini oluşturan partiler arasındaki anlaşmazlıklar sebebiyle sürekli erteleniyor. Derken, 77'nin Kasım ayında mezun olduğumuz İstanbul Hukuk Fakültesinin asistan alım ilanı çıkıyor. İlane göre Fakültenin Medeni Hukuk, İş Hukuku, Roma Hukuku, İcra-İflas ve Medeni Usul Hukuku ile Devletler Özel Hukuku kürsüleri birer asistan alacaklar. Ben de Devletler Özel Hukuku için müracaat ediyorum. 12 aday var. Yabancı dil sınavını 4 kişi geçiyor. Bilim sınavına giriyoruz. En güçlü rakibim, yine İstanbul Hukukun çift numaralı gurubundan mezun olan: Arif Kocaman isminde bir arkadaşımız. Fazla çalışmaktan yorgun düşmüş intibai veren, yüzünde tikler oluşmuş iddialı bir aday. Sorular şöyle: "Yabancı unsurlu bir davada uygulanacak yabancı hukukun, "hukuki niteliği nedir?"/ "Yabancı unsurlu nafaka davalarında Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi nasıl belirlenir ve bu davalarda uygulanacak hukuk hangi devletin kanunlarıdır?"/ "Vatandaşlık Hukukumuzda birden çok vatandaşlık nasıl ortaya çıkar ve çok vatandaşlık hallerinde hangisi esas alınır?" Ben, sınav sonunda 100 üzerinden 98 alıyorum. En yakın rakibim Arif Kocaman ise 34 alıyor. Böylece, ben Devletler Özel Hukuku sınavını kazanmış oluyorum. Diğer kürsülerin açtığı sınavlarda da Osman Fikret Tümen(Roma Hukuku), Osman Akın(İş Hukuku), Mücahit Tamver(İcra-İflas ve Medeni Usul) ve Levent Bıçakçı(Medeni Hukuk)sınavları kazandılar, birlikte Fakülte'nin yeni asistanları olduk. Kadere bakınız ki; sınavda en yakın rakibim olup da elenen Arif Kocaman da birkaç hafta sonra benim çok arzu edip de okuyamadığım Mülkiyede Borçlar Hukuku asistanı oluyor. İleriki yıllarda da profesör..

Asistan olduğum 1977 sonlarında Kürsü hocalarımız şunlar: Prof. Dr. Vedat Raşit Seviğ, Prof. Dr. Nihal Uluocak, Prof. Dr. Yılmaz Altuğ, Prof. Dr. Ergin Nomer, Doç. Dr. Aysel Çelikel, Doç. Dr. Gülören Tekinalp, Doç. Dr. Ata Sakmar ve Dr. Yücel Sayman. Oldukça kalabalık bir kürsü... Ben ise Kürsünün tek asistanıyım. Nihal Hanım'la bir gün derse gittiğimizde, beni talebelere "başasistanımız" diye tanıttı. Ana bina dışındaki amfiden Kürsüye dönerken, "hocam, benden başka asistanın olmadığı Kürsüde beni nasıl başasistan yaptınız, doğrusu merak ediyorum..." diyerek, Hocaya takıldım. Hoca, ciddi bir cevap vermedi...



*Prof. Şanlı'nın asistan olduğu 1977 senesinde Devletler Özel Hukuku Kürsüsü. Ayaktakiler soldan sağa:*

*Prof. Dr. Cemal Şanlı, Prof. Dr. Ergin Nomer, Prof. Dr. Yılmaz Altuğ, Prof. Dr. Vedat Raşit Seviğ.*

*Oturanlar soldan sağa: Prof. Dr. Gülören Tekinalp, Prof. Dr. Nihal Uluocak, Prof. Dr. Aysel Çelikel*

19. 1978'de Hacettepe Üniversitesi İşletme Bölümünde okuyan ve çıkardığım Hasret Dergisinin de yazar kadrosunda bulunan eşim Halime Önen(Şanlı) ile evleniyorum. Nikahımız, Ankara'nın ortasındaki Gençlik Parkı içinde yer alan Belediye Nikah Salonunda kıyılıyor. Evliliğimizden: Arzu, Şeyma, Ayşe Nur ve Necip Fazıl dünyaya geliyor. Arzu, tıbbiyeyi bitirip nöroloji ihtisası yapıyor ve şu an Beykoz Devlet Hastanesinde nöroloji doktoru olarak çalışıyor. Diğer kızlarım Şeyma ve Ayşe Nur ile oğlum Necip Fazıl hukuk tahsili yapıyorlar. Onlar da şu

an ofisimde avukat olarak çalışıyorlar. Kızlarım üzerinden, beş torun sahibiyim. Diğer bir ifade ile: Berra, Ahmet Selim, Zeynep, Ömer Asaf ve Hanne'nin dedesi oluyorum...



*Prof. Dr. Cemal Şanlı ve Ailesi*

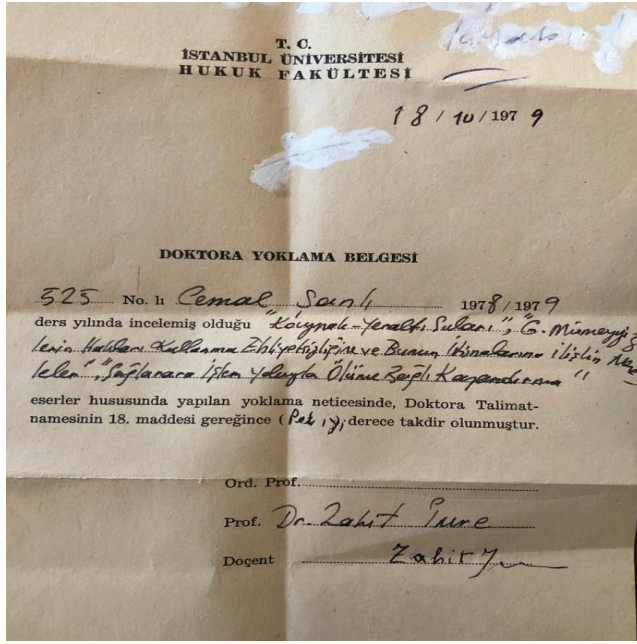
20. Asistan olarak atanmamızın üstünden bir ay dahi geçmeden, Fakülte'de hakkımda ciddi bir tezvirat başladı. Fakülte'dekiler, orasını kendi mülkleri gibi görüyor. Mülklerine bir yabancı girmiş saikiyle, bu sınırı ihlal edenin kimliğini araştırıyorlar. Mesela, aynı gün, aynı sınav sonucuna bağlı olarak Fakülte'ye intisap eden diğer arkadaşlarım, benim kadar yabancılık hissetmediler. Çünkü, Osman'ın babası Fakültenin dekanı, Mücahit'in babası İstanbul ağır ceza reislerinden birisi, Levent'in babası İstanbul'un ünlü avukatlarından birisi. Ya ben? Ben ise bir yabancı... Roma'nın site devletindeki kurallardan daha katı normlarla tanımlanmış bir yabancı. Yabancılığımız, belli siyasi figürler üzerinden tahkim ediliyor. Bu sebeple, bir kısmına göre Türkeş'in sağ kolu, bir kısmına göre sol kolu; bir kısmına göre faşist, bir kısmına göre şeriatçiyim. En önemlisi, eli sopalı bir militanım... Bu tezvirat, kürsüdeki hocalarımızı da kuşattı. Ben, topluca buluştukları müdür odasına girdiğimde, aralarındaki sohbeti sonlandırıyorlar. Ben de durumu anlayıp, dışarı çıkıyorum. İlk defa Yücel Sayman, kürsüdekilerin bu tavrına itiraz

ediyor ve bir asistanın ancak akademik performansına bakılabileceğini, kimsenin politik görüşlerine karışamayacaklarını söylüyor... Sayman'ın bu itirazı şaşkınlık yaratıyor. Çünkü, ben ve Sayman üzerinden okunan gençler, kapının hemen dışında birbirini öldürüyorlar. Yücel Sayman ise, benim gibi farklı düşüncedeki bir asistanın Kürsüdeki mevcudiyetini müdafaa ediyor... Sayman'ın o günkü şartlar içerisinde son derece yürek isteyen tavrı etkili oluyor ve sonraki günlerde “akredite” oluyorum! Zamanla, müdür odasındaki klasik simit sohbetlerinin katılımcılarından biri haline geliyorum.

Beynimizin yarısını anarşinin alıp götürdüğü bu günlerde, kürsü faaliyetlerini de sürdürüyorum. Kürsünün tek asistanıyım. Pratik çalışmalar yapmak, sınav kağıtlarını okumak, hocaların kitap tashihlerini yapmak ve Milletlerarası Özel Hukuk(MÖHUK) Sempozyumu çalışmalarının bant sökümünü yapıp daktiloya dökmek, “üç kitap” ve doktora yeterlilik sınavlarına hazırlanmak durumundayım... Her iş üstümdedir. “Doktor” olan Yücel Sayman tek numaralara, ben çift numaralara pratik çalışma yapıyoruz. O tarihte Türkiye sosyal ve ekonomik olarak içine kapanık bir ülke. Türkiye, devletler özel hukuku vakıaları üretmiyor. Velhasıl, pratik çalışmalarda malzeme olarak kullanabileceğimiz bugünkü gibi dava örnekleri(*case*'ler) yok. Gerek pratik çalışma metinleri, gerekse sınav soruları hayal planında üretiliyor. Daha da önemlisi, ortada mufassal bir yasa yok. Mevzuat olarak, sadece: “Memalik-i Osmaniye’de Mukim Ecanibin Hakkı Vezaifine Dair 1330 Tarihli Kanun-u Muvakkat” var. Bütün Türk Devletler Özel Hukuku sistemi Muvakkat Kanun’unun bir maddesinde gizli. Pratik çalışmalarda bir kaşif gibi bu tek maddenin sırlarını çözmeye çalışıyoruz. Bulana, çözene ve anlayana aşkolsun... 79/80 yıllarında Yücel Sayman, Fransa’daki doktora eğitimi sırasında elde ettiği bilgi ve tecrübeye istinaden yaklaşık 10 sayfa genişliğinde Devletler Özel Hukuku metodolojisini –birkaç örnek üzerinden- ortaya koyan bir pratik çalışma metni hazırlıyor. Bunu teksir makinasında çoğaltıyoruz. Sayman, bu metinde, devletler özel hukuku kurallarının mantıksal işleyişini ve bu işleyiş içinde vasıf, atıf, kamu düzeni, kanuna karşı hile ve yabancı hukukun tatbiki gibi genel-teorik sorunların nasıl ortaya çıktığını anlatıyor. Teksiri hem tek, hem çift numaralı öğrencilere dağıtıyoruz. Ben de ilk defa Yücel Bey’in bu teksirinden, bin bir güçlkle asistan olduğumuz devletler özel hukuku disiplini gerçeğe manada öğreniyorum.

21. 12 Eylül darbesinin ürünü olarak gelen YÖK’ten önceki akademik düzen, uzun zamana dayanan çok önemli bir akademik tecrübenin mahsulü idi. YÖK’le

bunların tamamı ortadan kaldırıldı. Sosyal Bilimler Enstitüleri kurularak, hocalar ve onların oluşturduğu kurullar akademik dünyanın doğrudan aktörleri olmaktan çıktılar. Mesela, aday doktora tezini tamamladığında, jüri tüm öğretim üyelerinin katıldığı akademik kurulda belirleniyor, en uygun ve istekli hocalar seçilerek azami objektivite ve tezin en sağlıklı değerlendirilmesi hasıl oluyordu. Sonraki yıllarda şahit olduğuma göre, bir aday doktora tezini kendine göre tamamlayıp Enstitü'ye sunduğunda, orada -hukukçu da olmayan- görevli sizi arıyor ve “hocam falanın tezi geldi, jüriye kimi yazalım?” diye soruyor. Bu, bilimsel değerlendirme sisteminin ne ölçüde yozlaştığını göstermiyor mu? YÖK düzeninin yok ettiklerinden biri de İstanbul Hukuk Fakültesine özgü doktora öncesi ölçme ve değerlendirme vasıtalarından biri olan “Üç Kitap İmtihanı” oldu. Bu, genç asistanların yetişmeleri ve ilmi yeterliliklerini kazanmaları bakımından ilginç bir yöntemdi. Dört farklı hocadan, -genellikle hocanın belirlediği- üçer kitaptan belirli bir süre hazırlandıktan sonra sınava giriyor, sertifika alıyordunuz. Genellikle hocalar, son zamanlarda çıkmış doktora veya doçentlik tezlerini üç kitaba dahil ediyor, bunlardan imtihana alıyorlardı. Ben de doktora öncesi iş hukuku hocası Halit Kemal Elbir, hukuk felsefesi hocası Vecdi Aral ve Devletler özel hukuku hocası Nihal Uluocak'tan üç kitap imtihanına girdim. Medeni Hukuktan ise rahmetli Profesör Zahit İmre'den... Şu an muhafaza ettiğim kayıtlara göre, Hoca, bana üç kitaptan biri olarak o günler yeni çıkan Prof. Dr. Rona Serozan'ın “Sağlararası İşlem Yoluyla Ölümüne Bağlı Kazandırma”(1979-İstanbul) isimli doçentlik tezini veriyor. Günlerce okuyorum, fakat anlamakta zorlanıyorum. Yarım yamalak bilgi ile sınava giriyorum. Hocaya, açıkça: Serozan'ın kitabını anlamakta güçlük çektiğimi söylüyorum. Hoca yüzüme bakarak: “Cemal merak etme ben de çok anlamış değilim...” dedi. Sınav bitti ve Hocaya imza için sadece “not” kısmı boş, sair kısımları doldurulmuş olan “Doktora Yoklama Belgesi” ismini taşıyan formu uzattım. Hoca tam imzalayacakken, “Cemal efendi, beni çok mu lüzumsuz bir adam olarak görüyorsun?” diyerek formu iade etti. Ben, bin-bir özür diliyorum. Fakat, meselenin ne olduğunu anlamış değilim. Hoca, “sertifikanın altına bakar mısın? Adımı “Zahit” değil, (okunduğu gibi)“Zait” yazmışsın, bu ne anlama geliyor?” dedi. Özrümü onlarca kez tekrarladım. Sonra “lüzumsuz, fazladan” anlamına gelen “zait” i, “takva sahibi” anlamına gelen “Zahit” olarak düzelttim ve böylece rahmetli Hocanın imzasını alabildim.

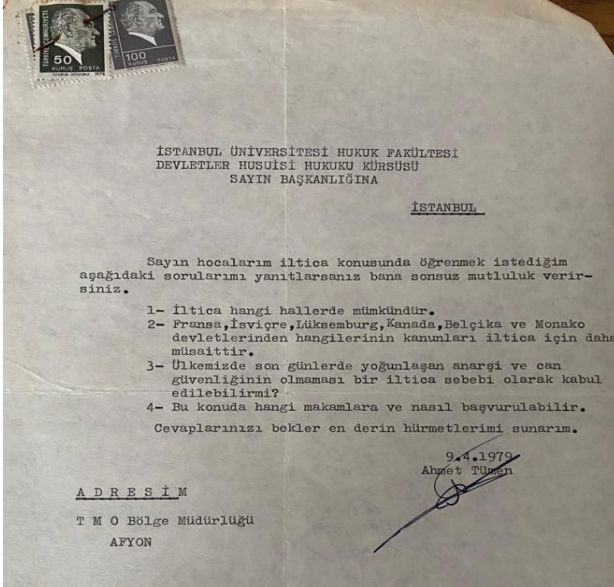


Üç Kitap Sınavı neticesinde Prof. Dr. Zahit İmre'nin imzaladığı belge

Bu vesile ile Medeni Hukuk bölümünün bu iki önemli şahsiyeti, İmre ve Serozan'dan çok kısa bahsetmek isterim: Prof. İmre, Türkçenin ustasıydı. Kitapları hem dil ve hem de derinlik olarak muhteşemdi. İstanbul Hukuk öğrencilerinin hemen hemen tamamı, farklı hocalardan miras hukuku almakla beraber, Onun Miras Hukuku kitabını takip ederdi. Ben de Tekinay'ın kürsüsünde olmakla beraber, miras hukukunu Hocanın "Türk Miras Hukuku" isimli kitabının üçüncü basısından okumuştum. Fakat, Zahit Hocanın esas önemli eseri, "Medeni Hukuka Giriş" kitabıdır. Türk Hukukunda, Medeni Kanununun 2. Maddesinde yer alan "İyi Niyet" kuralının mahiyetini ve bu kuralın hukuk sistemi içindeki etkisini daha iyi anlatan bir esere rastlamadım. Hoca, 1986'da emekli oldu. Hoca, maalesef kardeşi Nahit İmre üzerinden büyük bir üzüntü yaşadı. Hocanın kardeşi Nahit İmre, NATO'da üst düzey memurken, gizli belgeleri Demirperde ülkelerinden birine (Sovyet Blokuna dahil bir ülkeye) sızdırırken yakalandı ve casusluktan yargılanıp, idama mahkum oldu! Hoca, kardeşinin sebep olduğu bu travma ile kimsesiz, bakımsız ve yapayalnız olarak 1989'da evinde ölü bulundu. Cenaze işlemleri ile eski asistanı Prof. Dr. Hasan Erman ilgilenildi... Allah rahmetini esirgemesin. Bizzat talebesi olduğum Serozan da Türk Hukukunun çok önemli bir ismi idi. Teorik kafası müthişti. Lakin,

Hocanın eserlerinde kullandığı dil, Onun okunması ve anlaşılmasının önünde engeldi. Emekliliğinden sonraki bir görüşmemizde, “Sağlararası İşlem Yoluyla Ölüme Bağlı Kazandırma” isimli kitabından üç kitap imtihanına girdiğimi, yarı şaka Zahit Hocanın bile –kullanılan dil sebebiyle- kitabı anlamakta güçlük çektiğini bizzat kendisine belirttim. Hoca, izlediği dil politikasında haklı olduğunu söyledi. Anladığıma göre, Serozan, dil meselesini “dünya görüşü”nün bir parçası olarak görmekte idi... Ne diyelim: Ruhu şad olsun.

22. 1978/1979 yıllarında, doktora öncesi seminerleri, üç kitap imtihanlarını ve yeterlilik sınavını tamamlıyoruz. Bir taraftan da anarşi ülkeyi külliyen kuşatıyor. Günde 50'ye yakın insan öldürülüyor ve hemen hemen hepsinde failer meçhul. Daha da kötüsü, seçilmiş muayyen bölge ve şehirlerde, ırk ve mezhep farkı üzerinden katliamlar yapılıyor. Anadolu'nun pek çok yerinden, yurt dışına iltica ederek kaçmak isteyen gençlerin, -Avrupa ülkelerindeki mülteci mevzuatı hakkında bilgi edinmek isteyen- mektuplarını alıyoruz. Mesela, arşivimde sakladığım Afyon'dan Ahmet Tümen ismiyle gönderilen 9.7.1979 tarihli mektupta Fransa, İsviçre, Lüksemburg, Kanada, Belçika ve Monako'nun iltica mevzuatı hakkında bilgi isteniyor, özellikle bu ülke yasalarına göre Türkiye'deki anarşinin bir iltica sebebi sayılıp sayılmadığı soruluyor.



*12 Eylül'e tekaddüm eden kanlı günlerde Afyon'dan bir vatandaşımızın gönderdiği ve Avrupa ülkelerinin iltica mevzuatlarını soran yazısı*



Bu mektuplar ve içindeki sorular, yüreklerimizi dağılıyor. Nefes alamıyoruz... Nihayet 1980'in 12 Eylül'ünde askeri darbe gerçekleşiyor. Silahlar bir anda susuyor. Kimse, -ülkenin tamamında sıkıyönetim olmasına rağmen- anarşinin bir gecede nasıl sonlandığını anlayamıyor. Bu sebeple, darbe yönetimi, hep, askerlerin yönetime el koymak için bilerek anarşiyi tırmandırdıkları, binlerce insanın kanına girdikleri iddiasının gölgesinde kalıyor.

Darbeye ilişkin ilk izlenimim Beyazıt meydanındaki kuş yemi satıcıları üzerinden oldu. Darbeden birkaç gün sonra, mutat olduğu üzere, Üniversiteye geldim. Beyazıt meydanından geçerken, orada yıllardır dağınık şekilde kuş yemi satan kadınlı-erkekli satıcılara mavi önlükler giydirildiğini ve aynı hizaya dizilerek satışlarına izin verildiğini gördüm. Hatırladığım kadarıyla erkeklere kravat da takılmıştı... Zavallı satıcıların satışları ve önlüklerinin altındaki elbiseleri aynıydı, fakat hepsine tek tip elbise giydirilerek sıraya sokulmuşlar, disipline edilmişlerdi. Üniversitenin giriş kapısına doğru yürürken, kendimi yemcilerin yerine koyarak, -bir an için- Üniversitenin de aynı muameleye tabi tutulabileceğini düşündüm ve irkildim. Mamafih, çok kısa bir zaman sonra bizlere ve müstahdemlere kravat mecburiyeti getirildi. Yıllardır kullanmadığım pek çok kravatımı, kravat takmak mecburiyetinde kalan müstahdemlere dağıttım. Hocalar ve asistanlar için, sabah 8.30'da fakülteye girerken ve 5.30'da çıkarken imzalanmak üzere yoklama defteri kondu.

12 Eylül'den sonra asistanların en güç işlerinden biri de sınav görevleri idi. Çünkü imza karşılığında asistanlara tebliğ edilen emirnamelere göre sakalı olan veya tıraşı uzamış olanların sınavlara alınmaması, haklarında Disiplin Yönetmeliğine göre işlem yapılması isteniyordu. Tıraşın uzamış olup olmadığını neye göre ve nasıl belirleyecektik? Bu itibarla, söz konusu işlemi amfide fiilen gerçekleştirmek, hepimiz için çok zordu. Mesela; Dekanlığın imza karşılığı hepimize tebliğ ettiği 660 sayılı ve 4 Nisan 1985 tarihini taşıyan yazısına göre, "Erkan Mumcu, Ömer Bozoğlu, Ali İhsan Karahanoğlu ve Abdülvahip Bayrakçı" sakallı veya tıraşı uzamış olarak üniversiteye girmişler ve haklarında tespit yapılmıştır. Bunların sınava alınmaması hususunda dikkatli olunması özel olarak emredilmektedir. Erkan Mumcu'nun sonraki yıllarda Milli Eğitim ve Turizm Bakanlığı yaptığını söylemeye gerek var mıdır bilmiyorum.

T.C.  
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ  
HUKUK FAKÜLTESİ  
DEKANLIĞI

Sayı :660 İstanbul, 4 Nisan 1985

Sayın Araş.Gör.Cemal ŞANLI

İ L G İ : 31.12.1984 tarih ve 4085 sayılı yazımıza ek.

Yukarıda tarih ve numarası gösterilen yazımızın 6 ncı maddesinde;  
" Öte yandan, sakal bırakan öğrencilerin sınavlara alınmayacağına, girmekte  
ısrar edenler hakkında Disiplin Soruşturması açılacağına ve kimliklerinin te  
bitini müteakip sınav salonundan çıkartılmaları zorunludur " ikazına rağmen  
4. ara ( Vize ) sınavlarına sakallı giren aşağıda adları yazılı öğrenciler  
tarafından tespit edilerek " Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetim  
ği ' nin 21. maddesi uyarınca 1 Nisan 1985 tarihinden itibaren, BİR HAFTA sü  
ile Yükseköğretim Kurumumuzdan uzaklaştırılmaları cezası ile cezalandırılmal  
rı ilk tedbir olarak; Dekanlığımızca karar altına alınmış olup, adigeçen ögr  
ciler hakkında Disiplin Soruşturması açılmıştır.

Ayrıca önümüzdeki 1985 Mayıs ayında yapılacak yıl sonu sınavları i  
Eylül ayı içinde yapılması karar altına alınmış bulunan Bütünleme sınavların  
sakallı ve traşı uzamış öğrencilerin sınavlara alınmayacaklarına önemle duyur  
rum.

7335 Erkan MUMCU  
8279 Öner BOZOĞLU  
9001 Ali İhsan KARAHANÖZLÜ  
7869 Abdülvahip BAYRAKÇI

Orhan Aldıkaçtı  
Prof.Dr.Orhan ALDIKAÇTI  
Dekan

DAĞITIM :  
Fakültemiz Tüm Öğretim Üye ve  
Yardımcıları ile Araştırma  
Görevlilerine.

12 Eylül'den sonraki dönemde, Dekanlığım sınav görevlisi asistanlara gönderdiği, sakallı ya da traşı gelmiş öğrencilerin sınava alınmaması ve haklarında işlem yapılması talimatını içeren 04.04.1985 tarihli yazısı

Yine de, anarşinin bitmesi adına, bunlara çoktan razı idik. Keşke, darbe Hasan Mutlucan'ın türküleri, kravat ve devam mecburiyeti ve Beyazıt meydanındaki kuşçuların tek tip elbise giydirilerek hizaya sokulması ile sınırlı kalsaydı... Böyle olmadı. On binlerce insan rastgele yargılandı. Hapse atıldı, işkence gördü, idam edildi. Pek çok insan, işinden, gençliğinden ve hayatından oldu. 1983 senesinde 1402 Sayılı Sıkıyönetim Kanununda bir değişiklik yapıldı ve değişiklikle komutanların bölgelerindeki kamu görevlilerini –herhangi bir gerekçe göstermeden ve sadece

görülen lüzum üzerine- görevden alabilmeleri imkanı getirildi. Buna istinaden, Türkiye Üniversitelerinden: Bülent Tanör, Murat Sarıca, Sencer Divitçioğlu, İdris Küçükömer, Aydın Aybay, Rona Aybay, Rona Serozan, Server Tanilli, Hüseyin Hatemi, Servet Armağan, Bahri Savcı, Baskın Oran, Emre Kongar ve İlber Ortaylı gibi önemli isimler atıldı. Resmi olmayan atılma gerekçesi, YÖK'e ve sıkıyönetime karşı çıkmaktı. Atılanlar arasında Kürsümüzden Yücel Sayman da vardı. Atılanlar, "1402'likler" olarak anıldı. Aslında, atılanlar tüm kamu görevlilerini kapsıyordu ve aralarında ilkokul öğretmenleri bile vardı. Fakat, 1402'likler tabiri, zamanla, sadece üniversiteden atılanları ifade etmek üzere kullanıldı. 1402'liklere ilgili sıkıyönetim komutanından bir "sarı zarf" geliyor ve o zarfla hocanın bilmem kaç yıl emek verdiği üniversite ile alakası kesiliyordu.

23. Her gün Beyazıt'taki giriş kapısından geçerken dedemin yıllar evvel öğrettiği Kur'andan okuduğum surelerin esrarlı himayesi ile veya Memleketteki anamın ya da evdeki hanımın ve kundaktaki çocuklarımın duası ile anarşi belasından, -manen yıpranmakla birlikte- fiilen zarar görmeden çıkıyorum. 12 Eylül askeri rejiminin yeniden kışkacına düşen binlerce genci –o an için unutarak- kendi nefsim adına ilk defa nefes alıyorum! Allah, nefsimizin esaretinden korusun...

Önümüzdeki en ciddi mesele, akademik hayatımızı inkitaya uğratan askerlik... Tam bu sırada, darbe yönetimi kısa dönem askerlik çıkarıyor. Görüldüğü gibi, hayatta bazen şansımız da yaver gidiyor. Ben de 4 Mart 1981 tarihli Dekanlığa sunduğum dilekçemle 4 ay kısa dönem askerlik yapmak üzere izinli sayılmama talep ediyordum ve 5 Mart 81 günü Antalya'daki birliğime katılıyorum. Üç bin civarında asker. Binaların istiap haddinin iki katı. Bazıları, bahçeye atılan ranzalarda yatıyor... Cem Boyner, eski Sağlık Bakanı Halil Şıvgın, Kütahya milletvekili Mustafa Uğur Ener, uzun yıllar Edirne Belediye Başkanlığı yapan Hamdi Sedefçi ve isimlerini şu an hatırlayamadığım pek çok dost insanla aynı bölükte askerlik yapıyorum.

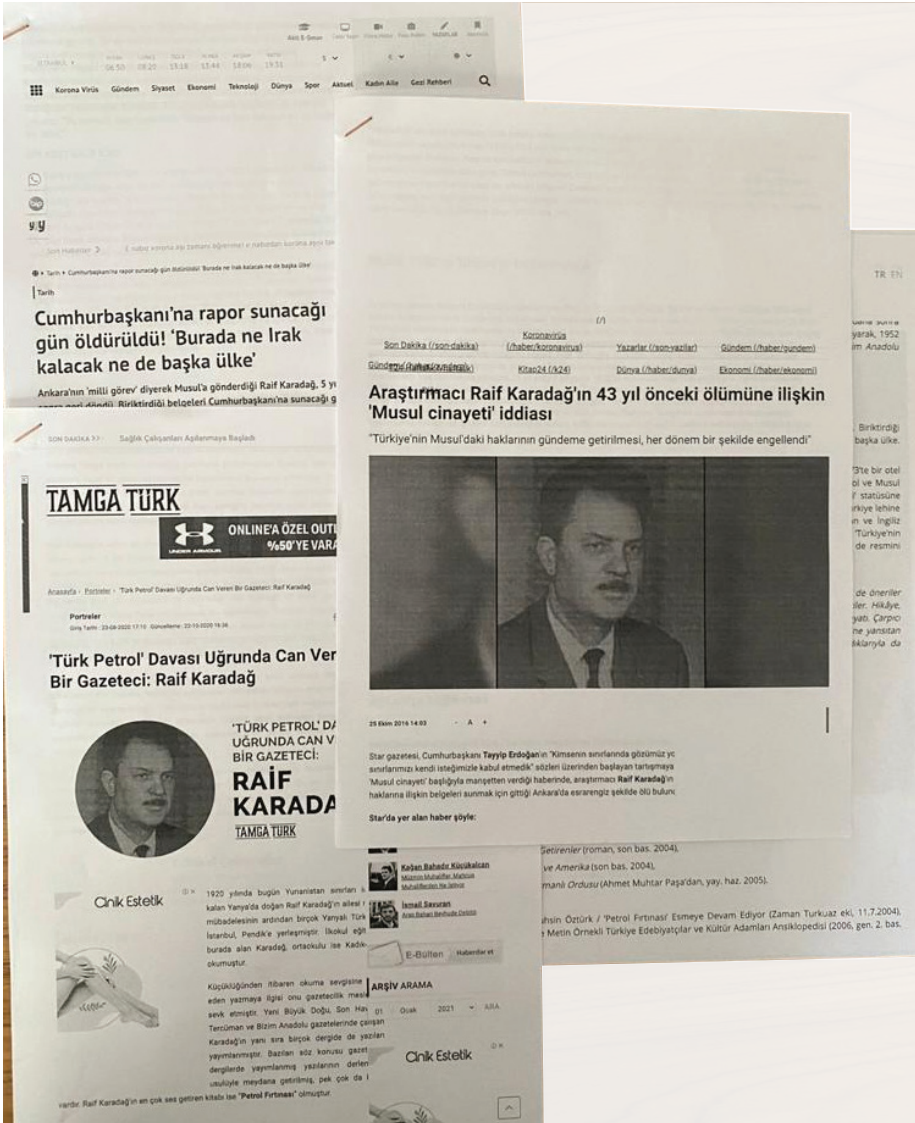
Dört ayın sonunda, "veda töreni" yapılacak ve törende bir asker de konuşma yapacak. Veda töreninde konuşma yapacak asker iki konuşma metni hazırlayacak, birisi kendi için, diğeri tabur komutanı albay için. Demek ki albayın konuşma metni hazırlayacak kadar vakti yok. Yani, komutan meşgul... Yetmiş iki kişi konuşma yapmak üzere müracaat ediyor. Burdur İmam Hatip Lisesi müdürü olan bir arkadaşın baskısı ile ben de kendim ve komutan için iki metin hazırlayarak müracaat ediyordum. Benim hazırladığım metinler seçiliyor ve konuşmanın provası

için komutanın odasına çıkıyorum. Kendi metnimi okuyorum. Komutan beğeniyor ve diğer metinleri gözümün önünde çöpe atıyor.

Kuşkusuz, iki metin arasında üslup ve derinlik farkı var. Komutan için hazırladığım metinde, komutanın ağırlığı ile mütenasip Arapça ve Farsça kökenli ağır kelimeler var. Ertesi günü üç bin kişinin önünde Burdur'dan gelen tüm generalin de katılımı ile gerçekleşen törende, ben konuşmamı kusursuz tamamliyorum; fakat komutan, -metni daha evvel hiç okumadığı için- benim metne dahil ettiğim "ağır" kelimelerde takılıyor ve bir türlü bunları telaffuz edemiyor... Şahsi konuşma metnimin ilk cümlesi şöyle idi: "Bundan dört ay kadar evvel ürkek adımlarla girdiğimiz nizamiye kapısında, bizleri şefkat dolu bağırllarına basan değerli komutanlarımıza biraz sonra veda edeceğiz..." Cümledeki: "Şefkat dolu bağırllarına basan değerli komutanlarımız..." lafı geçince, üç bin kişiden üzerime doğru bir uğultu geldi. Törenden sonra arkadaşlarıma sorduğumda, bu cümle geçince onlarcası: "Yahu bu adam ne yağcı" diye sitemde bulunmuş... Hala, askerlik arkadaşlarım tarafından komutana tuzak kurmakla ve yağ çekmekle suçlanırım. Güzel ve kaygıdan uzak günlerdi... 2 Haziran 81 günü askerlik bitti ve tekrar asistanlık günlerine dönüyorum.

24. Doktora öncesi çalışmaları tamamladığıma göre, tez konusunu belirlemem gerekiyor. Tez konusunu belirleme işi, akademik hayatın kalbidir. Tez yazdığınız konuda, ülkenizde ve hatta dünyada o konuda en yetkin insanlardan biri oluyorsunuz. Tez ile genel uzmanlık alanınızın içinde çok özel bir uzmanlık alanı oluşturuyor ve bu alanda hayatınızı şekillendiriyorsunuz. Tez konusu ile belirlediğiniz alan, sonraki hayatınızda, sizin ekmek, aş ve itibar mecranız oluyor. Bu itibarla, tez konusunun belirlenmesi, akademik hayatın en kritik evresini oluşturmaktadır. Ben, 1980'lerde kendi kendime, tez konusu olarak: "Yabancı Petrol Şirketleri"ni seçiyorum. Bununla, dünya üzerindeki en büyük sömürü vasıtası olan ve ülkelerin cari siyasetini doğrudan belirleyen yabancı petrol şirketlerinin faaliyetlerine karşı, Türkiye'deki ve özellikle Orta Doğu ülkelerindeki ahalinin şuurunu tetiklemeyi hedefliyorum. Bu seçimimi, Yılmaz Altuğ Hocaya birkaç kez tekrarlıyorum. Fakat, Hoca çok istekli gözüküyor. Ben yabancı petrol şirketleri ile ilgili ciddi okumalar yapıyorum. Yerli tez ve kitapların önemli bir kısmını bitiriyorum. Muhtemelen, 1981'in Eylül ayında, Hoca beni tarihi binanın birinci katındaki Atatürk Devrimleri ve Araştırmaları Enstitüsü'ndeki odasına çağırıyor. Tez meselesini konuşacağız. Hoca, yabancı petrol şirketlerini yazmada

ısrarlı olup olmadığımı soruyor ve ben de ısrarlı olduğumu belirtiyorum. Bunun üzerine Hoca, yakın arkadaşı olan Raif Karadağ'ın "Petrol Fırtınası" isimli eserini okuyup okumadığımı ve Karadağ hakkında bilgi sahibi olup olmadığımı soruyor. Ben de çok az malumat sahibi olduğumu ve kitabı da tam olarak okumadığımı söylüyorum. Bunun üzerine Hoca, Raif Karadağ'la arkadaş olduğunu, Karadağ'ın "Petrol Fırtınası" ismi ile bu konudaki en yetkin kitabı yazdığını, fiilen de Türkiye ve Ortadoğu petroleri ile ilgilendiğini ve fakat sırf bu ilgisi ve bilgisi sebebiyle birkaç sene evvel Başbakan ve Cumhurbaşkanı'na brifing vermek üzere geldiği Ankara'nın Ulus semtindeki Cihan Palas'ta öldürüldüğünü anlatıyor! Ben, buz gibi oluyorum. Odadan çıktıktan sonra, Raif Karadağ'ın öldürülmesi meselesinin doğru olup olmadığını araştırıyorum. Gerçekten de; Hocanın anlattıkları Adan Z'ye doğru. Tez konusunda ilk defa şimdi kafam karışıyor...



"Petrol Fırtınası" isimli eserin yazarı Rahmetli Raif Karadağ'ın öldürüldüğüne dair gazete kupürleri

25. Bu kafa karışıklığı ile 1981 Kasım'ında Londra'daki Londra Üniversitesine bağlı "Institute of Advanced Legal Studies"e gidiyorum. Önceden yaptığım yazışmalar göre, doktora çalışmalarımı burada gerçekleştireceğim. Hayallerinin, adını bile ilk defa duyduğu Türkiye'nin ve dünyanın önemli şehirlerinde gerçeğe dönüşeceğini kaç köylü çocuğu tahmin ve tasavvur edebilir? Şimdi beni, İngiltere'nin

merkezinde Londra Üniversitesi'ndeyim... Burada dünya farklı. İnsanların ilgilendiği konular da farklı. Ben ilk defa bir Avrupa üniversitesi görüyorum... Her fikir ve düşüncede öğrenci var. Fikirlerini, nazıkçe dağıttıkları bildirilerle etrafa duyurmaya çalışıyorlar. En önemlisi, Üniversite Yönetiminin Cuma günleri Müslüman öğrencilerin kurduğu derneğe tahsis ettiği spor salonunda, -onlarca farklı ülkeden gelen öğrencilerle- cuma namazlarını kılıyoruz.

Enstitü Müdürü Profesör Diamond'ı ziyaret ediyorum. Hoca, hangi konuda çalıştığımı soruyor. Ben de yabancı petrol şirketleri ve bunların Ortadoğu ülkelerindeki faaliyetleri üzerinde çalışmak istediğimi söylüyorum. Diamond'da da, aynen Yılmaz Hoca gibi, benim seçtiğim konu fazla ilgisini çekmiyor. Ve, doğrudan, "Milletlerarası Tahkim" ile ilgilenmemi, bu konuda tez yazmamı tavsiye ediyor. Ayrıca, milletlerarası tahkimin Türkiye'de ne kadar zayıf olduğunu, İngiltere'de bile fazla bilinmediğini, ancak geleceğin en mühim konusunun bu olacağını ekliyor. Benim, ünlü uluslararası tahkim hocaları Profesör Clive Schmitthoff'la görüşmemi öneriyor ve Hocanın "29 Blenheim Road, Bedford Park, London W.4"deki adresini bir kağıda yazarak elime veriyor. Schmitthoff'la da görüşüyorum. O da ısrarla uluslararası tahkim konusunda çalışmamı öneriyor. Neticede, Londra'da, adeta, kabuk değiştiriyorum ve Yılmaz Altuğ Hocanın arkadaşı Raif Karadağ'ın başına gelenleri de hesaba katarak, tez konumu: Uluslararası tahkim olarak belirliyorum.

26. Yukarıda, 81 senesinin Kasım ayında tez çalışmalarımı yürütmek üzere Londra'ya uçtuğumu yazmıştım. Bu uçuşun, bir romanı rahatlıkla dolduracak maceradan sonra gerçekleştiğini belirtmeliyim. 81'in askeri rejim şartlarında bir gecede uçağa atlayıp Londra'ya gelmeniz zaten muhal...

Talebelik yıllarında rahmetli Aydın Bolak'ın ve ailesinin kurduğu Türk Petrol Vakfı(TPV)'nden burs alıyordum. Vakfın tüm işlerini yürüten rahmetli Fethi Gemuhluoğlu idi. Kendi tabiri ile Vakfın "Umumi Katibi" idi. O, çok muhterem bir insandı. Sürekli cezbe halini yaşayan, içinde depremler barındıran, başkaları için ağlayan ve nadiren gülen bir adamdı. Burs müracaatında bulunan öğrencilerle sohbet: "Hiç aşık oldun mu?" diye başlardı... Fethi Ağabey, 4 Ekim 1977 günü, asistanlık meselesini görüşmek üzere, beni Ankara Ticari ve İktisadi İlimler Akademisi'ndeki Anayasa Hocaları Prof. Dr. Kemal Dal'a göndermişti. Kadere bakın ki o gün bir yakını hastalanmış, Hoca Adana'ya dönmüştü. Bu sebeple görüşme olmadı ve ben Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi yerine, İstanbul

Hukuk'ta asistan olmuştum. 1981 Kasımında Londra'daki Enstitü'ye gidecektim, fakat nasıl gidecektim? Üniversitenin böyle bir tahsisatı yok. Başka bir devlet veya kurumun bursunu da kazanmış değilim. Üstelik, askeri rejimin talimatı ile benim gibi akademik çalışmak üzere yurt dışına gideceklerin döviz tahsis işlemleri durdurulmuş, Dış Seyahat Komitesi'nin özel iznine bağlanmıştı. Yurt dışı bursu için Türk Petrol Vakfına müracaat ettim. Fethi Beyin yerine geçen Uğur Derman'a derdimi anlattım. Uğur Ağabey, Aydın Bolak ve müteveli heyetinden eski ticaret bakanı ve "kırlangıç yağları"nın sahibi Halil Güreli ile görüştü. Uğur Beyin dahli ve gayreti ile burs meselem halloldu. Lakin, ne şahsen benim ne de Vakfın yurt dışına döviz transfer etme hak ve imkanı yok. Hatta üzerinde döviz bulundurması bile suç... Uğur Derman Dekanlıkla görüşerek, şöyle bir çözüm buldu: Vakıf, benim iki yıllık Londra'da akademik çalışma yapmamı sağlayacak parayı toptan şartlı olarak, yani bana her ay burs olarak gönderilmek şartıyla Üniversiteye bağışlayacak, Üniversite de bütçeye giren bu paradan benim bursumu gönderecek...

Geldik, Başbakanlık bünyesinde kurulan Dış Seyahat Komitesinin kapısına... Komite izin verirse 3000 Dolar civarında Merkez Bankasından döviz alabileceğiz ve yurt dışına çıkabileceğiz. O günler Komite tüm talepleri reddediyor. Çünkü, ülkenin dövizi yok... Gazeteler her gün meşhur isimler üzerinden, red kararları hakkında haberler yapıyor. Dış Seyahat Komitesinin başında Başbakan Bülent Ulusu'nun çok yakını olan bir emekli amiral var. İsmi: Erdoğan Yazıcı Paşa... Ben, -izni koparmak için- Paşanın bir tanıdığını arıyorum. Ankara'da yaptığım araştırmaya göre, Yazıcı Paşa Erzincanlı ve hemşerilik olgusuna büyük önem veriyor. O tarihte Beylerbeyi'nde oturuyorum ve bir komşumuz Erzincanlı; aynı zamanda Hükümette Ticaret Bakanı olan (Erzincanlı) Kemal Cantürk'ün Kabataş lisesinden yakın arkadaşı. Komşumuza derdimi anlatıyorum ve beni Ticaret Bakanına gönderiyor. Randevu günü, -bugün Yargıtay'ın ek binası olarak kullanılan kırmızı halılı binaya- gidip, Bakana derdimi anlatıyorum. Özellikle Devletten bir kuruluş çıkmadığını, bursumun tamamen TPV tarafından karşılandığını vurguluyorum. Bakan beni ciddi bir şekilde dinledi, lakin ilgisiz bir soru ile döndü: "Erzincan ile bir alakanız var mı?" dedi. Ben de yok dedim. "Keşke olsaydı, meselen ne kadar kolay çözüldü..." gibi bir şeyler söyledi. Hiçbir şey anlamadım. Sonra, Kemal Cantürk Paşayı aradı ve Erzincanlı'dan genç bir misafiri olduğunu, yurt dışına çıkmak istediğini ve masraflarının da görünüşe göre bütçeden çıkmakla beraber aslında bir vakıf tarafından karşılandığını, yurt dışı çıkış izninin verilmesini



istediğini, bildirdi. Paşa, “hemen gönder” dedi. Ben, yıldırım hızıyla Paşa'nın huzurundaki yerimi aldım. Paşa, bana fazla bir şey sormadan evrakımı imzalayıp elime verdi. İki gün sonra da en ucuz Londra'ya gidiş vasıtası olan TAROM Hava Yolları(Romen Hava Yolları)'ndan 100 Dolara bir bilet alarak, -Bükreş üzerinden- İngiltere'ye uçtum. Şimdilik; gidişte uçağın dört saat rötar yaptığını, bu sebeple Bükreş'ten Londra'ya gidecek uçağı kaçırdığımı ve Çavuşesku'nun ülkesinde iki gün kaldığımı, böylece ilk defa komünizmle yönetilen bir memleketin hal-i pür melalini gözümle gördüğümü, velhasıl bu konulardaki gözlemlerimi atlıyorum...

27. 82 senesinin Mart ayına kadar Uğur Ağabey ile Dekanlığın geliştirdiği formül işledi ve burslarım geldi. Fakat, Mart ayında benim burs kesildi. O tarihte yurt dışına çıkan asistan veya öğreti üyesi, Fakültede bir “mutemet” belirlemek zorunda idi. Benim mutemedim: O tarihte her ikisi de asistan olan Prof. Dr. Cevdet Yavuz ve rahmetli Prof. Dr. Aslan Gündüz... İşlerimi Onlar takip ediyor. Onlardan öğrendiğime göre, Mart ayı “mali yılbaşı” imiş ve bu tarihe kadar kullanılmayan tüm paralar, bir sonraki yılın bütçesine aktarılıyormuş. Buna da “düyuna kalmak” diyorlar... Benim, şartlı olarak Üniversite bütçesine aktarılan bursumun geri kalan tamamı, düyuna kalmış. Yapılacak iş, sıfırdan işlemler başlatarak, geri kalan burs kadar tahsisat çıkarmak... Dünyanın en zor işlerinden biri... Arkadaşlarım gayret gösteriyor, lakin yapabilecekleri sınırlı. Velhasıl, ben Londra'da çaresiz, aylarca parasız-pulsuz, “tığ-teber” kalıyorum. Tarih araştırmaları yapan İsviçreli bir oda arkadaşımın borç alıyorum. O da durumun farkında, fakat sorunun ne olduğunu anlamak istiyor. Boş yere, bana ayrılan paranın “düyuna kaldığından”, gecikmenin de bundan kaynaklandığını anlatmaya çalışıyorum. İsviçreli bizim saçma-sapan uygulamalarımızı nasıl anlansın...

Yaklaşık, üç buçuk ay sonra işlemler tamamlanıyor ve bursum birikmiş olarak geliyor. Fakat, sorun bitmiyor... 82 senesinin ortalarına geldiğimizde, Türkiye'deki % 80'lere varan enflasyona ve Türk parasının yabancı para karşısında değer yitirmesine bağlı olarak, benim iki yıllık burs, İngiliz Sterlini bazında eriyip, bitiyor. Bu sefer, maaşımın transferini istiyorum. Güç bela Türkiye'deki arkadaşlarım bunu sağlıyor. Fakat, Sterline çevirdiğimizde maaş benim ev kiramı dahi karşılamıyor. Çaresiz, transfer edilen ve her gün sterlin karşısında satın alma gücü eriyen maaşım ve birikimlerimle Londra'daki çalışmalarımı sürdürüyorum.

28. 82'nin sonlarına doğru Türkiye'ye dönüyorum. Tezimi, 7.5.1985 tarihinde:

Prof. Dr. Hayri Domaniç, Prof. Dr. Rabi Koral, Prof. Dr. Nihal Uluocak, Prof. Dr. Ergin Nomer ve Prof. Dr. Aysel Çelikel'den oluşan jüri önünde savunuyorum ve "hukuk doktoru" oluyorum. Tez hocam: Aysel Çelikel. 1987'de yardımcı doçent, 1990 senesinde doçent ve nihayet 1996'da profesör oluyorum.

29. 1977 sonlarında büyük ümitlerle girdiğim Devletler Özel Hukuku Kürsüsündeki hocalarımızın isimlerini yukarıda zikretmiş idim. Genel olarak, toplam 40 yıl görev yaptığım üniversitede, kendi hocalarımızla ve sair meslektaşlarımla ilişkilerim iyi olmuştur. En önemlisi, 80 Darbesinden önceki kanlı günlerde, İstanbul Hukukun hoca ve asistanları olarak birbirimizi himaye ettiğimizi, birbirimize destek olduğumuzu söyleyebilirim. Bu dönemde özellikle ben; alçakça jurnallere, sabotajlara, haksızlıklara maruz kalabilirdim. İsmim etrafındaki tezvirat buna uygundu. Çok şükür ki, bunlar olmadı... Burada, o günün şartlarında çok kıymetli olan bir "insani" durumdan bahsediyorum.

-Kürsüye intisap ettiğim tarihte, en kıdemli hocamız Vedat Raşit idi. Bu sebeple Kürsü başkanı da o idi. Hoca, Atatürk'ün ilmi sohbetlerinde yer alan, İstanbul Üniversitesinin bir dönem rektörlüğünü de yapmış olan Profesör Muammer Raşit'in oğluydu. Annesi Fransızdı. Muammer Raşit'in gölgesinde kaldığı Hocanın her halinden belli idi. Kürsüde, bilimsel konularda ve idare bakımından herhangi bir iddiası yoktu. Babasından ayrı olarak yazdığı Kanunlar İhtilafı Hukuku kitabını, bırakınız talebeleri, biz bile anlamazdık. Asistanlık yıllarımda, Hocayı, babasından kalan Kanlıca sırtlarındaki bahçeli evinde birkaç kez ziyaret ettim. Sohbetler ettik. Bahçedeki dutlardan yedik. Hoca bazen, felsefi bakımdan zengin cümleler kurar, fikirler serdedirdi. Onun bu haline şaşırır kalırdım.

78 veya 79 yıllarında, benim Kürsüdeki yükümü hafifletmek için bir asistan kadrosu açıldı. İki aday vardı. İlki, yeni mezun ve okul birincisi Cengiz Şirin. İkinci aday ise Hocanın arkadaşı bir emekli askerın kızıydı. Kız, "Milliyet Gazetesi"nin güzellik yarışmasında dereceye girmiş bir "âfet"... Tanışmak için birkaç defa Kürsüye geldi. Ama ne geliş... Hoca iki aday arasındaki seçimde, Kürsü başkanlığı imtiyazını kullanarak -tahmin etmediğimiz şekilde- arkadaşı emekli askerın kızında ısrarlı oldu. Okul birincisi Cengiz'in alınmasını kabul etmedi. Prof. Nomer de Cengiz'de ısrar edince, asistan alımı ortada kaldı. Tabii ki; en büyük mağdur ben oldum... Üç-beş ay sonra Hoca ısrarından vazgeçti. Nomer'in talimatı ile Cengiz Şirin'e ulaştım ve eski sınavın sonucu dikkate alınarak asistanlığa atanabileceğini

söyledim. Lakin, o tarihte Cengiz, Deniz Kuvvetlerine askeri hakim olarak girdiği için, burayı bırakıp gelmedi... Kadere bakın ki; 2012 senesinde sınıf arkadaşı bir avukat aracılığı ile Cengiz Şirin(Hakim Albay)'den bir mektup aldım. Cengiz, Balyoz Davasından tutuklanmış ve hapiste... Arkadaşının getirdiği dosyasını okuyorum: Balyoz planını oluşturanlar, gıyabında Cengiz'e de (güya) görev vermişler. Adamın suçu bu. Cengiz, bu görevlendirmenin asparagas olduğunu, (bir an için gerçek olsa dahi) bunda bir dahlinin olmadığını ve hapisneden kurtarılmasını istiyor. Ciddi şekilde meselesi ile ilgilenemediğimi itiraf etmeliyim. Velhasıl, Cengiz 4 yıla yakın hapiste yattıktan sonra, her şeyini kaybetmiş olarak; en önemlisi tüm moral ve psikolojisini yitirmiş olarak 2016'larda hapisneden tahliye oldu...

-Diğer kıdemli hocamız, Yılmaz Altuğ'du... Kürsüde kaldığı süre içerisinde çok yakındık. Hoca anti-komünistti... Fikirlerini, Tercüman veya Türkiye gazetelerinde çıkan yazılarında da açıklardı. Bu bakımdan aynı ittifaka dahildik. İkincisi, benim dostluk münasebeti içinde olduğum Aydın Bolak, Ergün Göze ve Uğur Derman gibi isimlerle Hoca da dosttu. Bu sebeple beni, -adeta- kendisine emanet edilmiş biri gibi görür, severdi. Fakat, bana olan ileri seviyedeki güveni, başka bir hadiseye dayanmaktadır. 80 darbesini takip eden günlerden birinde, Çağaloğlu civarındaki bir avukat arkadaşımın ofisine uğramış idim. Arkadaşım, kartının arkasına bir isim yazarak verdi ve sınavda bu isme yardımcı olmamı istedi. Meğer ismi verilen talebe, birkaç kez bizden sınıfta kalan İstanbul Ülkü Ocaklarının yeni başkanı imiş... Ben, kartı alıp cebime atmış ve unutmuşum. Karşıt grup öğrenciler bunu takip etmiş ve benim hamil-i kart sahibi çocuğa torpil geçeceğimi, ihbar şeklindeki bir şikayet dilekçesi ile Dekanlığa bildirmişler. Hoca da o tarihte dekan... Müdür odasındaki büyük masada sınav sonuçlarını listelere ve fişlere geçiriyoruz. Hoca, elinde bir dilekçe ile geldi ve benden elindeki ihbar dilekçesine göre torpil yapacağım söylenen öğrencinin kağıdını çıkarmamı istedi. Çıkardım. Ne görelim... 500 civarında kağıt arasında sıfır verdiğim tek sınav kağıdı... Hamil-i kart sahibi öğrenci, bir sürü hikaye anlatarak 4 yapraktan oluşan sınav kağıdını baştan aşağı doldurmuş, fakat soruların cevabına dair hiçbir şey yazmamış... Ben de sıfır vermişim. Hoca, bunun üzerine ihbar olayından bahsetti ve ömür boyu itimadını benden esirgemedi.

Hoca, Devletler Özel Hukuku konularına fazla ilgi duymadı. Kerhen derslere girer, -çok defa kürsüden- kitaptan okuyarak ders yapardı. Zaten, doktorasını ABD'de Devletler Umumi Hukuku alanında yapmıştı. Bu sebeple, daha çok Devletler Umumi Hukukuna ve uluslararası ilişkilere dahil konuları severdi. Mason

localarından birine kayıtlıydı. O tarihte masonluk, İstanbul Üniversitesinde yaygın bir meşrep haliydi. Hoca, bunu da açıkça söylerdi. Fakat, benden bir “mason” çıkmayacağını çok iyi bildiği için, hiçbir zaman bana bu yönde bir teklif veya telkinde bulunmadı. Hatta bir gün Hocanın müdürü olduğu Atatürk Araştırma Enstitüsü’nde birlikte iken, Fakülte’den aynı yere kayıtlı oldukları hocalardan biri geldi. Misafirine beni takdim edince, beni fazla tanımayan misafir hocamız, yarı kapalı cümlelerle: “Hocam, önümüzdeki toplantıya Cemal’i de getirsene...” dedi. Hoca, “Cemal’den bir b... olmaz” diyerek, misafirin sorusunu cevapladı. Kuşkusuz, Hoca, Cemal’den mason olmaz demek istedi... Yine, 80 yıllarıydı, Hocayı Beyazıt’taki meşhur Abdurrahman Gürses’in imamlık yaptığı camiye Cuma Namazına götürmeye kalktım. Hoca, mazeret olarak “birkaç sene evvel Nevzat Yalçıntaş tarafından camiye götürüldüğünü, fakat önündeki şahsın çorabının delik olduğunu ve koktuğunu...” ileri sürdü. Bu sebeple camiye bir daha gitmediğini ve gitmeyi de düşünmediğini belirtti. Bana da: “tabii ki sen gidebilirsin” dedi...

Hocanın, askerlerle sıkı ilişkileri vardı. Babası da emekli bir paşaydı. Ayrıca, Hoca, Deniz Harp Okuluna ve Harp Akademilerine derse gidiyordu. Hocanın yerine, Heybeli Adadaki Deniz Harp Okuluna birkaç kez derse gittim. Kartal’daki bir iskeleden alıp Okulun bahçesindeki rıhtıma kadar götürüyorlar. Sonra nöbetçi subay gelip, sizi sınıfa –şatafatlı bir dikkat çekme merasiminden sonra- takdim ediyor. Müthiş bir disiplin. O tarihte bizim amfiler, tam bir curcuna... İki grubun kavga etmemesi için amfinin ortasında bir sıra polis, dersleri öyle yapıyoruz. 80 Darbesi ile iktidara gelen askerler, Hocaya sahip çıkmakta gecikmediler. Onu hemen dekan yaptılar. Sonra da, -ileriki günlerde kurulacak hükümette Dışişleri Bakanı yapmak üzere- emekli general Turgut Sunalp tarafından kurulan Milliyetçi Demokrasi Partisine davet ettiler. Hoca ile askeri hükümet arasındaki ilişkileri, İstanbul valisi yürütüyordu. Bu sebeple, vali, sık sık Atatürk Araştırma Merkezine gelirdi. Yılmaz Hoca, vali ziyaretlerinden birinin hemen akabinde, beni acil koduyla Enstitüye çağırıldı. Başbakan Bülent Ulusu’nun –ileride kurulacak Sunalp Hükümetinde Dışişleri Bakanı olmak üzere- Partiye davet ettiğini, valinin de bu haberi iletme üzere geldiğini anlattı ve benim bu konulardaki fikrimi sordu. Ben, Hocanın bu işlere hevesli olduğunu bildiğim için, “şu an ülkenin sadece bir üniversitesinin bir fakültesine hizmet ediyorsunuz. Böyle bir teklifi kabul ettiğinizde ülkenin tamamına hizmet etmiş olacaksınız. Bunun da ülke için yararlı olacağı...” gibi laflar ederek, Hocanın siyasete girmesine destek verdim. Benim bu destek

cümlelerimin etkili olduğunu sanmıyorum. Yukarıda belirttiğim gibi, zaten hoca işe teşne... Altuğ Hoca, yapılan teklif doğrultusunda dekanlıktan ayrılarak Sunalp Paşa tarafından kurulan Partiye katıldı. Fakat, işler Onların istediği ve beklediği gibi olmadı. Sunalp'ın Partisi sadece 70-80 milletvekili çıkarabildi ve seçimi Özal kazandı. Hoca, hayatında hiç bilmediği ve görmediği Sivas'tan MDP milletvekili oldu ve Parlamente'ya gitti. Kısa süre içinde Parti de dağıldı. Hoca, Ana Vatan Partisine geçti ve ikinci sefer de buradan Sivas milletvekili oldu. Dönem sonunda siyasete nokta koydu. Sonra da Fakülte'ye dönmedi. Çok sevdiğim Altuğ Hoca, 1 Mart 2014 tarihinde vefat etti. Cenaze namazında çocukları ile saf tutarak, ruhu için fatiha okudum...

-Bir başka kıdemli hocamız da Nihal Uluocak idi. Tatbikattan tamamen kopuktu. Bu sebeple, dersleri çok teorikti. Öğrenciler bazen, derste; Roma Hukuku gibi yürürlükte olmayan eski bir hukuktan mı, yoksa el'an geçerli bir pozitif hukuktan mı bahsedildiği konusunda tereddüde düşerlerdi. Hoca, ilk yıllar sık sık beni de derse götürür, öğrencilere -Kürsüde tek asistan olmama rağmen- "başasistan" olarak takdim ederdi. Nihal Hanım, iyi ve koyu bir Cumhuriyet okuru idi. Cumhuriyet'in yayınlarına çok itibar eder ve Gazete'nin "şariat geldi-gelecek", "ülke İran oldu", "Atatürk devrimleri artık tehlikede..." gibi yayınlarından çok etkilenir, sürekli bir korku hissiyatı içinde yaşardı. Ben, endişe etmemesi için Türkiye'deki batılılaşmayı Osmanlı Padişahlarının başlattığını ve Türkiye'nin istikametinin değiştirilemeyeceğini söyleyerek, yüreğini ferahlatmaya çalışırdım. Ama, nafile... Hoca, kadın hakları ile de ilgilenirdi. Kadınların kurduğu bazı derneklerin başkanı veya üyesiydi. Süslü-püslü kadınlar, ara-sıra Hocaya gelirler, Enstitünün müdür odasında sohbetler yaparlardı. Ben, Hocanın misafirleri ile karşılaştığımda, hep içimden: "Şu hanımlar günde süslenmeye harcadıkları parayı yoksul beş kadına verseler, ülkede gariban kadın kalmaz..." hissini geçirirdim. Fakat Hocaya bir şey söyleyemezdim. Hoca, her gün Fakülteye gelirken Görgülü Pastanesinden börekler, çörekler, pastalar getirir, bizlere öğle yemeği olarak ikram ederdi. Bu ikramdan acayip derecede zevk alırdı. Gerçekten de; ne kadar güzeldi Hocanın o ikramları...

Hoca, son derece titiz ve muamelelerinde adaletli idi. Kürsüde, bir öğrencinin geçme notunun yükseltilmesi meselesinde, bunu açık bir şekilde gördük. Yanılmıyorsam 79 yıllarıydı. Nihal Hanımı dönemin Başbakanı Bülent Ecevit arıyor ve hatırını kıramadığı bir milletvekilinin çocuğu için yardım talebinde bulunuyor. Hoca, çocuğun isim ve numarasını not ediyor. Ertesi günü de sonuçları

yazıp, ilan edeceğiz. Hoca, bahse konu öğrencinin numarasını söylüyor ve kağıdını çıkarmamı istiyor. Öğrenci kalmış, fakat geçme notuna yakın bir rakamla kalmış... Hoca, kağıdı bir kez daha okumamı istiyor. Okuyorum ve “Hocam, öğrenciye verebileceğimiz azami notu vermişiz. Sonuç değişmiyor...” dedim. Bunun üzerine, “ne yapalım, o zaman kalsın” dedi. Fakat, diğer hocalar, -sırf Nihal Hanım muğber olmasın diye- öğrenciyi geçirme istikametinde tavır belirttiler. Bunun üzerine, Nihal Hanım, “sınıf geçme notunu bu çocuğun notuna indirirsek bunu kabul ederim, başka türlü olmaz...” dedi. Herkes tamam dedi ve o dönem, bu şanslı çocuğun notu sınıf geçme notu olarak belirlendi. İlaveten 60 kişi daha dersi geçmiş oldu...

Nihal Hanım, ileri yaşlarda Orman Fakültesinden bir hocayla evlendi. Kocası, asabi ve aksi bir adamdı. Her şeye rağmen ölünceye kadar birbirlerine yaslandılar ve ihtiyarlığın ağır travmalarını hafif atlatmaya çalıştılar. Önce beyi, sonra da Hoca 30 Aralık 2017 tarihinde vefat etti. Bütün meslektaşları ile birlikte, cenazesinde saf tuttuk ve Fatihalarımızı gönderdik...

-Asistan olarak atandığım 1977’lerde, Kürsü’nün diğer bir hocası da Aysel Çelikel’di. Hakkımdaki tezvirata inanmış gözüküyordu ve tedirgindi... Bu tezviratların ruhumu sıktığı günlerden birinde, Aysel Hanım beni odasına çağırdı ve: Milliyetçi veya İslamcı fikirlere sahip olmamın kendisi için sorun yaratmadığını, sahip olduğum fikir ve düşüncelerin bu topraklara yabancı olmadığını; ancak “sağ” ve “sol” olarak adlandırılan hareketlerin fikri temellerinden koptuğunu ve tamamen anarşiye dönüştüğünü, bu ayrışmanın etrafında ülkede her gün onlarca insanın haksız ve sebepsiz öldürüldüğünü, bunun arkasında karanlık güçlerin olduğunu, hususen benimle uğraşanların bulunduğunu, velhasılı çok dikkatli olmam gerektiğini, ... söyledi. Dikkatlice dinledim ve dışarıda olup- bitenler hakkında kendisi ile aynı fikirde olduğumu belirttim. Aysel Hanımla ilk temasımın bu dostane tavsiye etrafında geliştiğini söyleyebilirim. 12 Eylül darbesinden sonra, karşılıklı katliamlar yapan sağ ve sol grupların entelektüel anlamda sağ ve sol fikirlerle bir alakalarının olmadığı, bu hareketlerin arkasında silah kaçakçılarının ve özellikle anarşiyi(kaosu) iktidar vasıtası yapan devlet güçlerinin olduğu ortaya çıktığında, Aysel Hanımın tavsiye ve telkinlerinin ne kadar hayati önem taşıdığı ortaya çıktı. Gerçekten de; Asistan olduğum 1980 öncesi, her yerin kan-revan içinde olduğu yıllardı. Hava, her daim barut kokuyordu. Herkesin aklı gitmiş, vahşi duyguları galebe çalıyordu. Sağcı-solcu yaftası altında, karşılıklı gençler katlediliyor, analar

yas tutuyordu. 12 Eylül paşalarının sonraki beyanlarından açık-seçik anlaşıldı ki; 80 öncesi terör, askeri iktidarın zımni kabul ve onayı içinde, Onlara iktidar yolunu açan kanlı bir vasıta idi.

12 Eylül darbesinden hemen sonra, 1981’lerin başında doktora için Londra Üniversitesine gittim. Bu, zamanlama olarak bana Allah’ın bir lütfuydu... Akranlarımın ve meslektaşlarımın maruz kaldığı veya şahit olduğu pek çok haksızlığa, ben, kısa dalga radyomun akşamları verdiği haberler üzerinden, uzaktan şahit oldum. Aysel Hanım, beni Londra’da da yalnız bırakmadı. Mektuplar yazdı. Doktora çalışmalarında yüreklendirdi, ihtiyaçlarımı sordu. Üniversitedeki ve ülkedeki pek çok gelişmeyi Onun mektuplarından takip ettim. Aysel Hanım, Londra’da olduğum yıllarda sık sık eşimi de arayarak, bir ihtiyacı olup olmadığını, sağlığını, çocukların durumunu soruyormuş... Hanım, mektup ve telefonlarında büyük bir gururla: “Aysel Hanımın kendisini aradığını, hal-hatır sorduğunu” söyler, mutlu olurdu.

Aysel Hanımla ilk çalışmamız: “Milletlerarası Özel Hukuk Mevzuatı” adı altında, bu alana giren pozitif hukuk kurallarının bir kitapta toplanması oldu. Gerçekten de; “Devletler Özel Hukuku” veya Milletlerarası Özel Hukuk olarak adlandırılan alana dahil pozitif hukuk kuralları onlarca ve hatta yüzlerce farklı kanun, tüzük, yönetmelik veya uluslararası andlaşma içinde yer almaktaydı. Aysel Hanımla ilk defa bunları 1983 senesinde bir “mevzuat” derlemesi içinde toplamaya karar verdik. O tarihte hocaların kitaplarının tamamına yakını basan Filiz Kitabevi’nin sahibi rahmetli İsmet Bey dostumdu. Baskıyı o yapacaktı. Fakat, İsmet Bey, -muhtemelen- kitabın fazla satmayacağını düşünerek, ücret karşılığında basabileceğini, sadece dağıtımına yardımcı olabileceğini söyledi ve bir bası masrafı çıkardı. Bizim için o tarih itibarıyla ciddi bir paraydı. Bunu, satılan kitapların parası ile ödeyecektik... Mahcup bir eda ile sık sık İsmet Bey’e uğrayıp, ne kadar kitap satıldığını ve borcumuzun ne kadar kaldığını soruyorum. Satışlar çok yavaş ve moral bozucu... Tam bu günler, Devletler Hukuku Enstitüsü’ndeki o hiç ısınmayan odamızda çalışırken, aniden bir adam çıkageldi. Bir kulağı sağır... Ve, elimde ne kadar Mevzuat varsa, o kadar almak istediğini söyledi. Mutluluktan uçuyorum. Adam, Ankara Hukuk ve Mülkiye’nin önündeki ana cadde üzerindeki 35 numaralı Gürsel Kitabevinin sahibi olduğunu, hazırlamış olduğumuz çalışmanın çok önemli bir ihtiyacı karşıladığını, Dışişleri Bakanlığı’nın elçilik ve konsolosluklara göndermek üzere bol miktarda istediğini, ayrıca Ankara Hukuk ve Mülkiye’den de pek çok

talep olduğunu... belirterek, bana vicahen, Aysel Hanıma giyaben tebriklerini sundu. Ben de şu an yanımda sadece 100 adet kitap olduğunu, diğerlerinin Filiz Kitabevinde depoda olduğunu, şimdilik bu 100 kitabı verebileceğimi söyledim. Adam, tamam dedi ve kitapların ücretine karşılık 5 gün vadeli bir çek verdi. Alıp, büyük bir mutlulukla cebime koydum. Kitaplar, 50'şer adetlik iki koli halinde paketlenmiş. Kolilerden birini alıcı, diğerini ben sırtlandım. Kan-ter içinde, adamı Beyazıt Meydanından geçen taksilere ulaştırdım. Vadesinde çek ödenmedi. Yirmi-yirmi beş gün sonra Ankara'ya gittiğimde, doğru 35 numaradaki Gürsel Kitabevine gittim. Adreste böyle bir kitabevi yok, sadece bir lokanta vardı. "Milletlerarası Özel Hukuk Mevzuatı" basıp satalım derken, dolandırılmışım. Ödemelerimizdeki gecikmeye mazeret olması için olayı İsmet Bey'e anlattığımda, bana ilk sorusu: "Adamın bir kulağı sağır mı?" oldu. "Evet" deyince, "O adam, Ceza'dan Erdener Yurtcan'ı, Medeni Kürsüsünden Abdülkadir Arpacı'yı da dolandırdı... Bana neye sormadın..." gibi bir serzenişte bulundu. Yüreğim biraz rahatladı. Dolandırılan sadece ben değilmişim...

Aysel Hanım, doktora hocamdı. Londra Üniversitesindeki çalışmalarımla "Uluslararası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk" konulu doktora tezimi hazırladım ve 1984 senesinde savundum. Zımnen: "Sen iyi yazarsın, sağlam yazarsın" diyerek tezin yazımına fazla müdahil olmadı. Jürinin ittifakla verdiği pekiyi derece ile 1984 senesinde hukuk doktoru oldum. Aysel Hanım mutlu oldu.

Herkesin çok iyi bildiği gibi, 28 Şubat post-modern darbesi, İslamcı bir partinin tasarruflarından yola çıkan ve "irtica" tehlikesini bir kaziye-i muhkeme kabul eden, münhasıran belirli bir müslüman kesimi hedef alan askeri bir darbedir. Bu konseptle bağlı kalınarak, aynen 12 Eylül döneminde olduğu gibi, pek çok üniversite hocası 12 Eylül rejiminin çıkardığı Disiplin Yönetmeliğinin muğlak maddelerine istinaden atılmış, hocaların anne-baba ve eşlerinin dini temayülleri ve başörtüleri araştırma-soruşturma konusu olmuş, hocaların anne-baba ve eşlerinin başörtülü fotoğraf taşıyan sağlık cüzdanları ile tedavileri yasaklanmış, hocaların eş ve yakınlarının başörtülü resimlerle pasaport almaları engellenmiş ve münhasıran kız öğrencilerin başörtülü olarak tahsil yapmaları yasaklanmış, onlar için "ikna odaları" kurulmuştu. Yasakları bihakkın uyguladıkları konusunda, hususen dekan ve rektörlere, askerlere brifingler vermişlerdi. Yasakçılığın zirve yaptığı bu dönemde, Aysel Hanım Hukuk Fakültesi dekanı oldu. Bu dönemde, hassas uygulamaların konusu olan başörtüsü, din ve Türkiye'deki Müslümanlık... gibi konularda geniş tartışma imkanımız



oldu. Aysel Hanım, -kamu oyunun bildiği ve sandığının aksine- kız öğrencilerin başörtülü olarak üniversiteye gelmelerine hiçbir zaman karşı çıkmadı, tam aksine özgürlükleri savundu. Rektör Alemdaroğlu'nun doğrudan askeri çevrelere yaslanarak gerçekleştirdiği uygulamalara engel olamadığını, bundan da üzüntü duyduğunu yakinen biliyorum. Mesela; 28 Şubat sürecine denk düşen yıllardan birinde, başörtülü bir kız öğrencimiz okul birincisi oldu. Alemdaroğlu, bu kız öğrencinin mezuniyet törenine başörtülü olarak katılamayacağını, bu sebeple bunun tören dışında tutulacağını söyledi. Aysel Hanım, Rektörün bu fikrine karşı çıktı ise de başarılı olamadı. Ben, Hocaya çare olarak törenin iptalini önerdim. Tören iptal edildi. Böylece, cari laik düzeni, Cumhuriyeti kurtarmış olduk!...

Rektör, 28 Şubat sürecinde, başta ben olmak üzere, benim gibi müslüman ve milliyetçi kimlikle bilinen hocaların atılmasını ısrarla istedi. Aysel Hanımla karşılaştığı her toplantıda “Cemal Şanlı'yı ne zaman atacağız?” diye sordu. Aysel Hanım bunlara direndi... Benzer, tavır, diğer fakültelerden atılan veya atılmak istenenlere karşı alınan kararlara karşı da gösterdi. Mesela; bir gün, İstanbul Edebiyat Fakültesinin Tarih bölümünden bir profesörün, başörtülü öğrencilerce kurulan derneğin(muhtemelen özgür-der) açılış yemeğinde: “Hukuk kuralları içinde yapacağınız mücadeleyi destekliyorum” dediği için Disiplin Yönetmeliğine göre (“Anayasanın suç saydığı bir eylemi övdüğü” gerekçesiyle) atıldığını, itirazının durumu değiştirmedikçe üzüntü ile anlatmıştı. 28 Şubat sürecinde Aysel Hanım, Hukuk Fakültesi başta olmak üzere, İstanbul Üniversitesi bakımından paratoner görevini ifa etti. Pek çok akademisyenin haksızlıklara maruz kalmasını, -Rektör'le kötü olmayı göze alarak- önledi. Nitekim, Aysel Hanım, 1999'da Rektör Alemdaroğlu ile anlaşamadığı için dekanlıktan istifa etti. Bu tarihten sonra Kürsüye de dönmedi. 3 Kasım 2002 seçimlerine tekaddüm eden dönemde geçici Adalet Bakanlığı yaptı. Sonraki yıllarda da Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesinde hocalık, Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde dekanlık görevlerini yürüttü.

Aysel Hanım, uzun süre kadın hakları veya kadının statüsü konusu ile meşgul oldu. Bunlardan, ülke adına ne ölçüde fayda sağladı bilmiyorum. Birkaç toplantıya, -muhtemelen Aysel Hanımın ricası ile- ben de katıldım. Toplantılar bana biraz içeriksiz ve muhatapsız geldi. Toplantılarda, toplantının muhatabını ne görebildim, ne de kim olduğunu anlayabildim. Katılımcılar, genel olarak kürklü, saç-başı yapılı, boyalı, tevezudan uzak ve masraflı hanımlar... Türkiye topraklarında “kadın mağduriyeti” dendiğinde, benim aklıma; eza-cefa çeken, emeği ile geçinen ve fakat

hiçbir zaman kadın olarak umur görmeyen analarımız, bacılarımız geliyor. Aysel Hanım dahil, kadın hakları ile ilgilenen hocalarımızın toplantılarında, ben, bu kadınlara hiç rastlamadım... Bu vesile ile Hocama uzun ömürler, sağlıklı günler diliyorum.

-Asistan olduğum tarihlerde, bir diğer Hocamız da Gülören Tekinalp idi. Onunla yaş haddinden emekli olana kadar birlikte çalıştık. İstanbul Hukuk'un tek numaralı öğrencilerine uzun süre birlikte dersler verdik. Hoca, Yabancılar Hukuku yanında, genel olarak, Devletler Özel Hukuku'nun "Kanunlar İhtilafı"(Bağlama Kuralları) kısmını anlattı. 2020 senesinde 13. Basısını yaptığı "Milletlerarası Özel Hukuk" isimli kitabında, bir kuyumcu hassasiyetiyle konuları işledi. Alanın meraklılarına ve özellikle akademisyenlere çok önemli bir eser bırakmış oldu...

Gülören Hanım, benim bildiğim 40 yıllık zaman zarfında, hiç kimseye ağır ve acı bir söz söylemedi. Kimseyi kırmadı, üzmedi. O nezaket ve zarafet abidesiydi... Karıncayı dahi incitmekten korkan, nahif bir insandı. Ben, her zaman "nahif" kelimesinin Türk diline, -sanki- Onu anlatmak veya tanımlamak için girmiş olduğunu düşündüm.... O, İstanbul Hukuk'taki Devletler Özel Hukuku Kürsüsünün daima "vicdanı" oldu...

Tekinalp Hoca, 2007'de yürürlüğe giren (yeni) Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un tasarı safhasındaki çalışmaları, Merkezin müdürü sıfatıyla titizlikle yürüttü. Sayısız toplantılar yaptı. Bunların tamamına ben de katıldım ve Hocaya yardımcı olmaya çalıştım. Hoca ile Kanunun tasarı safhasında TBMM'nde oluşturulan Alt Komisyonunda birlikte çalıştık. Bu sebeple birkaç kez birlikte Ankara'ya giderek, Alt Komisyon'daki parlamenterlere kanun tasarısını anlatmaya çalıştık. Bu çalışmalar, olumlu sonuç verdi ve Araştırma Merkezimizde Hocanın başkanlığında oluşturulan metin, önemli ölçüde Meclisten geçerek kanunlaştı.

Rektör Alemdaroğlu'nun 28 Şubat dönemindeki kütüphanelere yönelik tasallutu Onu da tarifsiz biçimde üzdü. Gerçekten de; bu dönemde Üniversitenin çok önemli eserleri barındıran ihtisas kütüphaneleri ve Merkez Kütüphanesi, Moğolların 1258 yılında gerçekleştirdikleri Bağdat kütüphane yağmasına benzer şekilde tar-u mar edildi. Üniversitenin Beyazıt'dan Süleymaniye istikametine giden cadde üzerindeki Kütüphanesi 99 depremi üzerine tamir için boşaltıldı. Buradaki "Nadir Eserler Bölümü"(Bu bölümdeki eserler II. Abdülhamit Han'ın özel kitaplığıdır)

de kutulara konarak, rastgele depolara terk edildi. Yine, Hukuk ve Edebiyat Fakülteleri bünyesindeki ihtisas kütüphaneleri kapatıldı, içindeki eserler çuvallara ve kolilere dolduruldu. Gerek Merkez Kütüphaneden çıkarılan ve gerekse ihtisas kütüphanelerinden kolilere aktarılan eserlerin pek çoğu, bir zaman sonra hurda kağıt toplayıcılarının eline geçti, bir kısmı sahaflarda görüldü, bir kısmı işin ticaretini yapan şahısların ellerine geçti. Vicdan sahibi insanlar, bunların bir kısmını kağıt toplayıcılarından satın alarak, Üniversiteye iade ettiler veya İstanbul Belediyesinin Kütüphanesinde toplanmasını sağladılar. Ancak, çok mühim bir kısmı çöpe gitti...

Talihsizliğe bakınız ki; Hoca, o dönem, “İstanbul Üniversitesi Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Araştırma ve Uygulama Merkezi”nin müdürü. Yukarıda zikrettiğim gibi, Rektör, hiç kimseye sormadan, kimseye görüşmeden Üniversite bünyesindeki pek çok kıymetli eseri bünyesinde barındıran ihtisas kütüphanelerinin kapatılmasını kararlaştırıyor. Bunlardan biri de Hocanın müdürü olduğu eski Devletler Hukuku Kütüphanesi... Kütüphane, 1943 yılında kurulan “Devletler Hukuku Enstitüsü”nün bünyesinde, bir Amerikan kuruluşu olan “Ford Vakfı”(Ford Foundation)nın katkıları ve eski hocalarımızın emekleri ile kuruluyor. Roma’dan Yeni Delhi’ye kadar Avrupa’nın en geniş ve gelişmiş Devletler Hukuku Kütüphanesi olarak planlanıyor. 1957’de Amerikalıların gönderdiği Arthur Rank isimli uzmanın da yardımı ile faaliyete geçiyor. Kütüphane, uluslararası anlaşmalar koleksiyonunu, bu anlaşmalarla ilgili müzakere dokümanlarını, Adalet Divanı kararlarını, Devletler Genel ve Özel Hukukuna dair pek çok kitap ve dergi koleksiyonunu ihtiva ediyor. Bu paha biçilmez eserler, Rektörün emri ile bir gün kolilere doldurularak, alt katlardaki boşluklara atılıyor. Akıbetlerini bilmiyoruz. Gülören Hanım, -sırf öğretim üyelerine oda açmak bahanesiyle yapılan- bu vandallık karşısında çaresiz kalıyor ve üzüntüsünden ağlıyor... Ben de; çaresiz ve ağlamaklı olarak Onu teselli etmeye çalışıyorum. Bu vesile ile ömrü uzun olsun dileklerimi iletiyorum...

-Kürsümüzün en renkli ve politik siması ise Yücel Sayman’dı. 77’lerde Kürsüye girdiğimde, “doktor asistan”dı. Onunla birlikte asistan olarak çalıştığımız yıllar, 12 Eylül öncesine denk düşüyor. Her gün ülkenin farklı yerlerinden çılgınlıklar geliyor ve sebepsiz yere onlarca insan öldürülüyor. Bütün moralimiz çöküyor. Okuma ve öğrenme zevkimiz yok oluyor. İnsanlığımızdan utanıyoruz. Yücel Beyle ülkeyi teslim alan anarşinin arka planını, daha da önemlisi, ülke meselelerini konuşuyoruz, tartışıyoruz. Farklı fikirde olmamıza rağmen, iyi anlaşıyoruz...

Yücel Sayman, kötülüklerin kaynağını teşkil eden kurulu düzene ve özellikle otoriteye her zaman karşı. Felsefi anlamda tam bir idealist ve anarşist. Lakin, otorite dışında her şeye dost. İnsana dost, hayvana dost, tabiata, ormana ve fikirlere dost... Türkiye'nin ender ve mühim muzdariplerinden biri. Beyni her daim zonklayan bir çile adamı, bir düşünce adamı, bir barış havarisi... 12 Eylül Rejimi Onu da biçti. Üniversiteden 1402'liklere dahil edilerek atıldı. Doğal olarak maaşı da kesildi. O tarih itibariyle mali durumunu bilmiyorum. Moda'daki evine birkaç defa gitmiştim. Bu gidişlerimde, Onun mali ve ekonomik vaziyeti konusunda bir fikir sahibi olamadım. Zaten, evin yarından fazlası kitapların işgali altındaydı. Yücel Bey de bana sadece kitaplardan bahsetmişti... Maaşı kesilmiş olmasına rağmen zengin mi, fakir mi ikilemi içinde; maaşı aldığım bir gün, Yücel Beyin Moda'daki evine gittim. Maaşımı aldığımı, bunu paylaşabileceğimi söyledim. Teklifimde son derece samimi idim. Yücel Bey teşekkür etti ve çok duygulandı. Dostluğumuz, bu hadise üzerine çok daha derinlik kazandı...

Yücel Beyle ilk birlikte katıldığımız toplantı, Ankara'daki Dış Politika Enstitüsü adlı derneğin vizelerle ilgili yaptığı toplantıdır. 12 Eylül darbesinden sonra, pek çok Türk vatandaşı Avrupa ülkelerine kaçmaya başlayınca, bu ülkeler sıra ile Türklere karşı Avrupa Konseyi'nin Vize Muafiyeti anlaşmasının seyahat serbestisine dair maddesini askıya alıyor ve Türklere vize koymaya başlıyorlar. Bunun yarattığı sorunları tartışmak ve özellikle Avrupa ülkelerini Türklere vize koymaktan vazgeçirmek için ne gibi tedbirler almak gerektiği hususunda toplantı yapılıyor, bizim Enstitü de davet ediliyor. Enstitü ikimizi görevlendiriyor. Sekiz-on saatlik toplantının neticesinde, Dernek Başkanı ve Genel Kurmay temsilcisi tarafından: *"...Avrupa ülkelerinin Türklere vize uygulaması komünistlerin ülkeden elini-kolunu sallayarak kaçmalarına karşı iyi bir tedbir olabilir... Bu itibarla belki de uygulamayı olumlu görmek lazımdır..."* mealinde bir yorum yapılırca, biz İstanbul'dan boş yere geldiğimizi fark ediyor ve süratle geldiğimiz yere dönüyoruz...

Yücel Sayman, 1996 senesinde İstanbul Barosunun başkanı seçildi. Üç dönem, başkanlığı sürdürdü. Onun başkanlık döneminde, o tarihteki İstanbul Belediye Başkanı Tayyip Erdoğan, Diyarbakır Devlet Güvenlik Mahkemesinin bir kararı ile belediye başkanlığından alınarak, Pınarhisar Hapishanesine gönderildi. Yücel Bey: "İstanbul Belediye Başkanını İstanbul Barosu Başkanının savunması münasip olur. Beni Başkanla görüştür." dedi ve birlikte Pınarhisar'a Tayyip Beyi ziyarete gittik. Savunma fikrini açınca, Tayyip Bey çok duygulandı. Teşekkür üstüne teşekkür

etti... Yücel Beyin ilgisini ve müzaheretini temin için, “insan” olmanız ve haksızlığa uğramanız yeterlidir. O, -kendisine oy verenlerin homurtularına kulak tıkayarak- sırf bu saikle Pınarhisar’a kadar gitti...

Yücel Sayman’la birlikte 1999 yıllarında Türkiye Barolar Birliğinin Ankara’da düzenlediği “Uluslararası Tahkim Nedir/ Ne Değildir” isimli bir sempozyuma konuşmacı olarak katıldık. Sempozyumun diğer iki konuşmacısı ise, uluslararası tahkim karşıtı Prof. Dr. Mümtaz Soysal ve Prof. Dr. Ali Ülkü Azrak idi. Sempozyumun ortalarına gelmiştik ve Yücel Bey konuşmakta idi ki; Bergama’daki siyanür kullanmak suretiyle altın çıkararak yabancı maden işletmesini protesto eden köylüler –reisleri daltonlar ile birlikte- salonu bastı ve “uluslararası tahkimden vazgeçilmesini” istediler... Oturum başkanı Tuğrul Arat, bir süre bağıırıp çağırdıktan sonra, protestocuların da oturup konuşmacıyı dinlemesini istedi. Protestocular Yücel Beyin uluslararası tahkime dair anlatılarını sakın bir şekilde aralardaki boşluğa oturarak dinleyip, bir süre sonra salonu terk ettiler.

Yücel Bey, 2002 senesinde, yaş haddinden emekli oldu. Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesinde Devletler Özel Hukuku dersleri vermeye devam etti. Sonra da Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesine geçti. Ders vermeye burada devam ediyor. Sağlıklı günler diliyorum...

-İstanbul Hukuk Fakültesinde “asistanlık”la başlayan akademik hayatımda karşılaştığım en ilginç simalardan biri de komşu Kürsü Devletler Umumi Hukukundan rahmetli Aslan Gündüz idi. 77 yılında birkaç ay ara ile İstanbul Hukuk Fakültesi’nde asistan olduk. O, Devletler Umumi Hukuku asistanı, ben Devletler Hususi... “Devletler Hukuku Enstitüsü”nde buluşmuştuk. Enstitü’nün hiçbir zaman ısınmayan en kuzeyindeki bilmem kaç metre kare genişliğindeki odasında masamız vardı. Yıllarca burada yan yana oturduk. “Üç kitap imtihanları”na, doktora yeterlilik sınavına birlikte hazırlandık. Üniversitenin kan gölüne döndüğü, Türkiye’nin en kanlı, en acımasız yıllarını birbirimize yaslanarak, birbirimizi destekleyerek ve kollayarak geçirdik.

Aslan, Elazığ’ın Palu ilçesine bağlı yoksul bir köyde doğmuş. İlkokuldan sonra Devlet Demiryolları çırak okulunda okumuş ve buradan mezun olduktan sonra Devlet Demir Yolları atölyelerinde işçi olarak çalışmaya başlamış. Burada işçi olarak çalışırken, “gece lisesi”ni bitirmiş. İstanbul Hukuk Fakültesine buradan gelmiş... Yani, rahmetli Aslan; hayatın inanılmaz engellerini aşarak, “eli nasırlı bir

işçi” olarak Hukuk Fakültesine öğrenci olarak geliyor. O çift numaraydı, ben ise tek... Bu sebeple öğrencilik yıllarında tanışmadık. Asistanlık yıllarımızın önemli bir kısmının geçtiği Devletler Hukuku Enstitüsü'nün en kuzeyindeki hiç ısınmayan müşterek odamızda tanıştık.

1981'de kısa dönem olarak askere gittim. Aslan bir ay erken müracaat ettiği için kısa dönem askerlikten yararlanamadı, 18 ay askerlik yaptı. Ben askerlik dönüşü bir dilekçe ile bıraktığımız yerden asistanlık görevine devam ettim. 18 ay sonra Aslan döndüğünde ise “mevzuat” değişti ve Aslan'ın Üniversite ile ilişkisi kesildi. O, hem uzun dönem askerlik yapmış, hem de Üniversitedeki görevinden olmuştu! Aylarca işsiz kaldı. Pek çok tanıdığım özel sektör kuruluşuna Aslan adına iş müracaatları yaptım. Daha çok yurt dışı müteahhitlik şirketlerinde Onun için iş aradım. Rahmetli Aslan bu şirketlerin birkaçında mülakatlara katıldı, fakat olmadı. Aslan Beyin iş dünyası ile teması işte böyle bir talihsizlikle başladı!... Yaklaşık olarak bir buçuk yıl sonra Kürsü tekrardan imtihan açtı ve Aslan'ı tekrar asistan aldılar. Hatta asistanlık yazılı imtihanını benim de gözetmen olarak görevli olduğum 5 Nolu amfide lisans öğrencileri ile birlikte yaptılar. Çok sıkılmış ve utanmışım. Sadece sınav süresince Aslan'la yüz yüze gelmemeye çalıştım...

Aslan, bir buçuk yıl sonra tekrar Devletler Hukuku Enstitüsü'nün hiçbir zaman ısınmayan en kuzeyindeki odamızda yerini aldı. O, her sabah Üniversiteye erkenden gelerek ve üzerine bir battaniye alarak çalışırdı. Ve nihayet Aslan doktora tezini tamamladığında İdareden savunma günü talep etti. Fakat, her defasında jürideki hocalardan biri ya hastalandı, ya yurt dışına gitti veya emekliliği geldi... Yani, jüri bir türlü toplanamadı. Hayli aksiliklerden sonra jüri toplandı ve rahmetli Aslan doktora savunmasını yapmaya başladı. Bu sefer de savunma sırasında kayda değer bir deprem oldu. Jürideki hocalarımız dahil herkes kaçışmaya başlayınca, benim aklıma yine Aslan'ın o şaşırtıcı kader çizgisi geldi... On beş-yirmi dakikalık aradan sonra jüri yerini aldı ve Aslan savunmasını tamamlayarak 05.07.1983 günü “hukuk doktoru” oldu. Jürinin kararından sonra, o günün asistanları Prof. Dr. Cevdet Yavuz, Prof. Dr. Abdülkadir Arpacı, Prof. Dr. Tankut Centel, Prof. Dr. Burhan Kuzu ve ben tebriklerimizi sunduk. Rahmetli Aslan'a “lütfen” İstanbul Hukuk Fakültesine tekrar dönme ve hukuk doktoru olma imkanı veren kadere de “yüreğlerimiz ağzımızda” teşekkürlerimizi sunduk...

Prof. Aslan Gündüz, Türkiye'nin Devletler Hukuku alanına giren aktüel uluslararası hukuk sorunları hakkında ciddi yazılar yazdı. Fikir ve düşüncelerine etkinlik kazandırmak için genellikle yazılarını İngilizce yazdı. Özellikle devletlerin ulusal güvenliği, insan hakları ve demokrasi, kıta sahanlığı, adalar ve ege meselesi... gibi konularda Türkiye'de ve yurt dışında monografi ve makaleler yayınladı; tezler hazırladı. Yazıları ve fikirleri ile pek çok uluslararası hukuk meselesinde Devletimize yol gösterdi. Yirmi beş-otuz yıllık gayretini milletimiz için karşılıksız ortaya koydu.

Prof. Aslan Gündüz, İstanbul ve Marmara Üniversitelerinde asistan, doçent ve profesör olarak 1977'den ölümüne kadar dersler verdi. 1995 senesinden itibaren Strazburg'daki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde Türkiye'nin avukatlığını yaptı. İnsan Hakları Hukuku ve Anglo-Sakson geleneğinin geliştirdiği savunma teknikleri konusunda ciddi bir bilgi ve tecrübesi vardı. 1996'lardan sonra birlikte bazı uluslararası tahkim davalarında avukatlık yaptık. Rahmetli Aslan, mükemmel İngilizce konuşurdu. Birlikte davalı avukatı olarak katıldığımız Viyana'daki bir uluslararası tahkim yargılamasında, davacı vekilleri "lisan" olarak Aslan Beye yetişemediler. Tartışmalar sadece ABD'de doktora yapmış Avusturyalı başhakem ile Aslan arasında cereyan etmeye başladı... Sonra, davacı vekilleri Mahkemedен "yavaş ve anlaşılır bir İngilizce" ile yargılamanın yürütülmesi için ricada bulundular! Davacı, sonraki celselere de Amerikalı ve Viyanalı avukatlarını getirdi.

Prof. Aslan Gündüz'le 2001-Mayısında Exeter Üniversitesine birlikte gittik. Muhtemelen bu birlikte son yurt dışı seyahatimiz oldu. Aslan, 4 Mayıs 2001 günü daha evvel vefat etmiş ve Marmara Üniversitesi AB Enstitüsünde Aslan Bey ile birlikte çalışmış olan Prof. Dr. Dominik Lasok onuruna Exeter Üniversitesinde bir konferans verdi. Konu: Türkiye-AB İlişkileri idi. Exeter Üniversitesinin en büyük salonu dolmuştu. Aslan Beyin iki buçuk saatlik mükemmel konferansını, Prof. Lasok'un öğretim üyesi dostları ve yaşlı eşi ile birlikte izledik. Exeter'dan dönüşümüzden birkaç gün sonra, Aslan Bey, Paris'teki Milletlerarası Ticaret Odası (ICC) Tahkim Mahkemesinde başlatılan birkaç telekomünikasyon davasında Ulaştırma Bakanlığı ve Telekomünikasyon kurumu tarafından hakem olarak atandı. Bu sırada hastalığı da ilerledi. Ancak rahmetli Aslan Bakanlığı ve avukatlarını hiçbir zaman yalnız bırakmadı; duruşmalara doktor adayı oğlunun eşliğinde ve Onun desteği ile eksiksiz katıldı.

Aslan, can kardeşimdi. 2002 yılının son günleriydi. Beyoğlu/Tepebaşı'ndaki ofisime geldi. Rengi sararmış, iştahı kaçmıştı. Aysel Hanımın hazırladığı öğle yemeğini ancak ısrarımızla ve güçlkle yedi. Midesinden rahatsızdı. Sonra, o tarihte tıp talebesi olan oğlu Hastaneye götürdü, filmler çekildi. Teşhis kötüydü... Ameliyatlar olduysa da fayda etmedi. Aslan, 20 Ocak 2004 günü vefat etti. Vefat ettiği gün, ziyaret için defaatle gittiğim Çapa Tıp Fakültesindeki odasına, kendimi toparlayıp, giremedim... Onun acı çeken, "küçülmüş" vücudunu son kez görmeye yüreğim yetmedi. Şiddetli bir yağmur altında, o "küçülmüş" vücudunu Küçükyalı mezarlığına defnettik. Allah, rahmetini esirgemesin...



*Prof. Şanlı ve rahmetli Rahmetli Prof. Dr. Aslan Gündüz'ün İGDAŞ'ın bir davası dolayısıyla gittikleri Viyana'da çekilmiş fotoğrafları. Fotoğraftakiler: (Soldan Sağa) Prof. Şanlı, İGDAŞ Baş Hukuk Müşaviri Eyüp Karagülle, Prof. Dr. Aslan Gündüz, Prof. Dr. Cevdet Yavuz*

30. Ülkemizdeki akademik hayatın tashihe muhtaç pek çok tarafları var. Hukuk Fakültelerimizdeki derslerimiz, "takrir" esasına dayanıyor. Yani, her dönem hoca, hoca olduğu günden beri tekrarladığı gibi, konuları tek taraflı anlatıyor; öğrenci dinliyor... Üniversitede kırk yıl kalmış iseniz, kırk yıl bu şekilde devam ediyor! Akademi sistemimiz, gelişmiş ülkelerdeki verimliliğe, etkinliğe ve dönüştürücülüğe sahip değil. Mesela; Yunanistan dahil, Avrupa ülkelerinin önemli bir kısmında, hukuk fakültesindeki hocalar, -akademideki görevleri yanında- mahkemelerde hakim olarak görev yaparlar. Bu, Avrupa ülkelerindeki adalet sisteminin kalitesini önemli ölçüde arttırmaktadır. Daha da önemlisi, hocanın gerçek hayatla temasını sağlamakta, onun hayattan kopuk tamamen teorik dersler yapmasının önüne



geçmektedir. ABD’de ise, hukuk fakülteleri, proje bazında davalar alır, bu davalarda duayen ve avukat sıfatı da bulunan hoca nezaretinde lisans ve yüksek lisans öğrencileri çalışarak pratiklerini geliştirir. Dava kazanıldığında, fakülte de önemli bir gelir elde eder. Günümüzde, gelişmiş ülkelerdeki üniversite sisteminin en belirgin vasfı, projeler üstlenerek bilgi üretmeleri ve bu bilgi üzerinden gelir yaratmalarıdır. Bizim, üniversite anlayışımız henüz bunların uzağındadır. Üniversite sistemimiz, bilmem kaç yıldır, öğretim üyelerinin dışarıda çalışıp çalışmayacakları meselesini dahi çözememiştir. Bugün, üniversite dışında kendi meslekleri ile ilgili alanlarda çalışanlar, yaptıkları bu işin legal mi, yoksa kaçak mı olduğundan emin değiller.

Doçent olduktan sonra, ben de tahrir esasına dayanan, yani her yıl tek taraflı olarak amfide tekrarladığımız derslerden sıkılmaya başladım ve üniversite dışındaki gerçek hayatı merak etmeye başladım. İlk teşebbüsüm, TOBB(Türkiye Ticaret, Sanayi, Deniz Ticaret Odaları ve Ticaret Borsaları Birliği) Genel Sekreterliği ile ilgili oldu... 58 ve 59. Hükümetlerde Sanayi ve Ticaret Bakanlığı yapan Ali Coşkun, 4 Haziran 1986’da seçimleri kazanarak TOBB Başkanı oldu. Ali Beyle tanışıyoruz ve ara sıra görüşüyoruz. Başkan seçildiğinde, beni TOBB’a davet ediyor ve Genel Sekreter olmamı istiyor. Genel Sekreterlik çok aktif ve etkin bir makam. Başkan, sembolik işlerle meşgul ve protokolden protokole koşuyor. Kurumu, esas itibariyle Genel Sekreter yönetiyor. Tüm birimler de ona bağlı. Ali Bey, “mevcut Genel Sekreterin dört-beş ay sonra emekli olacağını, bunu beklememiz gerektiğini, benim şimdilik bir daire başkanı olarak atanmamı ve Genel Sekreterin emekliliğinden sonra da buraya atanmamın doğru olacağını” belirtti. Ben de tamam dedim. Bu sebeple Üniversite ve YÖK’ten izin, TOBB’da bir daire başkanlığına atanmak üzere talep edildi. YÖK’ten izin çıkmadı. YÖK’ün 16.12.1986 Tarih ve 22877 Sayılı yazılarında, TOBB’da daire başkanı olarak görevlendirilmem uygun bulunmadı... Böylece, üniversite dışındaki ilk arayışım, hüsrarla sonuçlanmış oldu. İkinci teşebbüsüm ise, 1987 senesinde TÜPRAŞ Genel Müdür Yardımcılığı makamı ile ilgili oldu. TÜPRAŞ, o tarihte Türkiye’nin en büyük şirketi ve ülkedeki tüm petrol, petrol rafinerileri ve petrokimya tesislerinin bağlı olduğu kurumdu. Hisseleri TPAO’ya aitti. Başbakan’a bağlı Devlet Bakanlarından biri tarafından yönetiliyordu. O da ANAP Hükümetinin bir üyesi olan Devlet Bakanı Kazık Oksay’dı. Bakan, yakın arkadaşı olan Marmara Üniversitesi Rektörü rahmetli Prof. Dr. Hakkı Dursun Yıldız’ı arıyor ve TÜPRAŞ’a genel müdür yardımcısı yapmak üzere vasıflı bir hukukçuya ihtiyaçları olduğunu, çünkü uluslararası satışlarla

İlgili ciddi devletlerarası özel hukuk sorunları yaşadıklarını dile getirerek bu konuda yardım istiyor. Hakkı Dursun Hoca, Prof. Nomer vasıtasıyla bana ulaşıyor ve Hoca ile Rektörlükte görüşüyoruz ve ben teklifi kabul ettiğimi bildiriyorum. Sonra, Ankara'da Başbakanlık'ta bakanla görüşüyorum ve işlemleri başlatıyoruz. İstanbul Üniversitesinin, benim, Üniversiteler Kanununun 38. Maddesine göre TÜPRAŞ Genel Müdür Yardımcısı olarak Başbakanlıkta görevlendirmem için yazdığı yazıya, YÖK; 22.07.1987 tarihli yazısı ile olumlu cevap veriyor ve böylece iznim çıkıyor. Sadece, TÜPRAŞ'la bir "sözleşme" yapıp, işe başlayacağım... Bu sırada, Başbakanlıkta "danışman" sıfatını taşıyan ve yargılanarak suçlu bulunup hapse atılan eski Devlet Bakanı İsmail Özdağlar'dan kalma Manisa/Demirci'li bir arkadaşım(Hemşehrim) da var. Ben, bu arkadaşımın işlemlerin tamamlanması ve hızlanması için gayret sarfettiğini düşünüyorum. Aksi bir durum oluyor... Danışman, benim 1974'lerde, yani o tarihten 13 yıl evvel çıkardığım "Hasret Dergisi"nden bir tomar alarak, Bakana çıkıyor ve benim hakkımda korkunç şeyler anlatıyor... Bakan korkuyor. Derhal, vazgeçiyor. Ertesi hafta telefonlarıma çıkmıyor... Böylece, üniversite dışındaki arayışlarımın ikincisi olan TÜPRAŞ Genel Müdür Yardımcılığı hayalim de yerle bir oluyor!

31. 1989'larda yolum yine İngiltere'ye düşüyor. Bu sefer, Southampton Üniversitesinde misafir hoca(Visiting Professor) olarak çalışıyorum. Dev korulukların arasındaki bu Üniversitede nefes alıyorum... Burada, aynı zamanda, doçentlik çalışmamı yapıyorum. Southampton'dan hafızamda kalan en önemli iz: Prof. Charles Deppattistadır. Hukuk Fakültesi'nin Deniz Ticaret Hukuku bölümünün başında, Üniversitenin en meşhur hocası. Hoca ile tanışıyoruz ve sık sık kahve içiyoruz. Sonraki yıllarda, İstanbul Hukuktan mezun ve İngiltere'de Deniz Ticaret Hukukunda master veya doktora yapmak isteyen pek çok öğrencimi birer referans mektubu ile Hocaya gönderdim... Öğrenciler üzerinden uzun süre selamını aldım. Üniversiteden benim gibi emekli olmuş ve şu an aktif olarak uluslararası deniz hukuku ihtilaflarında hakemlik yapıyor...

32. Kırk yıllık üniversite hayatımda, kendi Fakültem'den ayrı olarak bir çok yere derse gittim. YÖK, 1983'lerde hocalar için "rotasyon" getirdi. Hocalar, ihtiyaç olan üniversitelere zorunlu olarak belli sürelerle derse gidecekler... O yıllar, Diyarbakır Hukuk açıldı ve son sınıf öğrencilerine Devletler Özel Hukuku dersinin okutulması gündeme geldi. Kürsüdeki hocalarımız birer defa gittiler, sonra; en genç üye sıfatıyla işi tamamen bana bıraktılar. Ben, üç yıl süre ile ayda

bir defa gitmek ve her gittiğimde de üç gün kalmak şeklinde dersleri ikmal ettim. 84 veya 85 mezunlarının yıl sonunda çıkardıkları bir albüm hala hatırımdadır. Albümdeki “Uçan Hocalar” başlığını taşıyan bir karikatüre göre, hocanın uçağı Hukuk Fakültesinin olduğu Bağlar semti üzerinde alçalıyor ve tam bu sırada hoca uçağın penceresinden “çocuklar, ceza hukuku kitabımın 1 ila 450. sayfalarını okuyunuz” diye sesleniyor. Uçak yükseliyor... Bu karikatür biz uçan hocaları ve derse gittiğimiz üniversitelerin durumunu çok güzel resmediyor. Kuşkusuz, ben de uçakla gidip uçakla dönüyorum. Türk üniversite geleneğine ıstılah olarak giren “uçan hocalar” tabiri, o dönemden miras kalmıştır. Sonraki yıllarda, İstanbul İktisat ve Siyasal Bilgiler Fakültelerine, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesine de derslere gittim. Buralardan mezun pek çok öğrencim var. En büyük sevincimiz ve sermayemiz de budur...

33. 1994 yılında ise İstanbul Belediye seçimleri yapıldı ve önceden tanıştığımız Recep T. Erdoğan % 25 civarında oy alarak başkan seçildi. Seçim öncesi tahminler, İlhan Kesici veya Bedrettin Dalan'ın kazanacağı yönünde idi. O tarihteki hakim medyanın, bu adaylara destek zımınında yaptığı, -Erdoğan'ın gecekonduda oturduğu, hatta tapusuz taşınmaz edindiği... vs. gibi tahfif edici- haberler, kamuoyunda ters tepki yarattı ve Refah Partisi adayı seçimi kazandı. Seçimlere yaklaşık bir ay kala, propaganda kapsamında aday Erdoğan ve benim de katıldığım Tarabya Otelinin en büyük salonunda “Anayasa Hukuku Meseleleri” isimli bir toplantı düzenleniyor. Toplantıyı Hukuk'tan talebem olan bir hanımefendinin başında olduğu Kadın Kolları tertipliyor. Sabah dokuz sularında toplantı salonuna vardığımda, gözlerime inanmadım. Erdoğan'a hiç itibar etmeyen, haberlerde hiç yer vermeyen hakim basından onlarca, belki de yüzlerce gazeteci, fotoğraf makinalarının deklanşörü açık salonun kapısındalar... Kürsüde yerimizi aldığımızda, Tayyip Bey'e eğilip: “Yarın, tüm gazetelerde siz varsınız. İyi ki bu toplantıyı düşünmüşsünüz... Tanıtım bakımından oldukça yararlı olacak...” gibi sözler sarf ettim. Birkaç saniye sonra, gazeteci ordusu salonu terk ederek, ana girişe doğru koşuştular... Meğer, eski bir manken olan ve o günlerde başörtüsü takan Gülay Pınarbaşı da dinleyici olarak salona geliyormuş. Gazeteciler Onun peşindeler. Nitekim, konuşmaların ortasında eski manken çıkınca, salonda gazeteci falan kalmadı. Ertesi günkü gazetelerde de toplantıdaki konuşmalarla ilgili tek bir satır çıkmadı...

Belediye Başkanı Erdoğan başkan olunca, “Başkan Danışmanlığı” teklifinde bulundu. Hukuk konularında Başkana yardımcı olacağız. Üniversitenin 38.

maddeye dayanan izin kararı, 7.7.1994 tarihinde olumlu olarak çıkıyor ve bana tebliğ ediliyor. O tarihte Belediyede dev hukuki meseleler var: Koç Üniversitesinin orman arazisine izinsiz yapılar yaptığı, Beykoz Konaklarının orman arazisine izinsiz inşa edildiği, yine Acarların orman arazisine izinsiz yüzlerce villa inşa ettiği iddialarına dayanan odalar dolusu dosya ile Dünya Bankası kredisi ile başlatılan ve kredi bittiği için yarım kalan atık-su arıtma tesisleri ile ilgili dosyalar ve bunlardan kaynaklanan onlarca tahkim uyuşmazlığı... Belediyedeki danışmanlık dönemi, benim için üniversite dışındaki hayatı tanımak bakımından büyük yararlar sağlamıştır.

34. Üniversite dışında iktisap ettiğim asıl özel sektör tecrübesi, THY sayesinde olmuştur. 2003 başlarında, THY yönetimine seçildim. O tarihte THY, 57 küsur uçağa sahip, etnik trafiğe dayalı seferler yapan küçük bir havayolu şirketi. Sürekli zarar yatan, zararları da KİT açıkları kapsamında Devlet tarafından kapatılan bir kamu şirketi... THY'nin hisselerine sahip Yönetim, 2003 başlarında, -kamu hayatında pek rastlanmayacak biçimde- liyakat sahibi insanlardan oluşan bir yönetim kurulu oluşturuyor. İlk yönetim kurulu: Abdurrahman Gündoğdu, Candan Karlıtekin, Hamdi Topçu, Atilla Öksüz, Ömer Dinçer, Mehmet Büyükekşi ve benden oluşuyor. Abdurrahman Gündoğdu genel müdürümüz. ABD'de uçak mühendisliği konusunda master yapmış, İTÜ kökenli bir yüksek mühendis. Daha evvel İstanbul Belediyesi'nin Ulaşım AŞ. isimli şirketinde genel müdürlük yapmış. Prof. Dr. Ömer Dinçer ise işletme yönetimi hocası ve çok önemli özel sektör tecrübesi var. Mehmet Büyükekşi, aynı zamanda, Türk ihracatçılarının ana örgütü olan TİM'in(Türkiye İhracatçılar Meclisi) Başkanı. Atilla Öksüz ise emekli pilot ve tümgeneral. Candan Karlıtekin, ABD'nin en önemli üniversitelerinden birinde iktisat/işletme alanında doktora yapmış, eski DESİYAB(Devlet Sanayi ve Yatırım Bankası) Genel Müdürü ve İstanbul Belediyesinin eski İştirakler Daire Başkanı. Hamdi Topçu, mali müşavir. İlginçtir ki; yönetimde, havacılığa en yakın ben gözüküyorum. Çünkü, benim doçentlik tezim: "Uluslararası Sivil Havacılık Davalarında Mahkemelerin Yargı Yetkisi ve Uygulanacak Hukuk" ismini taşıyor... Sonraki yıllarda, yönetimdeki arkadaşlar, konulara inanılmaz derecede vukuf sağladılar, başlangıçta eleştirenler sonradan mahcup oldular.



2013 tarihi itibariyle THY yönetimi: (Soldan Sağa) Abdurrahman Gündoğdu, Dr. Candan Karltekin, Hamdi Topçu, Em. Tümgeneral Atilla Öksüz, Prof. Dr. Cemal Şanlı, Prof. Dr. Ömer Dinçer

On bir yıl yönetiminde bulunduğum ve aynı zamanda yönetim kurulu başkan vekilliği ve icra kurulu üyeliği yaptığım THY’de çok ciddi başarılar elde ettik. 2003 yılında etnik trafiğe dayalı taşımacılık yapan, her yıl zarar açıklayan o küçük şirket, 2014’lerde, dünyanın önemli havayolu şirketleri arasına girdi. Dünyanın en çok destinasyonu (Uçuş Noktası) olan havayolu şirketi oldu. Mesela, Almanya’da Lufthansa’nın uçuş noktalarından daha fazla uçuş noktasına sahip oldu. Bütün yıllarda kâr etti. 30.000’e yakın istihdam sağladı. Hazırladığımız uçuş ağı (network) sayesinde, enternasyonal yolcu sayısı % 60’lara ulaştı. Uçak sayısı, 270’lere ulaştı. Transfer ettiği yolcu sayısı, yıllık 900.000’den 16.5 milyona ulaştı. Yıllık faaliyet geliri: 1.2 milyar USD’den 17 milyar USD’na ulaştı. Ve THY, Türkiye’nin tek uluslararası markası haline geldi. Kâr ederken, istihdam sağlarken ve neticeten başarılı olurken izlenen süreçleri gözlemlemek ve hatta bu süreçlerin arkasındaki kararları almış insanlar olarak gözlemlemek, akademik hayatın merkezini teşkil eden ders vermekten çok farklı bir heyecan veriyor. Size, inanılmaz tecrübeler sunuyor. Burada, daha gerçekçi bir hayatla yüz yüzesiniz. Batmanız da çıkmanız da mümkün. Hem rezil, hem vezir olma şansınız var.

Nasıl başarılı olduk? Burada zikre değer pek çok faktör var. Bunları saymaya ve analizini yapmaya işbu anı/biyografi yazısının hacmi müsaade etmiyor. Bu sebeple bunları geçiyorum. Sadece, kamuoyunun yakinen bildiği bazı kararlarımızdan tekraren bahsedebilirim: Birincisi, THY'nin % 50'den fazla hissesinin özelleştirilmesini sağlayarak, Şirketin KİT statüsünden çıkartılarak özel hukuk hükümlerine tabi olmasını sağladık ve böylece Şirket karar süreçlerini hızlandırdık. Bürokratik usulleri tamamlayarak altı ay sonra piyasadan satın alabileceğiniz veya kiralayabileceğiniz uçağın satın alma veya kiralama süresini iki saate indirdik!... Bu, Şirkete inanılmaz bir hareket kabiliyeti kazandırdı. İkincisi, bol miktarda uzun gövdeli uçaklar alarak, Atlantik uçuşlarını arttırdık. Bu, enternasyonal yolcu trafiğimizi büyüttü. Üçüncüsü, ikramları geliştirerek inanılmaz bir müşteri memnuniyetine ulaştık. Bu, yolcu sayısında patlama yarattı. Binlerce enternasyonal yolcu sırf THY-DOCO yolcu salonunda pide yiyebilmek için THY'nin bağımlı yolcusu oldu. Dördüncüsü, 2007/2008 krizinde dünyadaki hava yolu şirketleri küçülürken, biz büyüme kararları aldık. İflaslarla açığa çıkan pek çok uçağı elverişli şartlarda satın aldık veya kiraladık. Beşincisi, Dünya üzerindeki üç havayolu ittifakından biri olan Star Alliance (Star İttifakı)'a üye olduk. Böylece, THY'nin enternasyonal bir hava yolu şirketi olduğu intibasını derinleştirdik. Altıncısı, THY'nin paydaş olduğu çok önemli işbirlikler oluşturduk. Bu yolla ciddi kârlar elde ettik. Mesela; uçaklarımızın yakıt ihtiyacını karşılamak üzere THY/OPET ortaklığını kurduk. Böylece, yakıttan elde edilen karın % 50'sine işbirlikimiz vasıtasıyla sahip olduk. Yine, ikram sektöründe THY/DOCO isimli şirketi kurarak, ikramdan elde edilen karın % 50'sini THY'ye kazandırdık. Yedincisi, Şirkete ve Onun işbirliklerine liyakat sahibi insanları atadık. Ve, başarılı olduk...

THY'de yönetim ve icra kurulu üyeliği yaptığım dönemde, Şirket işleri ile ilgili olarak sayısız ülkeye seyahat etmek zorunda kaldım. Bu seyahatlerin bir kısmı hat açılışları ile ilgilidir. Bir kısmı uçuş hakkı alabilmek için öncelikle yapılması gereken anlaşma ve görüşmelerle ilgilidir. Bir kısmı sponsorluk anlaşmalarının imza törenleri ile ilgilidir. Bir kısmı da Şirketi alakadar eden değişik toplantılarla ilgilidir. Bu dönemde, THY'nin imajını yükseltmek ve böylece yolcu sayısını artırmak için Barselona Futbol Kulübü, Manchester United Futbol Kulübü, Euroleague, ünlü basketçi Kobe Bryant, Kevin Costner, Lionel Messi, Didier Drogba... gibi enternasyonal planda bilinen pek çok isimle sponsorluk anlaşmaları imzaladık. Bunlar, THY'nin yolcu sayısını inanılmaz rakamlara ulaştırdı.



*THY ile ünlü basketçi Kobe Bryant arasındaki sponsorluk anlaşmasının imza töreni dolayısıyla çekilmiş bir resim. Soldan Sağa: Prof. Dr. Cemal Şanlı, Hamdi Topçu, Kobe Bryant, İsmail Gerçek, Naci Ağbal*



*THY ile Manchester United Kulübü arasında akdedilen sponsorluk anlaşmasının imza töreninde çekilmiş bir resim. Soldan Sağa: Darren Fletcher, Prof. Dr. Cemal Şanlı, Manchester United Futbol Kulübü'nün ikinci başkanı David Gill, Hamdi Topçu, Wayne Rooney, Mehmet Büyükeşçi, Nani (Luís Carlos Almeida da Cunha)*

Bugün, Şirketin eski performansında olmadığını haricen müşahede ediyorum. Kuşkusuz, bu gerilemede, benim ayrılmamdan sonraki tarihlerde gerçekleşen hava alanı bombalamaları ve özellikle son yıllarda ortaya çıkan pandemi, büyük pay sahibidir. Temennim, 11 yıl emek verdiğimiz THY'nin ileride tekrar güzel günlere dönmesidir.

35. İstanbul Şehir Üniversitesi tecrübesi de benim için son derece kıymetli olmuştur. 2008-2015 yılları arasında, yani 7 yıl, İstanbul Şehir Üniversitesi Mütevelli Heyetinde bulundum. Eski Adalet Bakanlarından Oltan Sungurlu Heyet başkanıydı. Çok verimli çalışmalar yaptık. Öğrencilerinin yarıya yakını dünyanın muhtelif ülkelerinden gelen bu Üniversite, Türkiye'deki vakıf üniversiteleri arasında en iyilerden birisi oldu. Ve, "üniversite" kavramına en yakın oldu. Öğrenciler ve hocalar bilimsel bakımdan özgürdü. Bu sebeple, kısa zamanda ilginç araştırmalar ve ilginç eserler ortaya koydular... Akademik olmayan gerekçelerle kapatıldı. Ülkedeki kısır ve verimsiz politik tartışmaların kurbanı oldu. Böylece, ülkemiz çok önemli bir değerini yitirmiş oldu...

Talebelik yıllarında burs aldığım Türk Petrol Vakfı'na da yaklaşık 35 sene sonra(2014 yıllarında) Mütevelli Heyet üyesi oldum. Bu görevim halen devam etmektedir. Bunu, bir ahde vefa olarak görüyorum. Vakıf, rahmetli Aydın Bolak'ın son yıllarda maruz kaldığı ekonomik zorluklar ve sonra da vefatı üzerine hayli gücünü yitirmiş olsa da; yüzlerce üniversite öğrencisine burs desteği vermeye devam etmektedir.

36. Ve, nihayet 2017'de nüfus kaydımdaki doğum tarihine göre 40 yıl emek verdiğim ve ümitlerimi gömdüğüm İstanbul Hukuk'tan acı-tatlı pek çok hatıramı orada bırakarak emekli oldum. 1977 senesinde tek asistan olarak girdiğim Kürsüden, 40 yıl sonra sayısız asistan(Araştırma Görevlisi) ve öğretim üyesi bırakarak, ayrıldım. Uzun süre Anabilim Dalı Başkanlığı ve Enstitü Müdürlüğü yaptığım Devletler Özel Hukuku Kürsüsünü, genç meslektaşlarıma bırakarak ayrıldım...





*Prof. Şanlı'nın emekli olduğu 2017 senesinde İstanbul Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku Kürsüsü. Ayaktakiler Soldan Sağa: Dr. Cemre Tüysüz, Arş. Gör. Melis Avcı, Dr. Öğr. Üyesi Hümeysra Zeynep Erden, Dr. Öğr. Üyesi Ayşe Elif Ulus, Doç. Dr. İnci Ataman Figanmeşe, Ahmet Özaktaş, Prof. Dr. Faruk Kerem Giray, Dr. Öğr. Üyesi Mine Tan Dehmen, Prof. Dr. Emre Esen, Dr. Rümeyza Partalçı Oturanlar Soldan Sağa: Prof. Dr. B. Bahadır Erdem, Prof. Dr. Cemal Şanlı, Prof. Dr. Günseli Öztekin Gelgel*

40 yıllık akademik hayatımda, bir kez olsun derslerimi ihmal etmedim, bir kez olsun derse geç girmedim. 12 Eylül öncesi ve sonrası dahil, cari üniversite düzeninin talimatı doğrultusunda sakalı veya tıraşı dolayısıyla hiçbir öğrenci hakkında zabıt tutmadım. Yine, 28 Şubat generallerinin buyrukları doğrultusunda başörtülü oldukları için hiçbir kız öğrencimizle ilgili zabıt tutmadım, işlem yapmadım. Bu pozisyonlarda hep, asistanın ve öğretim üyesinin görevleri arasında zaptiye görevinin bulunmadığını söyleyerek, kendimi savundum. Bunlara Tanrı şahittir...

Üniversite hayatının kahrını çekmeye devam eden bütün meslektaşlarıma ve geride bıraktığım genç Kürsü mensuplarına bu vesile ile güzel günler diliyorum. Allah yolunuzu aydınlık eylesin...

15.02.2021

Prof. Dr. Cemal ŞANLI

**Prof. Dr. Cemal Şanlı'nın klasik özgeçmişini, bu kapsamda 40 yıllık akademik hayatında gerçekleştirdiği mesleki çalışmalarını, bir liste halinde ve kronolojik çerçeve içerisinde aşağıda bulabilirsiniz:**

- Manisa doğumludur. 1972-1973 öğretim yılında Denizli lisesinden mezun olmuş ve aynı yıl İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesine girmiştir. İstanbul Hukuk Fakültesinden 1976-1977 öğretim yılında mezun olmuştur.

1977-Aralık'ında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası Özel Hukuk Kürsüsüne asistan olmuştur. 07.05.1985'te "MİLLETLERARASI TİCARİ TAHKİMDE ESASA UYGULANACAK HUKUK" (Applicable Law in International Commercial Arbitration) adlı tezle "Hukuk Doktoru" unvanını almıştır. Uluslararası Tahkime ilişkin doktora tezini, Londra Üniversitesi'ne bağlı "Institute of Advanced Legal Studies"te tamamlamıştır. Aynı Üniversite'de 1987 yılında yardımcı doçent, 1990 yılında doçent olmuştur. 1996'da ise İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası Özel Hukuk Ana Bilim Dalında Profesör olmuştur.

Uzun süre İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası Özel Hukuk Ana Bilim Dalı Başkanlığı ve İstanbul Üniversitesi'ne bağlı Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Araştırma ve Uygulama Merkezi müdürlüğü görevlerini ifa etmiştir.

2017 yılında emekli olmuştur.

Prof. ŞANLI, İstanbul Barosuna kayıtlı avukattır.

Prof. Dr. Cemal ŞANLI, 2003-2014 yılları arasında THY Yönetim Kurulu ve İcra Kurulu Üyelikleri yapmıştır.

Evli ve 4 çocuk babasıdır.

Prof. ŞANLI, avukatlık yapmaktadır. "ŞANLI Hukuk Bürosu" nun kurucusudur.

**I-Prof. ŞANLI'nın Uluslararası Özel Hukuk konularında ve özellikle "Uluslararası Tahkim" alanında yayınlanmış pek çok kitap, makale ve monografisi bulunmaktadır.**

**Bunların başlıcaları şunlardır:**

-Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, (İş Bankası, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü yayını) Ankara-1986,

-Uluslararası Sivil Havacılık Davalarında Mahkemelerin Yargı Yetkisi ve Uygulanacak Hukuk, İstanbul-1992,

-Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 7. Bası, İstanbul-2019,

-Milletlerarası Özel Hukuk, (Prof. Dr. Emre ESEN – Doç. Dr. İnci Ataman FİĞANMEŞE ile birlikte), 8. Bası, İstanbul-2020,

-Türk Milletlerarası Özel Hukuk Mevzuatı, 18. Bası, İstanbul-2020 (Prof. Dr. Aysel ÇELİKEL ve Prof. Dr. Emre ESEN ile birlikte),

-Uluslararası Ticaret Hukuku, 5. Bası, İstanbul-2006 (Prof. Dr. Nuray EKŞİ ile birlikte),

-Devletler Hususi Hukuku 18. Bası, İstanbul-2010 (Prof. Dr. Ergin NOMER ile birlikte),

-Hukuki Mütalaalarım, 1. Bası, Ankara-2016,

- Milletlerarası Özel Hukuk Sözleşmeleri (Çok Taraflı Sözleşmeler),C.1, C.2, (Prof. Dr. Aysel Çelikel – Prof. Dr. Günseli Öztekin Gelgel – Prof. Dr. Bahadır Erdem – Doç. Dr. İnci Ataman Figanmeşe – Doç. Dr. Kerem Giray ile birlikte), 1. Bası, İstanbul-2005,

- “21 Nisan 1961 Tarihli Avrupa Anlaşması ve Türk Tahkim Hukuku”, Avrupa (Cenevre) – New York Anlaşmaları ve Türk Tahkim Hukuku Sempozyumu, Ankara-1990,

-“Yatırım Uyuşmazlıklarının Hallinde Tahkim Usulü ve Karşılaşılan Sorunlar”, Ekonomik ve Finansal İşbirliğinin Geliştirilmesinde Hukuki İhtilafların Çözümlemesi Sempozyumu – Bildiriler/Panel, İstanbul 18/19 Haziran, 1998

-“Yabancı Veraset İlamlarının Türk Mahkemelerinde “Tanınması” veya “Delil” Olarak Kullanılması”, Prof. Dr. İlhan E. Postacıoğlu’na Armağan, İstanbul 1990.

-“Konişmentonun Devri, Alacağın Temliki ve “Perdeyi Kaldırma Teorisi” Uygulamasında Sözleşmede Yer Alan Tahkim Şartının Konişmentoyu Devralan, Alacağı Temellük Eden ve Perdenin Arkasında Kalan Bakımından Geçerliliği Sorunu”, MHB, Yıl: 22, S.2–2002 (Ergin Nomer’e Armağan), s.774 vd.

-“Türkiye’deki Gayrimenkul ile İlgili Bir Yabancı Boşanma Kararının Tenfizi”, MHB, 1986/1, s.40 vd.

-“Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Davalarında Tahsil Olunacak ‘Karar ve İlam Harcı’na ve Ticaret Mahkemelerinin Bulunduğu Yerlerde ‘Görevli Mahkeme’ye ilişkin Bazı Sorunlar”, İBD, C.69, S.10-12 (1993).

-“4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununun Yürürlük Tarihinden Evvel Yapılmış Sözleşmelerden Doğan Tahkimlere Uygulanıp Uygulanamayacağı Sorunu”, MHB, Yıl:23, S.1–2/2003, (Gülören Tekinalp’e Armağan), s.687–712.

-“Milletlerarası Akitlerde Zamanaşımı”, İBD, C.63 (1989), s.637–649,

-“Uluslararası Kara ve Demiryolu Taşıma Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”, MHB, Sayı:1, Yıl: 9, 1989, s.47-54.

-“La Haye Devletlerarası Özel Hukuk Anlaşmaları”, İBD, C:63, S:7-8-9, 1989, s.372 vd. ,

-“Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards”, Arbitration in Turkey, Eds. Ali Yeşilirmak & İsmail G. Esin, Wolter Kluwer, 2015, s.211-241,

-“Türkiye’deki Dini, İلمي, Hayri Kurumların Hukuki Durumu ve Gayrimenkul İktisapları”, Hıfzı Timur’un Anısına Armağan, İÜHF yayını, İstanbul 1979, s. 839-877.

-“New York Konvansiyonuna Göre Hakem Kararlarının Kesinleşmesi Sorunu: MHB 1-2/1994.

-“Türkiye’de Yargıtay Kararlarına Göre Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi”, Prof. Dr. Yılmaz Altuğ’a Armağan, MHB, Y. 17-18, S. 1-2, 1997-1998,

-“Teşvik Belgesinin Kullanımından Doğan Hakların Yabancı Ortakla Bölüşümünü Öngören Yabancı Hakem Kararı Türk Kamu Düzenine Aykırı Sayılabilir mi?” Prof. Dr. Nihal Uluocak’a Armağan, İstanbul 1999,

-“Türk Devletler Özel Hukukunda Mirasa İlişkin Bazı Sorunlar”, Prof. Dr. Nihal Uluocak’a Armağan, İstanbul 1999,

-Milletlerarası Hakem Kararı-Milletlerarası Ticarî Tahkimde Usule Uygulanacak Hukuk- Tarafların Tahkim Hukukunu Seçme Yetkisi -Hakem Kararının İptali Davasının Tenfize Etkisi- Tahkim Yeri ve Mahallî Mahkemeler Arasındaki İlişkiler, MHB, S.1, Yıl:3 (1983),

-Milletlerarası Ticarî Tahkimde Hakem Kararlarının Tahkim Yeri Hukukundan Ayrılması ve Bu Kararların 2675 Sayılı Kanun Açısından Tenfizi Sorunu, II. Tahkim Haftası (Bildiriler-Tartışmalar), Ankara 1984,

-Uluslararası Ticari ve Ekonomik Uyuşmazlıkların Arabuluculuk (ADR) Yöntemi ile Çözümlemesi ve MTO’nun ADR Kuralları, MHB, Yıl: 22, Sayı:1, 2002, s. 57-69,

-Batı Trakya Türklerinin Gayrimenkul Mülkiyetine İlişkin Sorunları, MHB, Yıl:15, Sayı 1-2, 1995, s. 59-69,

-“Türkiye’nin New York Konvansiyonuna Katılması Dolayısıyla Hakemlerce Verilen Kararların Kesinleşmesi Sorunu”, MHB Özel Sayı (Prof. Dr. Vedat Raşit Seviğe Armağan), Yıl:14, Sayı:1-2, 1994,

-“Yatırım Uyuşmazlıklarının Hallinde Tahkim Usulü Ve Karşılaşılan Sorunlar”, Altyapı Projelerine Özel Sektörün ve Yabancı Sermayenin Katılımında İmtiyaz Hakkı ve Uluslararası Tahkim Açısından Ortaya Çıkan Sorunlar ve Çözüm Önerileri Paneli, İstanbul 1998, s. 35-51.

**II. Prof. Dr. Cemal ŞANLI, pek çok yerel ve uluslararası tahkim davasında avukat, taraf hakemi veya başhakem olarak görev almıştır. Ancak uluslararası tahkim sistemindeki “gizlilik” sebebiyle Prof. Şanlı’nın dahil olduğu davaların listesi verilmemiştir.**



## Değerli Kürsü Arkadaşım Prof. Dr. Cemal Şanlı İçin

**Aysel Çelikel\***

Prof. Dr. Cemal Şanlı'yı çalışkan, ahlaklı, sağlam bir hukuk mantığına ve tahlil gücüne sahip bir akademisyen, milletlerarası özel hukukun gelişiminde etkili olmuş bir bilim insanı olarak tanımlıyorum.

Cemal Şanlı ile yaklaşık 20 yıl aynı kürsüde sevgi ve saygıya dayalı bir ortamda uyum içinde çalıştık. Farklı siyasi görüşlerimizin anabilim dalında görevli arkadaşlarla olan insani, sosyal, kişisel ilişkilerimize güç ve güzellik kattığını söylemeliyim. Dr. Şanlı, bilimsel çalışmaları, dürüst ve yardımsever çizgisi ile anabilim dalımızda kendini kabul ettirmeyi bilmiştir.

Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim dalı; hem sol hem milliyetçi muhafazakâr, hem de demokrat Atatürkçü öğretim elemanlarının düşünce özgürlüğü ve barış içinde görev yaptığı örnek bir bilim dalını temsil ediyordu. İnsan haklarına, sevgi ve saygıya dayalı geleneksel çalışma disiplini, ülkemizin en köklü hukuk fakültesinin en az bulunan anlayışını ifade ediyordu. Bugün de anabilim dalımıza mensup genç arkadaşlarımızın aynı geleneksel demokratik çizgiyi devam ettirdiklerini mutlulukla izliyorum.

Yıl 1977, Milletlerarası Özel Hukuk anabilim dalına araştırma görevlisi alma kararı almıştık. Seminer derslerinden tanıdığımız bir kadın aday, Kürsünün favorisiydi. Jüri olarak Prof. Dr. Gülören Tekinalp ve Prof. Dr. Ergin Nomer ile birlikte sınav kağıtlarını incelediğimizde, bir adayın, diğer dört adaya, bilgisi ve çok iyi bir tahlil gücü ile fark attığını gördük. Bilgili iyi bir muhakeme gücüne sahip olduğu anlaşılan bu genç adayı tercih ettik. İşte Cemal Şanlı ile ilk tanışıklığımız, insani ve bilimsel ilişkimiz bu sınav kağıdı ile başladı.

MÖHUK'un güncellenmesine ilişkin beş hafta boyunca yaptığımız bilimsel toplantılara doğal olarak Cemal Şanlı da katılıyordu. Hocamız Prof. Dr. Nihal Uluocak başkanlığında, bütün kürsü elemanlarının katılımı ile yürüyen bu toplantıların, Cemal'in bilimsel olgunluğunu ve tanınmasını sağladığını anımsıyorum.

\* **Sorumlu Yazar:** Aysel Çelikel (Prof. Dr.), İstanbul, Türkiye. E-posta: ayselcelikel@yahoo.com

Pekiye derece ile başardığı doktora sözlü sınavında jüri üyesiydim. Bütün jüri üyerini tatmin eden cevaplarından sonraki özel toplantıda bilimsel dikkat ve titizliği ile tanınan Halid Kemal Elbir Hocamız bana dönerek, “Cemal Bey’in cevapları fevkalade doyurucuydu, siz de aynı fikirde misiniz? Pekiye teklif ediyorum” demişti. Bir asistanımızın beş jüri üyesi tarafından da pekiye derecede değerlendirilmesi, beni çok gururlandırmıştı.

Fakültemizin ve anabilim dalımızın gelenekleriyle yoğrulmuş bilimsel yaşam, Cemal şanlı’yı kısa sürede doçent ve Profesör unvanları ile birlikte bu günlere getirdi. Prof. Dr. Cemal şanlı, bilimsel değerini unvanlarından kazanmamış; aksine talip olduğu bilimsel unvanlara değer katma başarısını göstermiştir. O, her zaman bilimsel çalışmalarındaki ciddiyeti, verimliliği ve kişiliği işe takdir edilmiş, saygı duyulmuş bir akademisyen oldu.

Prof. Dr. Cemal şanlı’nın başarılarında payı olan eşi Halime şanlı’yla, tüm evlatları ve aile bireyleriyle mutlu ve sağlıklı yıllar diliyorum.

Prof. Dr. Aysel Çelikel

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı  
Emekli Öğretim Üyesi



## Prof. Dr. Cemal Şanlı Hakkında

### Gülören Tekinalp\*

Cemal Şanlı, kendisini çok takdir ettiğim çalışkan bir asistan ve Türk Milletlerarası Usul Hukukuna önemli katkılarda bulunmuş saygıdeğer bir meslektaşımıdır. Asistanlığının ilk günlerinden itibaren seçtiği mesleğin kendisine yüklediği sorumlulukların bilincinde olmuş, bilimsel çalışmalara özellikle de MÖHUK'un yenilenmesi müzakerelerine ciddi bir şekilde katılmış ve yararlı olmuştur.

5718 sayılı Kanun tasarısını hazırlayan komisyonda başkanlık yaparken Şanlı'nın bu yönünü daha yakından tanıdım ve konulara hakimiyetini tespit ettim.

Şanlı, milletlerarası özel hukuk topluluğunun ve bunun bir parçası olan İstanbul Hukuk Fakültesi Devletler Hususi Hukuku Kürsüsünün, daha sonra da Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalının özverili, birçok incelemeye ve kitaba imza atmış bir üyesidir.

Bu sebeple asistanlığından itibaren uzun yıllar birlikte çalışmış bir hoca olarak Şanlı'nın bilimsel kişiliği hakkında bazı gözlemlerimi ve değerlendirmelerimi kendisi için yayımlanan Armağan'a yansıtmak istiyorum.

Şanlı, araştırmalarını MÖHUK'un sistematik izahına ve MÖHUK'a ilişkin münferit konuların yorumuna hasretmemiştir. Milletlerarası sözleşmelerin hazırlanması ve uyuşmazlıkların çözüm yolları konusunun ve önem taşıyan bazı sorunların ortaya konulmasını ve bunların kişisel görüşlerle aydınlatılmasını ona borçluyuz. Şanlı'nın "*uyuşmazlıkların çözüm yolları*" deyimiyile Türkçeye aktarılan "dispute resolution" bugün milletlerarası özel hukukun en yoğun tartışmalarına konu olmakta ve özellikle de alternatif çözüm yolları özel bir önem taşımaktadır. Çünkü söz konusu kavram, çözüm ile ilgili yargısal platformlar ile usulleri kapsamaktadır. Çözüm platformları milli mahkemeler ve hakem kurullarıdır; ve çoğunlukla başvuru usuller ise uzlaştırma, arabuluculuk mekanizmaları, teknik bilirkişi heyetleri, bunların organizasyonları, ön hakemlik ve üçüncü kişilerin sözleşmeye müdahaleleridir. Son olarak Türkiye'de yürürlüğe giren Arabuluculuk Kanunu, alternatif çözümün (dispute resolutions) somut bir örneğidir.

\* **Sorumlu Yazar:** Gülören Tekinalp (Av./Dr.) İstanbul, Türkiye Türkiye. E-posta: tekinalp@tekinalp.av.tr

Ben, kişisel olarak, 1996 tarihinde yazılan ve 2019’da yedinci basısı yapılan “*Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*” adlı kitabını milletlerarası özel hukukun ufkunu genişleten bir ürün olarak görüyorum. Şanlı’nın andığım eserinde tahkim kurumuna girmiş olması, Türk milletlerarası özel hukukunu ve doktrini sadece milletlerarası hakem kararlarının tanınması ve tenfizi gibi dar bir alana sıkışmaktan kurtarmıştır.

Tahkimi milletlerarası özel hukuk literatürüne tanıtan ve bu iki alan arasındaki biyolojik bağlantıyı kuran kişinin Prof. Şanlı olduğunu belirtmek istiyorum. Şanlı’nın tahkim konusuna girişi bence 1986 tarihli “*Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk*” adlı mükemmel çalışması ile başlamıştır. Prof. Şanlı, tahkim konusuna ilgisini birçok makale ile de devam ettirmiştir. Bunlardan birisi de benim armağanıma yazdığı “*4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununun Yürürlük Tarihinden Önce Yapılmış Sözleşmelerden Doğan Tahkimlere Uygulanıp Uygulanmayacağı*” adlı güncel bir sorunu incelediği makalesidir [Bu makale için bkz: MHB, Yıl 23, S.1, 2003, Gülören Tekinalp’e Armağan, s. 687-712].

Son olarak Şanlı’nın değerli iki kürsü mensubu, Prof. Dr. Emre Esen ve Doç. Dr. İnci Ataman- Figanmeşe ile birlikte yayımladığı, 2019 yılında yedinci basıya ulaşmış “*Milletlerarası Özel Hukuk*” başlıklı kitabı, Türk Milletlerarası Özel Hukuk literatüründe saygın bir konuma sahiptir. Söz konusu eser hem açık sistematığı ve güzel Türkçesi hem yerli ve yabancı kaynak kullanmadaki takdire değer becerisi hem de yorum yöntemi ve aydınlatıcı Yargıtay kararlarının zenginliği ile ilgileri toplamıştır.

Şanlı’nın ilerideki yayımları ile uygulamacılara, araştırmacılara, öğrencilere ve meslektaşlarına yararlı olacağına eminim.

## Dostum Cemal Şanlı

**Yücel Sayman\***

Ben, 12 Mart döneminde sıkıyönetim komutanlığının istemi sonucu İstanbul Hukuk Fakültesi'ndeki görevine son verilmiş, birkaç yıl yurt dışında yaşamak zorunda kalmış, Ecevit'in çıkarttığı af yasasını tamamlayan Anayasa Mahkemesi kararı sayesinde yurda dönebilmiş, Danıştay kararıyla Devletler Özel Hukuku kürsüsünde görevine devam etme olanağı bulmuş, o günlerin 'solcu' olarak tanımlanan asistanlarındandım.

Cemal Şanlı, kendisiyle ilgili söylenenlere bakılırsa, 'Türkeş'in sağ kolu', 'faşist', 'şeriatçı' bir 'militandı'; Devletler Özel Hukuku kürsüsünde açılan asistanlık sınavını büyük bir başarıyla kazanmış ve o günlerin 'sağcı' olarak tanımlanan asistanlarından biri olmuştu.

Fakülte öğretim elemanlarının bir çoğunun gözünde, sağ ve solun 'aşırı uçlarında' yer alıyorduk; öyle söylemeler de öyle düşünüyorlardı.

Farklı siyasi cenahlardan iki asistan, 1976 yılında aynı kürsüde karşılaştık, bir süre ayrı masalarda büyük kütüphanenin soğuk mekânını paylaştık.

Cemal benim gibi değildi, inançlıydı; inancının gereklerini aksatmaksızın yerine getirirdi. Siyasi düşüncelerimiz tamamen farklıydı, hatta birbirine zıttı. Arkadaş olmamız mümkün değildi. Ben sigara ve içki içerdim, o ikisini de içmezdi, gittiğimiz yerler tamamen farklıydı, kürsü dışında görüştüğümüz insanlar ayrı dünyalara aitti. İnançlılığımız ve inançsızlığımız, siyasi düşüncelerimizdeki zıtlık, benimsediğimiz yaşam tarzlarındaki farklılık, katıldığımız ortamların asla birbiriyle bağdaşmaması, görüştüğümüz insanların neredeyse birbirini düşman gibi görmesi paylaşabileceğimiz hiçbir ortak nokta bırakmıyordu. Nasıl arkadaş olabilirdik ki?

Arkadaş olmadık ama dost olduk.

Ait olduğumuz siyasi cenahlarda yer alan kimileri o günlerde birbirlerini öldürüyorlardı. Cemal ve ben bu ölüm saçan siyasi ortamdan üzüntü duyuyorduk,

\* **Sorumlu Yazar:** Yücel Sayman (Prof. Dr.), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Emekli Öğretim Üyesi, İstanbul, Türkiye E-mail: xxxxxxxxxxxxxxxxx

nefret ediyorduk. Kütüphanenin o soğuk mekânında uzun uzun konuşuyorduk, tartışıyorduk; hiçbir farklılığımız ölüm saçan siyasi ortam karşısında benzer tepkiyi göstermemizi, benzer duygularla beslenmemizi engellemedi. Farklı siyasi cenahları birbirine düşmanlaştıran siyasetin tuzağına düşmedik. Birbirimize yabancılaşmadık, birbirimize siyasi hasım gözüyle bakmadık. Aksine, farklı siyasi cenahlarda yer almamıza rağmen, tüm farklılıklarımızı koruyarak birlikte var olabileceğimiz bir toplumda yaşayabilmeyi düşündük. Düşüncelerimizi bu açıdan tartıştık; birbirimizin düşüncesiyle yeri geldi dalga geçtik, eğlendik ancak düşüncelerimize ve inancımıza/inançsızlığımıza hep karşılıklı saygı ile yaklaştık.

Hukuk fakültesinde, akademik alanda, hukuk biliminin inceliklerini birlikte faaliyet gösterdiğimiz devletler özel hukuku kürsüsünde paylaşıyorduk ve ikimiz de o günlerdeki siyasi ortamın ölerək/öldürerek bir mücadeleyi kazanmak fikriyatının girdabına kapılmıyorduk.

Kütüphanenin soğuk mekânlarında bizi birbirimize yakınlaştıran şey, bilimsel çalışmaya verdiğimiz önem ve farklı ve zıt siyasi görüşlerimize rağmen düşmanlaşmadan, birlikte var olup, şiddet kullanmadan birlikte yaşayabileceğimiz bir toplum arayışımız oldu.

Toplumsal yaşamdaki siyasi, toplumsal, kültürel tercihlerimiz hiçbir zaman arkadaş olamayacağımız koşulları yaratmıştı; bunda yadırganacak, eleştirilecek, kınanacak bir durum yok elbette... Başka türlü olması da zaten beklenmemeli. Ancak, aynı kürsü içindeki akademik faaliyetlerimizde paylaştığımız bilimsel çalışmayı sürdürürken ölüm saçan siyasi ortam karşısında gösterdiğimiz ortak davranış aramızdaki güveni, dayanışmayı üretti ve giderek güçlendirdi: Güven ve dayanışma dostluğumuzu kurdu. Halâ farklı siyasi cenahlardayız ama dostluğumuz hiç bozulmadan aynı gücüyle devam ediyor..

Dostluğumuzu temellendiren karşılıklı dayanışmayı ve desteği yansıtan olayları yıllar içinde birbirimize anlattık.

Benim Danıştay kararı ile görevime döndüğüm, Cemal'in sınav kazarak göreve başladığı asistanlık günlerinde yollarımız İstanbul Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku kürsüsünde keşişti.

Kürsü içindeki ilişkilerde, ait olduğu siyasi cenah nedeniyle, ona benden farklı biçimde davranma eğilimlerine karşı çıktım. Düşünsel alanda tek denetim ölçütününün

bilimsel açıdan değerlendirme olduğunu, Cemal'in bu alandaki başarısının asla göz ardı edilemeyeceğini, küçümsenemeyeceğini savundum. Sanırım, kürsü içi ilişkilerde Cemal'in ait olduğu siyasi cenahla özdeşleştirilerek ayrımcılığa uğramaması için çaba gösterenlerin başını çekenlerdendim.

Cemal de benim ait olduğum siyasi cenah nedeniyle dışlanmama karşı durdu. 12 Eylül 1980 askeri darbesinden sonra Üniversite'deki görevimden ikinci kez çıkartıldım. Selam vermek, konuşmak zorunda kalmamak için benimle karşılaşmamayı tercih eden, bu nedenle yolunu değiştiren, karşılaşır gibi olduğumuzda görmezden gelenlerin çoğunlukta olduğu o günlerde Cemal beni sürekli arardı ve istediğim bir şey olup olmadığını sorardı: Asla unutulmaz olanı ise bir gün elinde bir zarf oturduğum eve gelip elindeki maaş zarfını göstererek içindekini paylaşabileceğimizi söylemesiydi. Arayıp soranların nadir olduğu o günlerde maaşını paylaşmayı öneren ve bunu söylemek için evime gelen Cemal elbette dostumdur.

Kürsü içindeki faaliyetlerimizde birbirimize destek olduğumuz, milletlerarası özel hukuk alanında düşünsel açıdan birbirimizi geliştirdiğimiz olayların çetelesi tutulmadı elbette... Ancak, bazı ortak faaliyetlerimizden 'dostluğumuzun değerlendirilmesi' bakımından önemli gördüklerimi burada anlatmadan geçemeyeceğim.

12 Eylül askeri darbesini izleyen günlerdi ve ben henüz fakülte'deki görevimden atılmamıştım. Fransa, Avrupa Konseyi çerçevesinde imzalanmış vize muafiyetini düzenleyen sözleşmenin 'kamu düzenine' ilişkin maddesine dayanarak TC vatandaşları için vize zorunluluğu getirdi. Biz bu kararı hukuki açıdan eleştiriyor, atılabilecek ve atılması gereken hukuki adımları öneriyorduk. Seyfi Taşhan'ın kurucusu olduğu ve yönettiği Dış Politika Enstitüsü Ankara'da konuya ilişkin geniş katılımlı bir toplantı düzenledi. Toplantıya kürsüden ben ve Cemal'in katılmasına karar verildi. Cemal'le Ankara'ya gittik, toplantıda hukuki görüşlerimizi bir güzel anlattık ve savunduk. Toplantıyı düzenleyenlerden ve davet edilen katılımcılardan, yanlış hatırlamıyorsam ben ve Cemal hariç hiç kimse Fransa'nın TC vatandaşlarına vize zorunluluğu getiren kararına karşı hukuki zeminde bir mücadeleyi benimsemiyordu. Toplantıya hakim olan anlayış, vize uygulamasının vize muafiyetinden yararlanarak yurt dışına çıkıp iltica talep eden solcuların önünü tıkadığı yönündeydi ve bu nedenle karara karşı çıkılmaması gereği dile getiriliyordu.

Hatta, vize zorunluluğuna karşı koyanların solcuları destekleyen ‘komünistler’ olduğu ima ediliyordu. Sonuç? Toplantıdan çıktık; Cemal doğruluğuna ve haklılığına inandığı hukuki görüğu nedeniyle ‘komünist’ olmuğu!...Yüzünü hatırlıyorum, şaşkın ve biraz da üzgündü. Ancak İstanbul’a dönerken yol boyu toplantıda konuşulanları abartarak geliştirdik, saçmalıkların yerine mizahı ikame ettik; bolca güldük ve eğlendik. Sonra vize zorunluluğu konusunda Fransa’yı diğer Avrupa Konseyi üyesi devletlerinin hükümetleri de izledi. Bugün yeniden uygulamaya konması için çaba gösterilen vize muafiyeti sorununun geçmişinde ben ve Cemal’in Ankara yolcuğu öyküsü de var; darbenin beş generali hukuki görüşlerimizi dikkate alsalardı belki de günümüzdeki vize sorunu o zaman çözülmüş olacaktı, kim bilir?...

‘Milletlerarası Tahkim’ konusu 1998 yılının siyasi gündemindeki en çok tartışılan konuydu. Milletlerarası tahkime hukuki zemin hazırlamak için Anayasa’da değişiklik yapılması gerektiği ileri sürülüyor, değişiklik önerileri tartışmaya açılıyordu. O tarihte ben İstanbul Barosu Başkanıydım ve benim ait olduğum siyasi cenah büyük çoğunlukla milletlerarası tahkimi emperyalist güçlerin devlet yargısının yerini almaya yönelik ‘emperyalizmin özel yargısı’ girişimi olarak değerlendiriyor ve şiddetle karşı çıkıyordu. İstanbul’un değişik yerlerinde düzenlenen toplantılarda milletlerarası tahkimi anlatmaya çalıştım, konuyu Baro bünyesinde enine boyuna tartıştık. Türkiye Barolar Birliği konunun tüm Baro Başkanlarının ve dileyenin katılacağı bir toplantıda tartışılmasını istedi. Milletlerarası tahkimi savunan iki kişi, ben ve Cemal ile milletlerarası tahkime karşı çıkan iki kişi, Prof. Dr. Mümtaz Soysal ve Prof. Dr. Ülkü Azrak toplantıda karşıt tezleri dile getiriyorduk. Toplantıyı Prof. Dr. Tuğrul Arat yönetiyordu. Benim söz aldığım bir ara, konferans salonunun kapısı açıldı, içeriye yetmiş kadar Bergamalı köylü girdi: Bergama’da siyanürle altın çıkarılmasına karşı uzun bir süredir yürüttükleri kararlı mücadelenin parçası olarak Ankara’ya siyasi gösteri için gelmişler, bizim toplantımızdan haberdar olmuşlardı; mücadelelerinin hukuki boyutta aşına olmadıkları milletlerarası tahkim alanına kaydırılacağını düşünerek öfkelenmişler, milletlerarası tahkim düzenlemesini şimdiye kadar başarıyla yürüttükleri mücadeleye karşı bir tehdit olarak değerlendirmişlerdi. Toplantı salonuna ‘milletlerarası tahkimden vazgeçilmesini talep eden’ sloganla girdiler. Tuğrul Arat ortamı yatıştırdı. Bergamalı köylüler beni konuşmacı olarak görünce şaşırdılar; çünkü ben baro başkanı olarak Bergama’ya gitmiş, mücadelelerini desteklemiş ve sanırım bir davada da avukatları olarak onların yanında yer almıştım. Merdivenlere oturdular, toplantıyı ve konuşmamı izlediler.

Ancak milletlerarası tahkime karşı çıkmıyor olmamı yadırgadılar, eleştirdiler. Bu kez ben, ait olduğum siyasi cenahın gözünde emperyalist bir girişimin tasvip edilmeyen savunucusu konumuna düşmüştüm!...

Yıllar yılları izledi, her ikimizin de profesörlüğünün söz konusu olduğu bir döneme girdik. Ben, 12 Eylül sürecinde beş generalin kararıyla, gece uyuyup sabah profesör olarak uyanan öğretim üyelerine duyduğum tepki ve “1402’likler” diye anılan üniversiteden atılmış bizleri desteklemek amacıyla görevlerinden istifa etmiş akademisyen arkadaşlarımızın dayanışmasına duyduğum derin saygı nedeniyle profesörlüğe başvurmamak kararı almıştım. Cemal, ‘ben başvurmayacağım, sen başvur’ dememe rağmen, önümü kesmemek için iki dönem profesörlüğe başvurmadı.

Ve gün geldi, farklı siyasi cenahların en azından hukuk alanındaki önde gelenlerinden sayılan benim ve Cemal’in birlikte olabileceğimiz bir fırsat doğdu. Yanlış hatırlamıyorsam 2006-2008 dönemiydi, İstanbul Barosu Başkanlığı’na aday oldum; Cemal’le konuştum, nedenini açıkladım (siyasi öngörümü burada anlatmayı gereksiz buluyorum), ikna oldu ve seçimlere benim listemden aday olarak katılmayı kabul etti. Ait olduğum cenahtan beni destekleyenlerin bir kısmı Cemal’in adaylığına itiraz ettiler. İtiraz edenlerle büromda toplantı yaptım. Cemal’in tüm kitap ve makalelerini masaya koydum. “İnceleyin, bilimsel yayınlarının herhangi birinde ‘faşizmin’, ‘şeriatçılığın’ gölgesini bulursanız ya da hukuk bilimine aykırı bir görüşe rastlarsanız herkesten özür dileyeceğim ve adaylığımı geri çekeceğim” dedim. Bulamadılar, daha doğrusu araştırmadılar bile! Siyasi yaftanın cazibesi araştırmayı lüzumsuz kılıyordu. Seçimi kazanamadık: Cemal’in cenahından oy gelmedi, benim cenahtan oy vermeyen çok oldu.

Güven ve dayanışma dostluğun temelidir.

12 Eylül askeri darbesi öncesi ölüm saçan siyasi ortama ortak isyanımız, tüm farklılıklarımıza rağmen aramızdaki güven duygusunu geliştirdi, pekiştirdi ve en zor günlerde bile tereddütsüz dayanıştık.

Cemal ve ben arkadaş olmadık ama dost olduk ve hep dost kaldık.





## Prof. Dr. Cemal Şanlı ile Tanışıklığım

Ejder Yılmaz\* ©

“Bilim adamı Cemal Hoca” ile tanışıklığım, Ankara ve İstanbul gibi ayrı yerlerdeki üniversitelerin hukuk fakültelerinde görev yapmamız nedeniyle esas itibarıyla, çeşitli bilimsel toplantılar vesilesiyle olmuştur. Bu arada belirtiyim ki, medeni usul hukukçuları ile devletler özel hukukçularının, diğer hukuk alanları mensuplarından önemli bir farkı vardır. Her iki anabilim dalı mensupları, çalıştıkları alanların özelliği gereği, kendi uzmanlık alanlarına ilişkin hukuk kurallarının yanı sıra özel hukuk alanlarına giren bütün konuları (medeni hukuk, borçlar hukuku, ticaret hukuku vb), genel olarak da olsa, bilmek zorundadırlar. Bu sebeple, bu iki anabilim dalı mensuplarının, hukuk sorunlarına çok daha geniş bir çerçeveden bakma ve çözüm getirme alışkanlıkları vardır. Bu açıdan hukukçu olarak, Cemal Hoca ile birbirimize benzeriz.

“İnsan Cemal Hoca”yı tanımam ise, bir hakemlik işi nedeniyle yaptığımız Ermenek seyahati sayesinde olmuştur. Bu seyahate geçmeden önce, konu hakkında biraz bilgi vermek isterim:

Ermenek, Toros Dağları’nın üzerinde 1400 metre yükseklikte yer alan, ilk çağlara kadar uzanan tarihsel köklerinin yanı sıra, insanların ticarete yatkınlığı ve çalışkanlığı dışında, 2002 yılında inşaatına başlanıp 2009’dan itibaren faaliyete geçen ve yüksekliğiyle de Dünya’nın sayılı barajlarından biri olan Turkuaz Barajı’nın yer aldığı, çeşitli güzelliklerle dolu, şirin bir ilçemizdir. Ermenek’in benim için başka önemi vardır: Ermenek, yaşamakta olduğum Ankara ile doğduğum ve ana-baba memleketim olan Anamur arasında bulunması ve çocukluğumun yazlarının geçtiği (halen sakinlerinden de olduğum) Abanoz Yaylası’na yakınlığı nedeniyle, içinden yüzlerce kez geçtiğim ve neredeyse her kayasını, taşını, ağacını tek tek bilip tanıdığım yolumun üzerinde, keyifle soluklandığım, gezip dolaştığım ve sevdiğim bir yerdir. Bu yolculuklarımın 7-8 yıllık dönemi, Ermenek eteklerinde akan Göksu üzerinde yapılan baraj inşaatını büyük merak ve hayranlıkla izlemekle geçti. Önceleri, barajın yer alacağı yerdeki ormanın belli bir seviyeye kadar

\* Sorumlu Yazar: Ejder Yılmaz (Prof. Dr.), Bilkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye. E-posta: ejderyilmaz@bilkent.edu.tr ORCID: 0000-0001-5901-5395

uzunca bir zamanda kesilerek alt yapının hazırlanması, kullanılan kara yollarının başka güzergâhlara aktarımı ile baraj alanındaki yerleşim yerlerinin boşaltılması faaliyetleri; daha sonra da, yüzlerce metre yüksekliğindeki iki dağ arasındaki vadide, en altta birkaç metreye kadar daralan yerden akan Göksu’yu burada durdurmak ve arkada kalan devasa alanı göl haline getirmek için başlayan gövde inşaatı, her geçişimde benim üzerimde ayrı heyecanlar yarattı. Heyecanlanma nedenlerinden biri de, arasından zevkle (neredeyse yürüyerek geçerek gibi yol aldığım) yeşilliklerin, ünlü “Göreme Köprüsü”nün, balık avladığım yerlerin baraj altında kalmakta olmasının yanı sıra, insanoğlunun doğaya hükmetme çabasını gözlemlemek idi. Sonuçta, yalnızca birkaç metrecik dar bir temelden başlayan, yukarıda yaklaşık 100 metre genişliğe ve 218 metre yüksekliğe varan baraj gövdesi inşaatı bitti. İnşaat, basit bir ifadeyle, birbirini öpecek kadar yakın, yüzlerce metre yükseklikteki iki yamacın bulunduğu vadinin en dar yerinin arasına yerleştirilen, çelik/beton karışımı bir “tıkaç” sayesinde, arkasında devasa bir göl yaratmaya ve buradan enerji elde etmeye yönelikti. Amaca ulaşıldı ve çok yükseklerde yer alan Ermenek’in önünde harika masmavi (adı gibi, “Turkuaz”) koskocaman bir göl ortaya çıktı. Bu gölü, etrafında bulunan dağ yükseltileri arasında giren kolları ile birlikte, Norveç’teki veya Yeni Zelanda’daki fiyortlara benzeten gezginler de vardır.

Yukarıda belirttiğim çerçevede baraj inşaatının gidişatını dışardan gözlemlerken, adeta büyük piyango ikramiyesi gibi gelen bir tesadüf, hukukçu olarak beni, işveren ile yüklenici arasında ortaya çıkan uyuşmazlığın tahkime gitmesi üzerine baş hakem sıfatıyla bu inşaatın içine çekti ve gövdenin üzerine oturduğu en dip temelden başlayarak bitinceye kadarki aşamalarını, teknik detayları dahil, bizzat yaşama ve öğrenme fırsatını yarattı.

Sözünü ettiğim Hakem Heyeti’nin diğer üyeleri, Prof. Dr. Ahmet Kılıçoğlu ile Prof. Dr. Cemal Şanlı idi. Uyuşmazlıktaki keşif ihtiyacı nedeniyle, hep birlikte Ermenek seyahati ortaya çıktı. İşte bu seyahat, “İnsan Cemal Hoca”yı tanımama vesile oldu.

Seyahat sırasında pek çok hukuk dışı konu konuşuldu. Bunlardan biri de, Toroslar’ın belli bir yüksekliğinde yer alan “ardıç ağacı” üzerine idi ve bunu, kendine has üslûbu ile Cemal Hoca’dan dinlemek başka bir keyif verdi. Hoca, ardıç ağaçlarının son yıllarda bölgede azaldığını, belki de gerekli önlemler alınmaz ise elli-yüz sene içinde neslinin tükeneceğini anlattı. Cemal Hoca’dan öğreniyoruz

ki; ardıç ağacı, “ardıç kuşu” denen bir kuşun dışkısından geçerek tabiata serpilir ve böyle çoğalmış. Ardıç kuşu, ardıç ağaçlarından düşen saçma büyüklüğündeki tohumları yutar ve bağırsaklarında çimlenmesini sağlamış. Sonra, kuşun dışkısıyla tabiata intikal eden tohumlardan ardıç fideleri gelişirmiş. Son yirmi beş senedir, ardıç kuşu azaldığından, bu ağaçlar da üremesini sürdüremez olmuş. Hoca’ya göre, sorunu nasılsa keşfeden Orman Bakanlığı, ardıç ağacı neslini artırmak için son birkaç yıldır hariçte ardıç kuşu üretilip, ormana salmış, sonuç henüz belli değil. Hoca, ayrıca ardıçtan elde edilen katran hakkında da çok uzun ve inanılmaz malûmatlar verdi... Velhasıl gördüm ki, hukuk profesörü olarak bildiğimiz Cemal Şanlı, Torosların eteğindeki bir ardıç ağacının veya aşağıya Anamur’a doğru indiğinizde karşılaşacağınız bir “keçi boynuzu -buynuz-ağacı”nın veya “çitlik -çitlenbik-ağacı”nın altında, size o ağaçlarla ilgili birkaç saatlik konferans verebilecek kadar bilgi sahibi. O, ormana ve tüm “tabiata dost” bir kişi. Onun bitki dünyası ile ilgili aşkı ve sevdası, başka nasıl açıklanabilir ki!

Yine anlattıklarından ve merak edip sorduklarımdan, Hoca’nın, uygulamalı olarak tarımın tüm alanlarını ve bu alanların spesifik sorunlarını bildiğini; üzüm yetiştiriciliğinden, tütüncülüğe; kiraz yetiştiriciliğinden, pamuk tarımına kadar her mevzuda bilgi sahibi olduğunu da gördüm.

Yolumuz üzerindeki Hadim İlçesi’nden geçerken, İlçe’nin girişinde yolun sol tarafında yüksek bir kaidenin üstünde bir heykel vardır. Bu heykelin, alışılmışın dışında olarak Atatürk heykeli olmadığını, ben daha önceki yolculuklarım sırasında merak edip heykelin yanına çıkarak öğrenmiştim. Bu heykeli kendisine gösterdiğimde Hoca, tereddütsüz şu hikayeyi anlattı:

“Tarihimizde 1827 Hadim doğumlu ‘Şehit Hafız Abdülezel Paşa’ isminde bir kahraman vardır. Abdülezel Paşa, alaylı olarak girdiği askerlikte, başarılarıyla sebebiyle paşalığa kadar yükselmiş; 93 Harbinin efsane komutanı Gazi Osman Paşa’nın komuta heyetinde savaşa katılmış; Savaş sonrası Balkanlarda, Girit ve Mora Yarımadası’nda başlayan ayaklanmaları bastırmıştır. Nihayet, 1897 Yunan Harbinde cephede savaşırken, şehit düşmüştür. Paşa, II. Abdülhamit tarafından Alasonya (Yunanistan) Camii’nin haziresinde inşaa edilen türbesinde huzur içinde yatmaktadır. Hadim’liler büyük vefa örneği vererek hemşehrileri Paşa’ya sahip çıkmış ve heykelini dikmişlerdir”.

Cemal Hoca'nın, Anadolu dağlarının tepesinde yer alan bu ıssız kasabasında doğan Osmanlı Paşası'nın hayat hikayesine ilişkin açıklamaları, (tarım konusunda olduğu gibi) yine şaşırttı.

Bununla da yetinmeyen Hoca, yol boyunca ve Ermenek'teki kalışımız sırasında, Ermenek'in Karaman Beyliği'ne de ev sahipliği yapmış olmasından hareketle, Osmanlı tarihi ile Selçuklu veya Beylikler Dönemine dair ayrıntılı bilgiler de aktardı.

Toplumsal düzende hukukçunun çeşitli işlevleri vardır. Hukukçu, kısaca “adalet” olarak adlandırılan kutsal değer gerçekleştirilmesine, hukukun üstünlüğünün topluma egemen olmasına hizmet eden, bilgisi ve davranışlarıyla etrafına “aydınlık” saçan kişi konumundadır. Bu nedenle nitelikli iyi bir hukukçunun, hukukun dar kalıpları içerisine sıkışmaması gerektiğine inananlardanım. Bunun için de neredeyse elli yıla yakındır sürmekte olan hocalığımda, öğrencilerime derslerimde çok sık şekilde, hukukçunun hukuku iyi bilip öğrenmesinin yanı sıra kendisini, yakın çevresini, ülkesini, Dünya'yı yakından tanıması; doğayı anlaması; manevi değerlerine sahip çıkması; sevgi ve saygı duygularıyla dopdolu olması; tarihi, coğrafyayı incelemesi; insanlığın nereden gelip nereye doğru gitmekte olduğu üzerine düşünmesi; öğrenmek için “meraklı” olması gibi özetle, hukuk dışındaki dünyaları da bilmesi ve her hukukçunun mutlaka hobi/hobiler sahibi olması gerektiğini öğütler dururum.

Ermenek seyahati boyunca Cemal Hoca'nın bunların çok ötesinde olduğunu gördüm, sevindim.

## Cemal Hoca – Özgün Duş Düzenegi – Bebeğin İsmi

Osman Berat Gürzumar\* 

Prof. Dr. Cemal Şanlı ile tanışıklığımız, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde ders vermeye başladığı 1992 yılına kadar gider. Ancak, Hoca'yı daha yakından tanımam 1998'den sonradır. 1998 yılında, Cemal Hoca, taraflardan birinin atadığı hakem olarak görev aldığı bir ad hoc tahkim yargılamasında, beni, iki yıllık bir doçent iken, baş hakem olarak önerdi; diğer hakemin de bu öneriyi kabul etmesi üzerine, Hoca sayesinde tahkim dünyasına adım attım. Ondan sonra, hakem olarak biraraya geldiğimiz çok sayıda tahkim davasında birlikte çalıştık; keşiflere gittik, müzakerelerde bulunduk, yemekler yedik. Bunların her biri bana Hoca'yı güzellikle, neşeyle, dostlukla hatırlatan anılarla doludur.

\* \* \*

2010 senesi. Cemal Hoca, ben ve önde gelen teknik üniversitelerden birinin inşaat mühendisliği bölümünden bir hocamız, ertesi gün taraflar ve vekilleriyle birlikte (o zamanki adıyla) Birinci Hazırlık Konferansı'nı yapacağımız bir ICC tahkim davası için, Lahey'deyiz. Cemal Hoca ve diğeri tarafların aday gösterip, ICC Tahkim Divanı'nın atadığı hakemler; ben de onların seçip Divan'ın atadığı baş hakemim. Uçaktan indiğimiz Amsterdam'dan Lahey'e arabayla gelmemiz bir saat almış. Akşam yemeği vakti. Acıkmışız. Tarihi bir bina olmakla birlikte, baştan sona henüz yenilenmiş olduğu rahatlıkla anlaşılan otele kaydımızı yaptırdıktan sonra, duşlarımızı alıp en fazla yarım saat içinde lobide buluşmak üzere odalarımıza çıkıyoruz. Banyoya giriyorum, küvette musluk ve duş başlığı görünürde; ama suyu duş başlığına yönlendiren kol, artık özgün ve modern olsun diye nereye gizlemişlerse, ortalarda yok. Önce kendime kızıyorum. Sonra, resepsiyonu arayıp „nereye gizlediniz bu mereti?“ diye soruyorum. Görevli „ben hemen birini göndereyim, göstereyim“ diyor. Hiç şaşırıyor; belli ki almış. Bekliyorum; yarım saat dolmak üzere, ama halâ gelen yok. Çaresiz, giyinip aşağı iniyorum. Diğerleri inmiş, beni bekliyorlar. Çıkıyoruz otelden. Cemal Hoca bir iki metre önde, ben ve diğer hakem arkada, yer ayırtığımız lokantaya doğru yürüyoruz. Havadan sudan bahsederken, yanımdaki kulağıma eğiliyor. Sıkılarak:

\* **Sorumlu Yazar:** Osman Berat Gürzumar (Prof. dr.), Bilkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye. E-posta: berat@bilkent.edu.tr ORCID: 0000-0002-8142-3464

- Hocam duş alabildiniz mi?

- Hayır. Yoksa siz de mi?

- Ne mümkün! Delirecektim; akan suyu duşa yönlendiren zımbırtıyı bir türlü bulamadım.

İçim rahatlıyor. Profesör-İnşaat mühendisi de bulamadığına göre, ben mazurum. “Cemal Hoca’ya soralım” diyorum. Hızlanıp, kendisine yetişiyoruz:

- Hocam duş alabildiniz mi?

- Aldım tabii, neden?

- Biz alamadık da! Duş yönlendiricisini bulamadık.

Hoca şöyle bir soluklanıyor. Gülerек:

- Ulan adamlar size milyonlarca dolarlık davalarını emanet ediyor, siz bir hamamın kurnasını bulamıyorsunuz!

Otele döndüğümüzde, odasına çıkıyoruz. Banyoda bize gösteriyor: Küvetin diz hizasına kadar gelen dış duvarının iç kısmına gömülü, duvarla aynı renkte metal bir buton!

\* \* \*

Aradan iki yıl geçmiş. New York’da yaşayan kuzenimin karısı hamile; doğum için Ankara’ya geliyorlar. Kuzen bana mesaj atıyor. Biletlerini “comfort class”e yükseltmek istemişler; geciktikleri için halledememişler. “Bir sorar mısın?” diyor. Cemal Hoca’yı kastediyor. Benim Hoca’yla ahbablığımı biliyor. Hoca o sırada THY Yönetim Kurulu üyesi, yönetim kurulu başkan vekili ve ayrıca İcra Komitesi başkan yardımcısı. Hoca’yı arayıp, soruyorum; “Bir bakayım” diyor. Aynı gün geri arıyor: “Osman, senin kuzenin işi tamam; gözü aydın.” Çok teşekkür ediyorum. İki ay sonra yine kuzenim; bu sefer telefonda: “Osman New York’a dönüyoruz; şimdi bir de bebek var. Gidiş dönüş almıştık; bu sefer de dönüş sınıfını yükseltmekte gecikmişiz. Bir arasan?” “Yok artık!” diyorum. Sonra dayanamayıp, utana sıkıla Hoca’yı arıyorum. “Hocam, böyle böyle. Artık abarttılar ama, hani eğer mümkünse ...”. Hoca’nın tepkisi:

- Yahu, bari bu bebeğe benim ismimi koysunlar!

\* \* \*

Cemal Hoca'yı yakından tanıyan meslekdaşları, parlak zekâsının, geniş kültürünün, özellikle Anadolu kültürü ile Türk hukuk tarihine vukufunun, bir de ziraat, bitkiler, ağaçlar konusundaki bilgisinin tanığıdır. Yukarıdaki iki anı, zekâsından kaynaklanan muhteşem espiri anlayışını dostlarına hatırlatmak içindi.

Cemal Hoca'ya ailesi ve sevdikleriyle birlikte nice sağlıklı yıllar diliyorum.





## Hocam Prof. Dr. Cemal Şanlı'ya

Nuray Ekşi\*

Cemal hocamızı, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde asistanlığım döneminde tanıdım. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin yanı sıra Siyasal Bilgiler Fakültesi'nde vatandaşlık hukuku ve yabancılar hukuku derslerini veren hocamız ile ders öncesinde ve sonrasında milletlerarası özel hukukun çeşitli konularında konuşma ve değerlendirme yapma fırsatım olurdu. Aynı zamanda uygulamanın da içinde olan hocamızın, karşılaştığı enteresan davalar hakkında verdiği bilgiler, mesleğe yeni başlamış biri olarak benim için oldukça kıymetli bir kaynaktı. Aynı hukuk fakültesinde görev yapmamış olmakla beraber hangi üniversitede olursanız olun birlikte çalışıyor gibi hissedersiniz. Bilimsel konularda yaşına ve statüsüne bakmaksızın herkesin görüşünü alan ve fikir teatisi yapan hocamızın mütevazı duruşu karşısındakine güven verir, bir hocadan ziyade aileden biriyle, bir ağabeyinizle konuşuyormuş hissi uyandırır. Cemal hocamız, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi ile Siyasal Bilgiler Fakültesi'ndeki dersleri bizlere devrettikten sonra da irtibatımız hiçbir zaman kesilmemiştir. Şimdi olduğu gibi o zamanlar da İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalının saygın akademik kadrosu ile olan ilişkilerimde Cemal hocamız da önemli bir yer tutmaktadır. Cemal hoca, bilimsel yönden her türlü eleştiriye açıktır. Hocamızın görüşünden farklı bir görüşü paylaştığınızda, bu görüşü oldukça ciddiye alır, hatta eğer ikna olmuşsa, karşısındakinin görüşünü payelendirir.

Değerli hocamım benim akademik hayatımda taşıdığı değer yalnızca bilimsel çalışmalarından ve fikirlerinden istifade etmekle sınırlı değildir. Kulaklarımla ilgili olarak geçirdiğim bir rahatsızlık esnasında derslerime giremeyince bütün kürsüyü derslerimi vermeleri için seferber etmiştir. Elbette ki hocamızın yanı sıra İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi milletlerarası özel hukuk kürsüsündeki arkadaşlarımla zor zamanında verdikleri destek benim için unutulmaz kıymettedir. Ayrıca editörlüğünü yaptığım dergilere olan katkıları için yalnızca şahsım değil okuyucular da Hocamıza şükran borçludur. Hocamızın dostlarına karşı ne kadar vefalı olduğunu rahmetli Hocam Prof. Dr. Aslan Gündüz'ü kaybettikten sonra bizzat şahit oldum.

\* Sorumlu Yazar: Nuray Ekşi (Prof. Dr.), Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: nurayeksi@gmail.com ORCID: 0000-0002-9727-7254

İlk tanıdığın günden bugüne kadar hiç değişmeyen sakin, dingin, hayatın telaşesinden, her türlü dedikodudan ve entrikadan uzak yönleriyle ders alınabilecek iyi bir hayat felsefesi olan Cemal hocama, ailesiyle birlikte sağlıklı ve huzurlu nice yıllar dilerken her zaman olduğu gibi bizi de hayatından hiçbir zaman çıkarmamasını temenni ederim.

## Hocam Prof. Dr. Cemal Şanlı

Naciye Günseli Gelgel\* 

1987 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Kürsüsüne asistan olarak girdiğimde, Cemal Hoca doktora tezini yeni savunmuş, kürsünün tüm iş yükünü taşıyan bir doktor asistandı. Kendisi yalnızca Kürsümüz ve Fakültemize katkıda bulunmakla kalmamış, Yardımcı Doçent olduktan sonra YÖK'ün rotasyon uygulaması ile Diyarbakır Hukuk Fakültesi'nde senelerce ders vermiştir. İlk kez doktor asistanlığı döneminde yaptığı pratik çalışmada izlediğim Cemal Hocanın doktora derslerini dinlemek, şahsım adına büyük bir istifade kaynağı olmuştur.

Çalışkanlığı ve hukuki vizyonu ile her daim bizlere örnek olan Hocamız, uygulama ile de iç içe olduğundan milletlerarası özel hukukun yanı sıra muhtelif disiplinlerdeki gelişmelere de ziyadesiyle hâkimdir. Hocamız yalnızca hukukçu kimliğiyle değil, tarihe olan merakı, Türkiye'nin her bir yöresi ile ilgili bilgisi ve bu konularda bizlere yönelttiği esprili sorularla ufukumuzu açan çok yönlü bir bilim insanıdır.

Şunu da ifade etmek isterim ki, Hocamızın uygulama ile iç içe olmasının bir sonucu olarak, varsayımsal olaylara dayanan soyut pratikler ve sınav soruları onun sayesinde gerçek olgulara dayanmıştır. Cemal Hocanın kaleminden çıkan soru ve pratik çalışmalarından bugün dahi Kürsüce istifade etmekteyiz. “Yazılmayan yazma”, “ileri sürülmeyeni ileri sürme” cesaretinin kaynağı olan akademik birikimi ve sivri zekasına olan hayranlığımı bu yazı vasıtasıyla da dile getirmek isterim. Engin bilgileriyle hukuki tartışmalara yön veren ve bize ışık tutan Hocam, yıllar önce tahkim alanında yazma hususunda da bana cesaret vermiştir.

Cemal Hoca, asistanlarının siyasi duruşuna veya dünya görüşüne karşı sergilediği demokrat yapısından ödün vermeksizin, her daim, ortaya koydukları ilmi değerleri nazara almıştır. Bizler de, Kürsümüzde süre gelen bu demokratik yapıyı muhafaza etmek üzere bayrağı teslim aldık ve Hocalarımızdan şunu öğrendik: Nasıl ki hukuki bir görüş, varılan yargıdan ziyade, dayandığı gerekçelerden gücünü alıyorsa,

\* Sorumlu Yazar: Naciye Günseli Gelgel (Prof. Dr.), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: günseli.gelgel@istanbul.edu.tr ORCID: 0000-0002-2235-2547

insanları da dünya görüşlerine göre değil, o görüşe varma sürecindeki birikimlerine göre değerlendirmek gerekir.

Üzerimdeki emekleri ve öğrendiklerim için müteşekkir olduğum Hocama en derin saygılarımı sunar, ailesi ile birlikte sağlıklı ve uzun ömürler dilerim.

**Prof. Dr. Ali Cem Budak'ın, Prof. Dr. Cemâl Şanlı'ya  
şükranlarını ifade eden şiiri**

dûçâr olup zor günlerin gadrine  
muhtâc iken âlimlerin adline

gerçeklerin ardında durdun diye  
kâfî midir takdîm-i şükrân size

gönlüm unutmaz borçludur mertliğe  
çeyrek asır yaşlanmış olsak bile

**Ali Cem Budak**



## Hocam Prof. Dr. Cemal Şanlı

Emre Esen\* 

1. Aslında kendisi hakkında bildiklerim ve anlatmak istediklerim, burada yazdıklarımın çok ötesindedir. Mesela Cemal Hoca'nın doğup büyüdüğü köyde ilkokul bulunmadığı için köydeki diğer çocuklarla birlikte her gün 7 kilometre uzaklıktaki komşu köydeki ilkokula yürüyerek gidip gelmesinin hikâyesinden başlayarak, Mülkiye'deki öğrencilik süreci, İstanbul Hukuk'a geçişi, asistanlık yılları, hocalarıyla olan ilişkileri ve doktora tezini yazım süreci hakkında hafızama kazınan anekdotları bir bir anlatmak isterdim. Ama böyle bir yazı, bu Armağan'ın ön kısmında yer verilen hatıra yazılarının kapsamını aşacağı için, yazımı sadece Cemal Hoca'nın üniversite öğretim üyeliği sürecinde birlikte geçirdiğimiz yıllara ait olaylarla ve izlenimlerimle sınırlı tutacağım. Umarım Cemal Hoca kendi hayat hikâyesini tüm detaylarıyla bir gün kaleme alır ve bizlerle paylaşır.

2. Öğrenciyken bu yönde bir hedefim olmamasına rağmen, yüksek lisans dersleri esnasında hukukun akademik yönüne büyük ilgi duymaya başladığımı fark ettim. 2000 yılının Aralık ayında -öğrenci iken en sevdiğim ders olmasını esas alarak- Devletler Özel Hukuku Ana Bilim Dalı'nda açılan araştırma görevlisi kadrosuna müracaat ettim ve sınavı kazanarak göreve başladım.

İlk zamanlar Cemal Hoca ile birlikte çalışma fırsatımız pek olmadı. O tarihlerde Cemal Hoca tek numaralı öğrencilere haftada bir saat Milletlerarası Usul Hukuku anlatıyor ve bir de Milletlerarası Tahkim ile ilgili yüksek lisans-doktora dersi veriyordu. Ancak Ergin Hoca'nın ve Gülören Hoca'nın art arda emekli olmasından sonra Cemal Hoca 2003 yılında Ana Bilim Dalı Başkanı oldu ve özellikle bu tarihten sonra Cemal Hoca ile yakinen birlikte çalışmaya başladık.

3. Bu süreçte Cemal Hoca benim gerek yüksek lisans tezimin gerekse doktora tezimin danışmanlığını yaptı. Cemal Hoca'nın yüksek lisans ve/veya doktora tez danışmanlığını yaptığı öğrencilerin büyük çoğunluğu şu anda muhtelif üniversitelerde öğretim üyesi olarak görev yapmaktadır. Cemal Hoca, İstanbul Hukuk'ta şu an öğretim üyesi olan meslektaşlarımızdan Prof. Dr. F. Kerem Giray'ın,

\* **Sorumlu Yazar:** Emre Esen (Prof. Dr.), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: emreesen@istanbul.edu.tr ORCID: 0000-0003-2411-4144

Dr. Öğr. Üyesi Mine Tan-Dehmen'in, Dr. Öğr. Üyesi A.Elif Uluşu'nun ve Dr. Öğr. Üyesi A. Yasemin Aydoğmuş'un da doktora tez danışmanlıklarını yürüttü. Yüksek lisans ve/veya doktora tez danışmanlığını yürüttüğü meslektaşlarımızdan Doç. Dr. Burak Huysal bugün Bahçeşehir Üniversitesi'nde, Dr. Öğr. Üyesi Mustafa Cin bugün Karadeniz Teknik Üniversitesi'nde, Dr. Öğr. Üyesi İlyas Arslan bugün Yalova Üniversitesi'nde, Dr. Öğr. Üyesi Cemre Tüysüz bugün Çukurova Üniversitesi'nde, Dr. Öğr. Üyesi H.Zeynep Erden bugün 29 Mayıs Üniversitesi'nde, Dr. Öğr. Üyesi Z.Feyza Eker-Ayhan bugün Ankara Medipol Üniversitesi'nde, Dr. Öğr. Üyesi Zeynep Çalışkan bugün Maltepe Üniversitesi'nde, Dr. Öğr. Üyesi Işıl Egemen-Demir bugün Türk-Alman Üniversitesi'nde, Dr. Öğr. Üyesi H.Akif Karaca bugün Marmara Üniversitesi'nde öğretim üyesi olarak görev yapmaktadır.

Bu listeyi vermemin sebebini de açıkça ifade etmek isterim. Kendisini tanıyan herkesin gayet iyi bildiği gibi Cemal Hoca asistanlık yıllarından beri daima hukuk tatbikatının içinde yer almış ve pek çok davada avukatlık, bilirkişilik, hakemlik gibi faaliyetlerde bulunmuş, sayısız hukukî mütalaa vermiştir. Buradan hareketle, Cemal Hoca'nın "akademisyenlik" konusunu arka plana attığı, uygulamayı daha çok önemseyen, üniversiteye yeterince önem vermediği yönünde sözleri yıllar boyunca çeşitli kişilerden işitmişizdir.

Cemal Hoca ile yıllar boyunca bire bir çalışan bir öğrencisi olarak bu sözlerin haksız ve hatalı olduğunu belirtmeliyim. Tam aksine kendisi hukuk ilmini ve akademisyenliği son derece önemseyen, hukuk ilminin gerek içerik gerekse yöntemi ile meşgul olan, bu konularda sürekli kafa yoran bir hoca olmuştur. Medenî Hukuk, Ticaret Hukuku, Medenî Usul Hukuku, Milletlerarası Özel Hukuk gibi tatbikatı olan hukuk alanlarının sadece teorisinin çalışılmasının anlam ifade etmeyeceğini, böyle alanlarda hukuk pratiğinden kopuk bir teorisinin yararlı olmayacağını, bizlere her seferinde bıkmadan usanmadan anlatmış, hukuk pratiğine dâhil olmamız konusunda bizlere tavsiyelerde bulunmuştur.

Cemal Hoca'nın yazdığı tezlere, kitaplara ve makalelere baktığınızda; Türkiye'deki reel Milletlerarası Özel Hukuk problemlerinin çözümü için harcanan gayreti net bir şekilde görebilirsiniz. Bunda en büyük etkenlerden biri, Cemal Hoca'nın, Milletlerarası Özel Hukukun Türkiye'deki dönüşümüne bizzat ve en yakından tanıklık etmesi olabilir. Zira Cemal Hoca'nın asistanlığa başladığı 1970'li yılların sonunda gerek Türk ekonomisinin içe dönük olması gerekse iletişim ve



ulaşım olanaklarının yetersiz olması sebebiyle Türkiye yabancılık unsuru taşıyan özel hukuk ilişkileri bakımından kısır bir ülke olarak kalmış ve Milletlerarası Özel Hukuk da tamamen teorik bir alan olarak ayakta durabilmiştir. Buna karşılık; 1980’li yıllardan itibaren Türk ekonomisinin dışa açılmasına, ulaşım ve iletişim olanaklarının artmasına bağlı olarak Türkiye’yi ilgilendiren yabancı unsurlu işlem ve ilişkilerin sayısı artmış, Milletlerarası Özel Hukuk da *yaşayan* bir hukuk dalı hâline gelmiştir. Her iki döneme de tanıklık eden Cemal Hoca, Milletlerarası Özel Hukukun *yaşayan* bir hukuk dalı olmasının kıymetini gayet iyi görmüş ve gerek bizzat kaleme aldığı eserlerinde gerekse danışmanlığını yürüttüğü tezlerde *yaşayan* Milletlerarası Özel Hukuku esas almıştır. Türkiye’de yaşanan gerçek uyumsuzluklar sınav sorusu olarak veya pratik çalışma konusu olarak kullanılmış, derslerde anlatılan konularda tamamen gerçek olaylar örnek verilmiştir.

Cemal Hoca uygulamadaki tecrübesinden edindiği bilgileri, karşılaştığı sorunları asla kendisine saklamamıştır. Kürsüye her geldiğinde yeni bir Milletlerarası Özel Hukuk problemini de yanında getirir, problemi bizlere anlattıktan sonra çözümlünün nasıl olması gerektiğini bizlere sorarak tartışmaya açar ve küçük büyük herkesin fikrini duymak isterdi. Bu sayede bizler de Türkiye’de henüz pek az kişinin bildiği, bilimsel eserlerde henüz ele alınmamış problemlerle tanışmanın ve bunlar üzerinde kafa yormanın heyecanını yaşardık. Cemal Hoca’nın bu paylaşımcı yapısı bizlere bilgi ve muhakeme açısından çok şey kattığı gibi, bir hocanın paylaşımcı olmasının gerekliliği konusunda da hepimize örnek teşkil etmiştir.

şimdi aklıma şu soru geliyor: Cemal Hoca hukuk tatbikatına uzak, sadece hukuk teorisiyle meşgul olan bir hoca olsaydı, acaba hukuk dünyasına şimdiki kadar katkı verebilir miydi? Bu soruya kesin bir cevap vermek mümkün olmadığından, ancak bir kanaat bildirerek cevap verilebilir. Hiç şüphesiz Cemal Hoca sadece hukuk teorisiyle meşgul olsaydı dahi, çalışkanlığı, zekâsı ve muhakeme kabiliyeti sayesinde hukuk dünyasına çok kıymetli katkılar sunardı ve fakat nitelik olarak bugün sunduğu katkıların seviyesine erişmesi mümkün olmazdı diye düşünmekteyim.

4. Cemal Hoca’nın danışmanlığında yazdığım doktora tezinin konusu netleştirmemiz yaklaşık altı ay sürdü. Ben her seferinde farklı konulardan oluşan bir liste ile karşısına çıkıyordum, Hoca ise hiçbirini beğenmiyor ve bana tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmili konusunu öneriyordu. Bu konuyla bizzat hakemlik yaptığı tahkim davalarında karşılaşmış ve çok ilginç bulmuştu. Bu konuda

bir doktora tezi yazılmasının yararlı ve hatta gerekli olduğunu anlatıyordu. Ama ben bu konudan bir doktora tez konusu çıkarabileceğime ilk başlarda inanmadığımdan, tez konuları üzerinde biraz daha çalışmak için kendisinden müsaade istiyor ve bir süre daha araştırma yapıp tekrar karşısına çıkıyordum. Ancak Hoca yine hiçbirini beğenmiyor ve yine tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmili konusunu yazmamı öneriyordu. Bu şekilde üç görüşme yaptıktan sonra pes eden ben oldum ve Cemal Hoca'nın önerdiği konuyu seçtim. Bu konuyu ilk duyduğunda doktora tezi çıkmayacağı tepkisini veren sadece ben olmamıştım. Münih'te tez konumu açıkladığım Alman meslektaşlar da aynı tepkiyi vermişlerdi. Ancak araştırdıkça ve çalıştıkça, ne kadar zengin bir doktora tez konum olduğunu anlamıştım ve Cemal Hoca'nın öngörüsüne bir kez daha hayran kalmıştım.

5. Cemal Hoca'nın yüksek lisans ve doktora aşamalarında yıllarca verdiği Milletlerarası Tahkim derslerini Hoca 2017 yılında yaş haddinden emekli olana dek hiç aksatmadan takip ettim. Hoca'dan her seferinde yeni bir şey öğrenmek imkânını kaçıramazdım. Öğrendiğimiz bazen yeni bir Yargıtay kararı olurdu, bazen Hoca'nın hakemlik veya bilirkişilik yaptığı yahut mütalaa verdiği bir davadaki mesele olurdu ama Hoca'nın hitabet yeteneğinden nasiplenmek her zaman için mümkündü.

6. Yıllar boyunca Cemal Hoca'nın verdiği hukukî mütalaaların birçoğunun hazırlanmasında kendisine yardımcı oldum. Böylece yepyeni Milletlerarası Özel Hukuk problemleri hakkında birlikte çalışma ve kendisinden öğrenmeye devam etme fırsatım oldu. Bu çalışmalar benim için birçok farklı açıdan fevkalade yararlı olmuştur. Zira hem Milletlerarası Özel Hukuk perspektifimi hem de yazma becerimi geliştirmeye bu sayede devam ettim. Ayrıca Cemal Hoca'nın bu hukukî mütalaalardan aldığı ücreti benimle eşit bir şekilde paylaştığını ve böylece maddî olarak da ayakta kalmamıza büyük destek olduğunu minnetle ve şükranla vurgulamak isterim.

7. Cemal Hoca ve Doç. Dr. İnci Ataman-Figanmeşe ile birlikte kaleme aldığımız Milletlerarası Özel Hukuk kitabını hazırlarken Cemal Hoca'nın keskin zekâsına ve zihnindeki berraklığa her seferinde artarak hayran olmuştuk. Cemal Hoca'nın zihni öylesine berraktır ki, ağzından çıkan cümlelerin neredeyse tamamı kitaba aynen geçmiştir ve bu cümleler gerek anlam gerekse imlâ bakımından o kadar düzgün ve rafine cümlelerdir ki geri dönüp cümle üzerinde değişiklik yapma ihtiyacı dahi hâsıl olmamıştır.

8. Cemal Hoca sadece kendi bilim alanı ile sınırlı bilgi ve birikime sahip bir hoca değildir. “Âlim” tipi hocalardandır. Bir tarihçi kadar tarih, bir edebiyatçı kadar edebiyat, bir coğrafyacı kadar coğrafya, bir ziraatçı kadar ziraat, bir ilahiyatçı kadar din bilgisine sahip olduğunu söylemek kesinlikle mübalağa olmaz. Siyaset ve müzik alanlarında da aynı ölçüde ilgisi ve bilgisi vardır. Memleket meselelerine çok duyarlıdır. Sadece kendi bilim alanına sıkışıp kalan insanların birer “teknisyen” olduğuna inanır ve bizleri de Milletlerarası Özel Hukuk alanına sıkışıp kalmamamız konusunda sıklıkla uyarır.

9. Tarihe not düşülmesi gereken özelliklerinden biri de, Cemal Hoca'nın, kürsüde kendi varlığını bir ölçüde borçlu olduğu demokrasi ve hoşgörü ortamını, yıllarca yürüttüğü Ana Bilim Dalı Başkanlığı boyunca da muhafaza etmiş olmasıdır. Farklı ortamlarda yetişen kişilerin bir araya geldiği Ana Bilim Dalımızda kimin neye ve ne kadar inandığı, kimin ne yediği ve ne içtiği, kimin nasıl giyindiği, kimin hangi siyasî görüşü desteklediği gibi konularla, Cemal Hoca'nın, uzaktan dahi olsa ilgilendiğini, bunları merak ettiğini, kişilere buna göre farklı muamele ettiğini ne gördüm, ne duydum ne de hissettim.

10. Cemal Hoca sağlığına çok dikkat eder, yediğine ve içtiğine özen gösterir, sık sık yürüyüş yapar. İnşallah Hocamız bundan sonra da sağlığını uzun yıllar muhafaza eder; böylece biz de kendisinden feyz alma imkânını bulmaya devam ederiz.

Saygıdeğer Hocama; Saygıdeğer eşi Halime Şanlı, çocukları Sayın Dr. Arzu Şanlı-Türk, Sayın Av. Şeyma Şanlı-Kincal, Sayın Av. Ayşe Nur Şanlı-Kincal, Sayın Av. Necip Fazıl Şanlı ve torunları ile birlikte sağlık ve huzur dolu uzun bir ömür diliyorum.



## Milletlerarası Özel Hukuk'un Cemal Şanlı Hocası

**Faruk Kerem Giray** 

Cemal Hocayla, ilk kez 1998 yılının Kasım ayında tanışmıştım. O zamanki adıyla Devletler Hususî Hukuku olan anabilim dalında, araştırma görevlisi statüsünde görev yapmak üzere kadro ilanı yapılmıştı. Açılan kadroya başvurmuş ve ön şart olan yabancı dil sınavına girebilmek için sabahın erken saatlerinde Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Araştırma ve Uygulama Merkezinin bulunduğu binanın ikinci katındaki uzun ve geniş koridorda sınav saatini beklemiştim. Sınav saat 10:00'da başlayacaktı. Çocukluğumdan kalma alışkanlıkla geç kalmamak için erkenden gelmişim. Sınavın yapılacağı yer, Cemal Hoca'nın odasıydı. Sınavın heyecanından olsa gerek, sınav süresince, adaylar olarak, ne odanın soğukluğunun ne de bize ikram edilen çayların farkındaydık. Cemal Hoca, sağlıklı bir sınav ortamı oluşturabilmek için tüm floresanları yakmış bir yandan da yerdeki elektrikli ısıtıcıyı çalıştırmıştı. O gün, dil sınavında tercüme yaparken, Hocanın odasının ne kadar da düzenli ve dosyalarının tertipli olduğunu hatırlıyorum. Odasının bu özelliği, meğer onun karakterinin bir yansımasıymış. Çalışma masası ve odası her zaman düzenli, kitapları derli toplu sıralanmıştı. Kütüphane raflarının birinde, ebatları görece küçük olan köşeli bir ayna vardı. Yıllar boyunca, o mavi çerçeveli aynaya kısa süreli bakıp, saçını basit bir el hareketliyle düzeltip, bu rötuştan sonra dersin yapılacağı amfiye giderdi.

1999 yılından başlayarak, Hoca emekli oluncaya dek, tüm yüksek lisans ve doktora derslerine düzenli olarak devam ettim. O kadar ki, akademik unvanlarımız ne olursa olsun, meslektaşlarım İnci Ataman Figanmeşe ve Emre Esen'le birlikte lisansüstü derslerine her Salı öğleden sonraları iştirak ettik. Derslerinde, milletlerarası usul hukuku başta olmak üzere milletlerarası ticari tahkimin sırf teorisini anlatmakla kalmayıp aynı zamanda uzun yıllara dayanan hakemlik, avukatlık ve danışmanlıktan oluşan yoğun birikim ve tecrübesiyle harmanladığı bilgisini tüm detaylarıyla öğrencilerine anlatır ve aktarırdı. Hocanın tecrübesinden istifade etmek bugün bile bizim için bulunmaz bir fırsattır.

\* **Sorumlu Yazar:** Faruk Kerem Giray (Doç. Dr.), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: fkerem@istanbul.edu.tr ORCID: 0000-0003-1952-9644

Cemal Hoca, doktora tez danışmanımdı. Yazdıklarımı, çok yoğun bir çalışma dönemi içinde olmasına rağmen satır satır okumuş, düzeltme ve önerilerde bulunmuştu. Tezi yazarken, o an için eklemeyi düşünmediğim iki taraflı adli yardım anlaşmalarındaki tanıma ve tenfiz şartlarının önemine vurgu yapmış ve bunları özellikle tezime eklemem için telkinde bulunmuştu. O gün bugündür, ne zaman bir konu üzerinde çalışsam veya bir soruya cevap arasam; o meseleye ilişkin iki taraflı adli yardım anlaşmalarında bir hüküm olup olmadığını kendime hep sorarım.

Türkçe'yi çok güzel ve zengin kelime dağarcığıyla konuşan Hocamızın, akıcı ve yargı içtihatlarıyla taçlandığı ders anlatışlarından istifade ederken bir yandan da Türkiye'nin siyasi tarihi hakkındaki bilginizi günceller ve geliştirirdiniz. Hemen belirtiyim ki, Cemal Hoca hiçbir zaman derslerinde siyaset yapmamış; bilakis her konuyu, hukuki vasıflandırmalar içinde kalarak işlemiştir. Cemal Hoca, her zaman sorgulayıcı, ezberden kaçınmamızı salık veren bir öğretim modelini benimsemiştir. Derslerde, konuyu anlatırken ara ara soru sorup, ezbere söylediğimiz bilgilerin nedenlerini ve bu kaidelerin kanuna veya sözleşmeye konuluş gerekçelerini sorar ve sorgulatırdı. Bu nedenle, derslerini takip edenler, anlattığı konuları, kolaylıkla anlar, öğrenir ve verdiği uygulamadan örnekler sayesinde yıllar sonra bile o bilgileri hemen hatırlamanızı sağlardı.

Cemal Hocama, aktardığı ve öğrettiği tüm bilgiler ile akademik olarak yetişmemde verdiği destekler için çok teşekkür ederim. Milletlerarası Özel Hukuk alanındaki çalışmalarına ve üretimine devam eden Hocamıza, eşi, evlatları ve torunlarıyla birlikte nice sağlıklı, mutlu ve güzel günler dilerim.

## Hocam Prof. Dr. Cemal Şanlı Hakkında

İnci Ataman Figanmeşe\* 

Milletlerarası özel hukuk kürsüsünde göreve başladığımda Cemal Hoca, kürsümüzün çok başarılı, parmakla gösterilen doçentiydi; kısa bir süre sonra da profesör unvanını aldı. Hayranlıkla izlediğimiz büyük hocalarımız Prof. Dr. Aysel Çelikel, Prof. Dr. Ergin Nomer ve Prof. Dr. Gülören Tekinalp de o günlerde kürsümüzün başındaydılar; ancak birkaç yıl sonra art arda emekliye ayrıldılar. Bu üç değerli hocamızın yokluğunun bir boşluk yaratmaması için Cemal Hoca büyük özveri göstererek kürsümüze sahip çıktı; bir yandan avukatlık yapıp bir yandan da Türk Hava Yollarının Yönetim Kurulu üyeliği gibi pek çok yoğun idarî işi üstlenmiş olduğu halde, bizlerin eğitimi de dahil olmak üzere kürsümüzün tüm meseleleriyle yakından ilgilenip, isabetle doğru zamanda yaptığı âdil müdahaleleriyle gerekli ayıklamaları da yaparak, uyumlu bir kürsü ortamında yetişmemizi sağladı.

Milletlerarası özel hukukun pek çok yönü hakkında kapsamlı eserler vermiş olsa da, Prof. Dr. Cemal Şanlı denince pek çok hukukçunun aklına ilk gelenin Hoca'nın "tahkim" alanına katkıları olacağını söylemek zannediyorum pek yanlış olmaz. Tahkimin bugünkü popülerliğine henüz kavuşmamış olup ülkemizde pek de ilgilenilmeyen konulardan biri olduğu yıllarda Cemal Hoca öneminin farkına varıp, tahkim hakkında çalışmaya başlamış, içerdiği bilgilerin zenginliği, konuların ele alınış tarzı ve dilinin akıcılığıyla Türk hukuk doktrininde örnek alınması gereken monografik eserler arasında yer alan "Milletlerarası Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk" isimli kitabını kaleme almıştır. Takip eden yıllarda ise bir kısmı Türkiye bakımından da büyük önem taşıyan pek çok tahkim davasında gerek hakem gerekse de avukat olarak yer almıştır.

Cemal Hoca'mızın tahkim uygulamasından edindiği tecrübeleriyle akademik bilgilerini harmanlayıp verdiği yüksek lisans ve doktora derslerini bugünkü unvanlarıyla Prof. Dr. Kerem Giray, Prof. Dr. Emre Esen ve Dr. Öğr. Üyeleri Mine Tan-Dehmen ile Elif Ulusu başta olmak üzere kürsü arkadaşlarımla çoğuyla birlikte yıllarca takip edip Cemal Hoca'mızdan feyz alma imtiyazına sahip olduk. Gerek bu

\* **Sorumlu Yazar:** İnci Ataman Figanmeşe (Doç. Dr.), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: inci.figanmese@istanbul.edu.tr ORCID: 0000-0001-6678-8601

derslerinde gerekse de içerik bakımından bir ders gibi zengin geçen sohbetlerinde sorduğu soruya doğru cevabı alamadığında Cemal Hoca'nın öğrencilerini tenkit ettiği bir sır değildir. Hoca'nın bazen biraz da istihfaf içeren bu tenkitlerini işitmemiş, bu tenkitleri üzerine utanıp üzülmemiş değilim... Ancak zamanla anladım ki bu tenkitler Hoca'nın eğitim yöntemlerinden biridir; altında bizlere bir şeyler öğretmek, bizlerin ilgisini uyandırmak gayesi yatmaktadır. Şunu da belirtmeliyim ki, Hoca tenkitleriyle olduğu gibi övgüleriyle de biz öğrencilerini teşvik etmiştir. Başarılı bir tez savunması veya tebliğin ardından Hoca'nın öğrencisiyle gurur duyduğunu belli eden övgü dolu bir sözünü işitmenin verdiği çalışma azmi ile mutluluğun tarifi zordur.

Cemal Hoca bizlere sadece hukuk hakkında değil; tarihten, edebiyata uzanan ve hatta oradan ziraate varan pek çok konuda bilgiler verip, eğitti. Meselâ yakın geçmişimizde bir "Garbî Trakya Müstakil Hükümetinin" kurulmuş olduğunu Cemal Hoca'dan öğrendiğim gibi, 'turfanda' kelimesinin Orta Asya'da iklim özellikleriyle ilk meyveleri veren Turfan şehriden geldiğini ve hatta ortancaların mavi renge kavuşmasında toprağın demir içeriğinin belirleyici olduğunu Hoca'dan öğrendim. Diğer yandan Hoca'nın fevkalâde berrak ve akıcı bir Türkçeyle kaleme aldığı eserlerine bakarak, dil hâkimiyetine ilişkin ipuçları edinmeye çalıştım.

Hoca'nın kaleminin güçlü olduğu daha lise yıllarında fark edilmiş, Cemal Hoca o genç günlerinde çeşitli mecralarda yayınlanan yazılar kaleme almıştır. Öyle tahmin ediyorum ki, bu tür yazıları düzenli bir şekilde yazmaya devam edip geniş kitlelere ulaşmış olsaydı, akıcı üslubu, siyasî duruşu ve sahip olduğu derin bilgi birikimi ile Cemal Hoca bugün Türkiye'nin en takdir gören fikir insanları arasında yer alırdı.

Cemal Hoca'yı sadece iyi bir hukukçu değil, başka pek çok konuda derinlemesine bilgi sahibi kılıp aynı zamanda bir dil ustası yapanın, parlak zekâsı yanında Hoca'nın bitmek tükenmek bilmeyen öğrenme isteği olduğu ortadadır. Hoca çok okur, bir mevzuda bilgi sahibi olan kişiyi can kulağıyla dinler, okuduğunu ve kendisine anlatılanı hiç unutmaz, bilene de kim olduğuna bakmaksızın büyük saygı duyar.

Cemal Hoca zorda kalanların başvurdukları ilk kişilerden olma vasfını da taşır. Bürosunda da, fakültemizdeki odasında da bir derdi olup Hoca'ya danışanlar eksik olmaz; Hoca da her birine vakit ayırır, elinden geleni yapmaya çalışır. Kendisine başvuranları gördükçe, bunca yoğun iş yükü arasında Hoca'nın nasıl olup da onlara vakit ayırabildiğine hayret etmemek mümkün değildir... Bir dönem ben de hiç



karşılaşmamış olmayı dilediğim kişilerle baş etmek zorunda kaldığımda Cemal Hoca'ya başvurmak dışında bir çare görememiştim. O günlerde Hoca uzun saatlerini bana ayırmış, beni yalnız bırakmamıştı...Bunu hiç unutamam.

Nihayet şunu da belirtmek isterim ki, hoşsohbeti, güler yüzü, Hoca'ninkinden hiç de eksik olmayan bilgi birikimi ile eşi Halime Hanım'ı ve çocuklarını tanıdıkça, fertlerinin birbirini iyilik ve bilgiyle besledikleri bir aile ortamına sahip olmak gibi bir imtiyaza Cemal Hoca'nın sahip olduğunu anladım. Cemal Hoca'nın hayranlık uyandıran meziyetleri bu güzide aile ortamının oluşmasını sağlamış olduğu gibi muhakkak buradan beslenmiştir.

Cemal Hoca'ma hukuk alanına yeni eserler kazandırıp biz öğrencilerine feyz vermeye devam edeceği, çok sevdiği toprak işleriyle de gönlünce uğraşabileceği, ailesi ve dostlarının eksik olmayacağı, sağlık, huzur dolu bir ömür dilerim.

Doç. Dr. İnci Ataman-Figanmeşe



## Cemal Hocamıza...

Mine Tan Dehmen\* , Elif Ulusu Karataş\*\* 

Akademik hayatımıza yanında başlamaktan ve önce çırağı sonra kalfası olmaktan her daim onur ve şeref duyduğumuz değerli hocamız Cemal Şanlı'yı biz de aklımızdan ve kalbimizden gelenlerle anlatmak, ona ithaf edilen bu armağanın küçük bir parçası olmak istedik. Hocamızın bizim için taşıdığı değeri hem ona hem de başkalarına anlatmak için bu imkânı bulduğumuza müteşekkirimiz.

Akademik ve mesleki yaşantısına yön verdiği, destek olduğu daha pek çok isim gibi bizim de şu ana dek iyi birer hukukçu olma yolunda gerçekleştirdiğimiz her faaliyette, attığımız her adımda, yazdığımız her satırda onun da payı bulunmaktadır. Şayet hocamıza şükranlarımızı sunmaya çalışacağımız bu satırlarla ona olan borcumuzu bir nebze ödeyebilirsek ne mutlu bize.

Cemal hocamızı düşündüğümüzde aklımıza ilk gelenler onun sağlam karakteri, çalışkanlığı, onca birikim ve tecrübeye rağmen öğrenmeye aç, meraklı tabiatı, mütevazılığı, abartısız merhameti, titizliği, son derece keskin ve pratik zekâsıdır.

Cemal hocamız tüm bunların yanı sıra çok iyi bir anlatıcıdır. Hocamızın öyle berrak bir zihni vardır ki yazsanız satırlar sürececek bir cümleyi hiç teklemeyen bir çırpıda söyleyiverir. Hafızası öyle kuvvetlidir ki üzerinden yıllar geçmiş bir hadiseyi daha dün yaşamış gibi tüm ayrıntılarıyla aktarır. Anlattığı olaylardaki, hikâyelerdeki kişileri sesiyle, yüz ifadesiyle yer yer canlandırarak, adeta yaşayarak anlatır. Keyifli bir şeyden söz ediyorsa arada bir de kakhaha patlatır. Hocamızı dinlemek her zaman büyük bir keyif olmuştur.

Hocamız iyi bir anlatıcı olduğu kadar iyi bir dinleyicidir de. Size sorular sorar; düşünmenize, kendinizi açıklamanıza fırsatlar yaratır. Yaşınızdaki, kıdeminizden bağımsız olarak söylediklerinize kıymet verir. Bazen siz konuşurken bir anda sorduğu bir soru veya yaptığı bir yorumla sizi köşeye sıkıştır gibi görünse de, aslında bu onun sizin fikirlerinizi ne derece tutarlı oluşturduğunuz veya onları ne denli doğru ifade ettiğiniz konusunda kendinizi sınamanız için araladığı bir kapıdır.

\* **Sorumlu Yazar:** Mine Tan Dehmen (Dr. Öğr. Üyesi), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: minetan@istanbul.edu.tr ORCID: 0000-0001-9498-5485

\*\* Elif Ulusu Karataş (Dr. Öğr. Üyesi), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: minetan@istanbul.edu.tr ORCID: 0000-0001-9498-5485

Cemal hocamız ile sohbet etmenin hem akademik hem de kişisel gelişim anlamında üzerimizde çok büyük tesiri olmuştur. Hocamızın sohbetleri, içeriği ne olursa olsun kuru laftan, dedikodudan uzaktır; kendisini dinleyenlerin çıkaracağı hisselerle doludur; yol göstericidir. Bu bazen çocukluk veya gençlik yıllarından bir hikâyedir, bazen bir tarihî şahsiyetin yaşamından bir kesittir, bazen bir mahkeme kararı, bazen ise Türkiye'nin yakın tarihinde gerçekleşmiş sosyal veya iktisadi gelişim ve dönüşümlere dair bir tespittir. Hocamız bizimle tüm paylaştıkları aracılığıyla, hayatta herhangi bir meseleye yaklaşırken tek bir noktadan bakmanın, farklı perspektifler bulmanın, gerek akademik hayatta gerekse insan ilişkilerinde katı yargılara sahip olmadan uzlaşmacı olmanın, ahlaki ilkelerden ayrılmadan esnek olmanın, bir hukukçu olarak asla sadece hukuk bilgisiyle yetinmemenin, derin bir genel kültür bilgisine de sahip olmanın önemini içten içe öğütlemiştir. Ayrıca Cemal hocamız sadece anlattıklarıyla değil, tüm bu saydığımız nitelikleri haiz olan bizatihi kendi kişiliği ile de her zaman bize örnek olmuştur.

Cemal hocamız bilgisini, hayat tecrübesini paylaşmada cömerttir. Onun engin hukuk bilgisine, derin hayat tecrübelerine ihtiyaç duyduğumuz zamanlarda, hocamızın kapısı bize her daim açık olmuştur.

Cemal hocamız ister hukuki, isterse toplumsal veya gündelik herhangi bir meseleye baktığında, o meseledeki önemsiz gibi görünen ancak kritik değerde olan bir ayrıntıyı kolaylıkla tespit edebildiği gibi; her meseleye bütüncül bir bakış açısıyla bakma ve ilintili meselelerle ilişki kurma konusunda doğal bir yeteneğe sahiptir. Hocamızın bilgeliği, parçada bütünü ve bütünde parçayı görmekteki ustalığından gelmektedir.

Cemal hocamız; hukuki, toplumsal veya gündelik sorunlara her zaman çözüm odaklı yaklaşır. Tek başına insanlarla veya olaylarla ilgilenmez; meseleleri şahsileştirmeden, çekişmelere, didişmelere fırsat vermeden her zaman suhuletle en adil çözümü arar. Kendisinin asistanlığını yaptığımız yıllar boyunca, bizlere de her zaman sakin ve anlayışlı davranmış, hatalarımıza yapıcı bir üslupla yaklaşmış ve düzeltmemiz için desteklemiş, rehberlik etmiştir.

Hocamızın bu yapıcı yaklaşımı kürsü içi ilişkiler bakımından da her zaman çok önemli olmuştur. Cemal hocamız, akademik başarının yanında, insani özelliklerin de önemine inanır; kürsümüzün birlik ve beraberliğini, iç huzurunu daima önde tutardı. Kürsüye ilk asistan alındığımızda, bizlere yaptığı konuşmada, akademik başarımızın

yanında ve hatta daha da önce, kürsü içi insani ilişkilerimize özen göstermemiz ve bizden öncekilerden ne görüyorsak o yolda ilerlememiz konusunda ilk öğüdünü vermişti. Hocamızın anlayışı, babacan tavırlarının, kürsümüzdeki aile ortamını büyüttüğü, kürsümüzün barışçıl geleneğini pekiştirerek devam ettirdiği şüphesizdir.

Ayrıca Cemal hocamız, kürsümüze sadece manevi değil maddi katkılarını da esirgememiş; Enstitümüzün yayını olan MHB'nin ayakta kalması için her türlü maddi desteği büyük bir içtenlikle sağlamıştır.

Akademik ve kişisel yolculuğumuzda bizlere yaptığı rehberlik, verdiği destek ve ilham için Hocamıza bu vesileyle şükranlarımızı sunmaktan büyük bir mutluluk duyuyoruz. Kendisine sağlıklı, huzurlu, uzun bir ömür dileriz.





## Günümüz Çatışmalarında Özgürlüğünden Yoksun Bırakılmış Kişilerin Korunması

### Protection of Persons Deprived of Their Liberty in Contemporary Armed Conflicts

Rezzan Katılmış\*

#### Öz

Günümüz silahlı çatışmalarında 'özgürlüğünden yoksun bırakma', hem devletler hem de devlet dışı silahlı gruplar tarafından oldukça yaygın kullanılan bir yöntem haline gelmiştir. Çatışma taraflarınca alıkonulan bu savunmasız kişilerin tutulduğu koşullar son derece ağır ve insani açıdan oldukça trajiktir. Bu kişiler çoğunlukla alıkonma sebeplerinden ve haklarından bihaber, dış dünya ile iletişimleri yasaklanmış, yeterli su, gıda ve tıbbi yardıma ulaşamadıkları koşullarda tutulmakta; sıklıkla yargısız infazlara, zorla kaybedilmeye, işkenceye ve kötü muameleye maruz kalmakta ve korunamamaktadır. Bunun sebebi çoğunlukla ilgili hukuk normlarına uyulmaması, hukukun bilinmemesi ya da kapasite eksikliği ve fiziki olanaksızlıklar olmakla birlikte; uluslararası silahlı çatışmalara oranla uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda bu hususlara ilişkin detaylandırılmış hukuki normların eksikliği bu kişilerin yaşamı, onuru ve sağlığının korunamamasında önemli bir etkidir.

Bu çalışma günümüz çatışmalarının temel bir karakteristiği haline gelen Uluslararası Nitelikte Olmayan Silahlı Çatışmalar bağlamında İnsancıl Hukuku, çatışma taraflarının yoğun bir şekilde uyguladığı 'özgürlükten yoksun bırakma' hususu açısından ele almayı amaçlamaktadır. Bu kapsamda, Uluslararası Nitelikte Olmayan Çatışmalar Hukukunda özgürlükten yoksun bırakma/ alıkoyma kavramına dair hükümlerin kişilere yeterli koruma sağlayıp sağlamadığı ve bu husustaki hukuki boşluklar irdelenecek; alıkoyma durumlarında kişilerin korunması açısından İnsancıl Hukukun geliştirilmesi gereken alanları ile bu alanların güçlendirilmesine dair çabalar ve çözüm önerilerine yer verilecektir.

#### Anahtar Kelimeler

Uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalar, Özgürlükten yoksun bırakma, Tutukluluk, Enterne edilme, Devlet dışı silahlı gruplar

#### Abstract

In the contemporary armed conflicts of today, *deprivation of liberty* has become a widely used method by both states and non-state armed groups. The conditions in which those vulnerable persons are detained by the parties of conflict are extremely severe and quite tragic. They are often held in conditions where they are unaware of the reasons for their detention and their rights, their communication with the outside world is banned and they have inadequate access to water, food and medical assistance. They are often subjected to extrajudicial killings, enforced disappearance, torture and ill-treatment, and cannot be protected. Although this is mostly due to the failure to comply with relevant legal norms, lack of knowledge of the law or lack of capacity and physical disabilities; the lack of detailed legal norms in non-international armed conflicts compared to international armed conflicts is an important factor in the inability to protect their life, dignity and health.

This study aims to address humanitarian law in terms of the 'deprivation of liberty' which is commonly applied by the parties to the conflict in the context of the Non-International Armed Conflicts which has become a fundamental

\* Sorumlu Yazar: Rezzan Katılmış, Türkiye Kızılay Derneği, Ankara, Türkiye. E-posta: rezzan.katilmis@bilgi.edu.net ORCID: 0000-0002-3330-185X

Atf: Katılmış R, "Günümüz Çatışmalarında Özgürlüğünden Yoksun Bırakılmış Kişilerin Korunması" (2020) 40(1) PPIL 1.  
https://doi.org/10.26650/ppil.2020.40.1.0016



characteristic of contemporary armed conflicts. Within this scope, whether the provisions on deprivation of liberty/detention in the law of Non-International Armed Conflicts provide adequate protection or not and the legal gaps in this respect will be examined. Additionally, in cases of detention, the areas of Humanitarian Law need to be improved alongside efforts and solution proposals to strengthen these areas will be included.

**Keywords**

Non-International armed conflicts, Deprivation of liberty, Detention, Internment, Non-State armed groups

**Extended Summary**

Deprivation of liberty has become a common practice in contemporary conflicts. These practices are carried out in the form of Internment (as administrative detention) or detention (as forensic detention, regarding criminal proceedings). In the context of Non-International Armed Conflicts (NIACs) which has become the main characteristics of contemporary conflicts, those persons deprived of liberty include persons who have participated directly in hostilities and who have fallen into the hands of the adversary, as well as those detained on criminal charges or for security requirements provided that there is a link between the armed conflict and the deprivation of liberty. While there are quite detailed and comprehensive regulations in the law of international armed conflicts; in terms of NIACs, provisions on the protection of persons deprived of their liberty are limited and there are significant gaps in this regard.

The conditions in which those vulnerable persons are detained by the parties of conflict are extremely severe and tragic. The International Committee of the Red Cross' (ICRC) observations during detainee visits, many international NGO reports as well as other national or international investigations have confirmed this dark situation: regardless of where and by whom they are detained; persons deprived of liberty are often subjected to extrajudicial killings, enforced disappearance, torture and ill-treatment and they cannot be protected. They generally are held in conditions where they are unaware of the reasons for their detention and their rights, their communication with the outside is banned and they have inadequate access to their basic needs such as water, food and health. Detainees are not separated from the internees, or children are not separated from adults, likewise for some categories who require special protection, such as women, children, nursing mothers, the elderly and disabled people, the necessary conditions cannot be provided. The situation is worse in detentions carried out by non-state armed groups.

Although this is mostly due to the failure to comply with relevant legal norms, lack of knowledge of the law or lack of capacity and physical disabilities; the lack of detailed legal norms in NIACs compared to international armed conflicts is an important obstacle to protect detained persons' life, dignity and health. Basically, the Humanitarian Law regulating the NIACs has a strong framework that provides basic



judicial guarantees and prohibits all forms of violence and ill treatment against persons deprived of their liberty. Common Article 3 of the Geneva Conventions, Additional Protocol II and International Customary Law provide important provisions including general protections and basic judicial safeguards for persons deprived of their liberty. However, NIAC related Humanitarian Law seems silent on the conditions of detention (especially in cases where the Additional Protocol II is not applicable), specifically in vulnerable categories, the grounds for deprivation of liberty, procedural principles and safeguards for internment, and the procedures and principles relating to the transfers of persons deprived of their liberty from one authority to another. Additionally there are important normative gaps for deprivation of liberty carried out by non-state armed groups. The issue of the protection of persons deprived of their liberty in contemporary conflicts has also occupied the agenda of the international community in recent years and the strengthening of legal protection for these people has been highlighted as an important need.

In recent years, there have been some important legal efforts to strengthen the protection for persons deprived of their liberty. The ICRC raised this issue in its International Conferences in 2011 and 2015. Based on the authority granted by the States, the ICRC has conducted extensive studies and consultations with states, other international actors and related experts to seek a solution that can balance the military and humanitarian requirements precisely and guide all actors of the NIAC. The process between 2011 and 2015, related to the studies obtained from regional and thematic meetings and consultations with various actors, evolved to identify and propose a range of options to ensure that Humanitarian Law is maintaining its appropriate and relevant ground to protect persons deprived of their liberty. The framework of the standards obtained during these studies, identified issues and recommendations and the elements of protection have been examined under the headings of ‘conditions of detention and particularly vulnerable groups’, ‘grounds and procedural safeguards for internment’ and ‘detainee transfers’.

There have also been some recent efforts in other areas of international law. One of these important efforts is the *Copenhagen Process* (Principles and Guidelines on the Handling of Detainees in International Military Operations) which was led by Denmark between 2007 and 2012 and aimed to find solutions to the problems related to the protection of persons deprived of their liberty to be implemented only for extraterritorial military and peace operations in the context of NIACs. Another important development is the revision of the Minimum Standard Rules for the Improvement of Prisoners called the *Nelson Mandela Rules* which was adopted by the UN General Assembly on 17.12.2015.

## Günümüz Çatışmalarında Özgürlüğünden Yoksun Bırakılmış Kişilerin Korunması

### I. Giriş

Özgürlüğünden yoksun bırakılma, hem uluslararası hem de uluslararası olmayan çatışmaların olağan ve kaçınılmaz bir sonucu olarak ve çoğunlukla uzun süreli ‘alıkoyma’(detention)<sup>1</sup> şeklinde gerçekleştirilen uygulamalardır. Özgürlüğünden yoksun bırakılmış kişiler uluslararası çatışmalar bakımından; düşman tarafın eline düşmüş savaşılanlar (combatants), enterne edilmiş siviller ve güvenlik sebebiyle gözetiminde tutulan kişileri kapsamaktadır. Uluslararası nitelikte olmayan çatışmalar bakımından da çatışmalara doğrudan katılmış ve düşman tarafın eline geçmiş kişilerin yanısıra, çatışma ile özgürlükten yoksunluk arasında bir bağ olması kaydıyla bir suç istinadı veya güvenlik sebebi ile gözetiminde tutulan kişileri kapsamaktadır<sup>2</sup>. Bu uygulamalar, enterne edilme ya da bir başka deyişle idari alıkoyma (alıkoyan otoritenin güvenliği için ciddi bir tehdit oluşturma olasılığı nedeniyle adli bir suçlama olmaksızın alıkoyma) ve tutukluluk ya da diğer bir deyişle adli alıkoyma (adli işlemlere tabi tutulmak üzere aklanma ya da mahkûmiyete kadar gerçekleştirilen alıkoyma) şeklinde gerçekleştirilmektedir. Uluslararası silahlı çatışma hukukunda bu hususta oldukça detaylı ve kapsamlı düzenlemeler söz konusudur; Cenevre Sözleşmelerinin<sup>3</sup> 175 maddesi özgürlüğünden yoksun bırakmaya dair hükümlerdir<sup>4</sup> ve Savaş Esirlerine Yönelik Muamele Hakkında 1949 Tarihli III. Cenevre Sözleşmesi, yalnızca uluslararası

1 ‘Detention’ kelimesi Cenevre Sözleşmelerine Ek II nolu Protokolün İngilizce metninin Türkçe çevirisinde (GSU&ICRC, 12 Ağustos 1942 Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri) genellikle ‘tutukluluk’ olarak ifade edilmiştir. Bununla birlikte ‘gözetim’ olarak da kullanıldığı (Taşdemir Fatma-Özdemir Erdinç) görülmüştür. Bu çalışmada kaynak metnin kullanım amacı da dikkate alınarak ‘detention’ ibaresi için ‘özgürlüğünden yoksun bırakılmış tüm kişilere’ atfen **alıkoyma**; adli ve cezai içerikli **alıkoymalara** atfen ‘**tutukluluk**’ ya da **adli alıkoyma**; idari ya da güvenlik tehdidi nedenleriyle gerçekleşen **alıkoymalara** atfen de ‘**enterne edilme**’ ya da ‘**idari alıkoyma**’ ifadeleri tercih edilecektir.

2 Henckaerts J. M. & Beck L. D. *Uluslararası İnsancıl Teamül (Örf-Adet) Hukuku*, Cilt I: Kurallar, Çev. Öktem vd. (Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları) 481.

3 Karadaki silahlı kuvvetlere mensup yaralıların durumlarının iyileştirilmesine ilişkin 1949 tarihli I. Cenevre Sözleşmesi, ‘Harp Halindeki Silahlı Kuvvetlerin Hasta ve Yaralıların Vaziyetlerinin Islahı Hakkında Cenevre Sözleşmesi’ adı ile; denizdeki silahlı kuvvetlerin yaralı, hasta ve deniz kazazedelerinin durumlarının iyileştirilmesine ilişkin 1949 tarihli II. Cenevre Sözleşmesi, ‘Silahlı Kuvvetlerin Denizdeki Hasta, Yaralı ve Kazazedelerinin Vaziyetlerinin Islahı Hakkında Cenevre Sözleşmesi’ adı ile; savaş esirlerine yönelik muameleyi düzenleyen 1949 tarihli III. Cenevre Sözleşmesi, ‘Harp Esirlerine Yapılacak Muamele ile İlgili Cenevre Sözleşmesi’ adı ile ve son olarak sivillerin korunmasına ilişkin 1949 tarihli IV. Cenevre Sözleşmesi ‘Harp Zamanında Sivillerin Korunmasına İlişkin Cenevre Sözleşmesi’ adı ile ülkemizde 21.01.1953 tarih ve 6020 sayılı Kanunla, 30.01.1953 tarih 8322 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak onaylanmıştır. 1977 yılında, ‘1949 Tarihli Cenevre Sözleşmelerine Ek Uluslararası Silahlı Çatışma Mağdurlarının Korunmasına İlişkin I Nolu Protokol’ ve ‘1949 Tarihli Cenevre Sözleşmelerine Ek Uluslararası Nitelikte Olmayan Silahlı Çatışma Mağdurlarının Korunmasına İlişkin II Nolu Protokol’ imzalanmıştır. ICRC & GSÜ, *12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri* (Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul).

2019 Ocak ayı itibari ile 1949 Cenevre Sözleşmelerine 196, I nolu Ek Protokole 174, II nolu Ek Protokole ise 168 devlet taraftır. Türkiye Cenevre Sözleşmelerine taraf iken Ek Protokollere taraf değildir. Sözleşme metinleri ve taraf devletler için bkz. <<https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/vwTreaties1949.xsp>> (10.05.2019)

4 III. Cenevre Sözleşmesi (C.S.), IV. C.S. ve I nolu Ek Protokolde oldukça detaylı hükümler yer almaktadır. Evrensel düzeyde onaylanmış Cenevre Sözleşmelerinin tüm alıkoyma şekillerine ilişkin 175’ den fazla hüküm içerdiği, I nolu Ek Protokolün II nolu Ek Protokole göre daha geniş çapta onaylanmış olduğu ve Teamül Hukuku’nda da özgürlüğünden yoksun bırakılmış kişilere ilişkin birçok kuralın varlığı dikkate alındığında; Uluslararası Çatışmalar bakımından alıkoymalara dair gerekli hukuki korumanın mevcut olduğu ortadadır. ICRC Report, *IHL and The Challenges of Contemporary Armed Conflicts*, 32. International Conference of the Red Cross and Red Crescent, (32IC/15/11) (ICRC December 2015)

çatışmalar açısından bir statü olarak tanımlanan ‘savaş esirlerine’ ilişkin muameleyi düzenlemektedir. Ancak uluslararası çatışmalara ilişkin bu hükümlerin aksine, uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalar (UOSÇ) açısından özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilerin korunmasına ilişkin hükümler kısıtlıdır ve bu konuda önemli boşluklar söz konusudur. Alıkonan kişi, alıkoyan otoritenin insafına bırakılmıştır. Çatışmadan kaynaklanan ve sosyal yapının da bozulması ile artan düşmanca tutum altında, hem fiziki hem de ruhsal açıdan savunmasız olan bu kişilerin temel hak ve ihtiyaçlarına ulaşımı için koşullar genellikle kötü ve yetersizdir. Özellikle devlet dışı silahlı gruplar tarafından alıkonulmuş kişiler için, gerekli araç, fiziki olanak ve yönetim kapasitesinin de eksikliği ile koşullar çok daha ağır ve zordur<sup>5</sup>.

Silahlı çatışma durumlarında, düşman silah bıraktığında, ulusal ve uluslararası hukuka uygun muamele görmesi gerekmektedir. İnsancıl Hukuk, silah bırakan ya da silahsız hale getirilen kişilerin öldürülmesini yasaklamıştır. Özgürlüğünden yoksun bırakma, düşmanın zarar vermesini engellemek açısından ya da güvenlik tedbirleri gereği çatışma taraflarınca kullanılan meşru bir yöntemdir. Ancak günümüz çatışmalarında hukuki bir yargılama olmaksızın ya da idari ve güvenlik önlemleri nedeniyle alıkonulan kişilerin ‘terörist’ ya da ‘suçlu’ olarak algılanma eğilimleri, sayıları ve dolayısıyla da insani koşullarındaki kötüleşme giderek artmaktadır<sup>6</sup>.

Uluslararası Kızılhaç Komitesi<sup>7</sup> (ICRC), 2011-2016 yılları arasında bir milyona yakın ‘özgürlüğünden yoksun bırakılmış kişiyi (people deprived of their liberty / detainee),<sup>8</sup> yine 2016 yılında 98 ülkede 1650 yeri ziyaret etmiştir.<sup>9</sup> ICRC’nin gözlemlerine göre,

5 ICRC Report, *Strengthening Legal Protection for Victims of Armed Conflict*, 31. International Conference of the Red Cross and Red Crescent Society (31IC/11/5.1.1) (ICRC, October 2011)

6 Bernard Vincent, ‘Out Of Sight, Out Of Mind? Exposing The Human Cost Of Detention’, (2018) Vol. 98 (3) International Review of the Red Cross 725-735.

7 1863’te İsviçre’de kurulan, Cenevre Sözleşmelerinin oluşumunda ana aktör olan ve misyonu ‘silahlı çatışma ve diğer şiddet olayları mağdurlarının yaşam ve onurlarını korumak, İnsancıl Hukuk’un ve evrensel insani ilkelerin güçlenmesi ve desteklenmesini sağlayarak insan acısını önlemeye çalışmak’ olan ICRC, devletler tarafından kendisine verilen hem uluslararası hem de ulusal hukuktan kaynaklanan kendine özgü bir yasal statüsü, özel imtiyaz ve dokunulmazlıkları olan uluslararası bir kuruluştur. ICRC yetkisini uluslararası sözleşmeler aracılığı ile devletlerden almış ise de, kurucu bir antlaşma yoluyla devletlerce kurulmuş bir yapı değildir; varlığı ve yönetimi devletlerden bağımsızdır. Günümüzde ICRC’nin çalışmaları, resmi olarak 1949 Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokoller, ICRC Tüzüğü, Uluslararası Kızılhaç Hareketi Tüzüğü ve devletlerle birlikte gerçekleştirilen Uluslararası Kızılhaç Konferansları resmi kararlarına dayanır. Bunun yanı sıra kendine özgü bir uluslararası kuruluş olarak Birleşmiş Milletlerde daimi gözlemci statüsüne sahiptir. Debuf Els, ‘Tools To Do The Job: The ICRC’s Legal Status, Privileges and Immunities, Principles Guiding Humanitarian Action’ (2016) Vol. 97 No. 897/898 International Review of the Red Cross 319–344.

ICRC’nin Cenevre Sözleşmeleri gereği uluslararası silahlı çatışmalarda özgürlüğünden yoksun bırakılan kişileri ziyaret etme hakkı vardır. Ancak UOSÇ’lerde ICRC bu doğal hakka sahip değildir ve ICRC’nin bu kişileri ziyaret edebilmeleri kişileri alıkonan otoritelerin rızasına tabidir. ICRC, alıkonulmanın sebeplerinden bağımsız olarak dünya çapında tutuklanan/alıkonan kişilerin tutukluluk koşullarının, insani muamelelerin iyileştirilmesi, acıların azaltılması, aileleri ile bağlarının kurulması için gizlilik prensibi altında çalışmalar yürütmektedir. Gıda, su, sağlık hizmetlerine erişimin sağlanması, kaybedilmelerin önlenmesi ve araştırılması, işkence ve kötü muamelelerin engellenmesi için çabalamaktadır. <<https://www.icrc.org/en/document/what-we-do-detainees>> (23.09.2018)

8 Rodenhauer Tilman, ‘Strengthening IHL Protecting Persons Deprived of Their Liberty: Main Aspects of The Consultations and Discussions Since 2011’ “ Detention: addressing the human cost” (2018) Vol. 98 (3) International Review of the Red Cross 942. (Ancak bu tutukluların çoğunluğunun silahlı çatışmalar nedeniyle tutuklu olmadığını, geneli kapsadığını belirtmek gerekir.)

9 Bernard (n 6) 734.

nerede ve kim tarafından tutulduklarından bağımsız olarak, bu kişiler sıklıkla yargısız infazlara, zorla kaybedilmeye, işkenceye ve kötü muameleye maruz kalmaktadır. Özgürlüğünden yoksun bırakılmış bu kişiler, çoğunlukla alıkonma sebeplerinden ve haklarından bihaber, aileleri de dâhil olmak üzere dış dünya ile iletişimleri yasaklanmış, yeterli su, gıda ve tıbbi yardıma ulaşamadıkları koşullarda tutulmakta; aşırı kalabalık nedeniyle bazen kayıt altına alınmamakta ve kaybedilmektedir. Tutuklular enterne edilenlerden, ya da çocuklar erişkinlerden ayrıştırılmamakta ve özel koruma gerektiren kadınlar, çocuklar, emziren anneler, yaşlı ve engelliler için gerekli koşullar sağlanamamaktadır.<sup>10</sup> Ulusal ya da uluslararası incelemelerle birlikte birçok uluslararası STK raporu da bu karanlık tabloyu destekler içeriktedir.<sup>11</sup> Örneğin Human Rights Watch'ın (HRW) 2016 Temmuzunda yayınladığı raporda herhangi bir suçlama olmaksızın savaş bölgelerinde (Afganistan, Suriye, Kongo, Irak, İsrail/Filistin, Nijerya) binlerce çocuğun ulusal güvenlik tehdidi olarak algılanmaları nedeniyle aylarca hatta yıllarca özgürlüklerinden yoksun bırakıldığı; açlık, tıbbi bakım eksikliği ve işkenceye maruz kaldığı ve gözaltında öldürüldüğü belirtilmiştir. Savaş bölgelerinde özellikle alıkonan kadın sayısı ve cinsel şiddet orantısız bir şekilde giderek artmaktadır.<sup>12</sup> Birçok durumda bu karanlık tablonun sebebi mevcut hukuk normlarına uyulmaması veya hukukun bilinmemesidir. Diğer bir neden gerekli alt yapı ve kaynakların eksikliği ve fiziki olanaksızlıklardır<sup>13</sup>. Ancak bu sebeplerle birlikte özellikle UOSÇ'lerde bu hususlara ilişkin detaylandırılmış hukuki normların olmayışı, alıkonan insanların yaşamını, onurunu ve sağlığını korumada önemli bir engel teşkil etmektedir.<sup>14</sup> Günümüz çatışmalarında özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilerin korunması sorunu son yıllarda uluslararası toplumun da gündemini işgal etmiş ve bu kişilere ilişkin hukuki korumanın güçlendirilmesi önemli bir ihtiyaç olarak vurgulanmıştır.

Bu çalışma, devletler ile silahlı gruplar arasında ya da silahlı grupların kendileri arasında gerçekleşen günümüz çatışmaları bağlamında İnsancıl Hukuku, özgürlüğünden yoksun bırakılmış kişilerin korunması açısından ele almayı amaçlamaktadır. Bu

10 ICRC, *Protecting People Deprived of Liberty* (Geneva, May 2016) <[https://www.icrc.org/sites/default/files/topic/file\\_plus\\_list/0685\\_002\\_people-deprived-liberty\\_web.pdf](https://www.icrc.org/sites/default/files/topic/file_plus_list/0685_002_people-deprived-liberty_web.pdf)> (20.09.2017)

11 Bernard (n 6)'den alıntılanarak: Bkz: Jessica Jacobson, Catherine Heard and Helen Fair, *Prison: Evidence of Its Use and Over-Use from around the World*, (ICPR, 2017) <[www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/global\\_imprisonment\\_web2c.pdf](http://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/global_imprisonment_web2c.pdf)>; *Penal Reform International*, *Global Prison Trends* (2017) <[www.penalreform.org/resource/global-prison-trends-2017/](http://www.penalreform.org/resource/global-prison-trends-2017/)>; 'Amnesty International, Detention and Imprisonment', <[www.amnesty.org/en/what-we-do/detention/](http://www.amnesty.org/en/what-we-do/detention/)>; 'Human Rights Watch, Detention Centers', <[www.hrw.org/topic/health/detention-centers](http://www.hrw.org/topic/health/detention-centers)>; 'Report of the Special Rapporteur on Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment', advance edited version, UN Doc. A/HRC/34/54, (14 February 2017) <[www.ohchr.org/Documents/Issues/Torture/A\\_HRC\\_34\\_54.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Torture/A_HRC_34_54.pdf)>. Ayrıca, Avrupa Konseyi İşkence ve Gayri İnsani Muameleyi Önleme Komitesinin ülke ziyaret raporları <[www.coe.int/en/web/cpt/visits#2017](http://www.coe.int/en/web/cpt/visits#2017)> Erişim Tarihi (05.05.2018)

12 Human Rights Watch, 'Children Detained in War Zones: Thousands Held Without Charge, Tortured' (28 July 2016) <[www.hrw.org/news/2016/07/28/childrendetained-war-zones](http://www.hrw.org/news/2016/07/28/childrendetained-war-zones)> 'Amnesty International, End the Horror in Syria's Torture Prisons', <[www.amnesty.org/en/latest/campaigns/2016/08/syria-torture-prisons/](http://www.amnesty.org/en/latest/campaigns/2016/08/syria-torture-prisons/)>; Roy Walmsley, 'World Female Imprisonment List', 4th ed. (ICPR, London, 9 November 2017) <[www.prisonstudies.org/news/world-female-imprisonment-list-fourth-edition](http://www.prisonstudies.org/news/world-female-imprisonment-list-fourth-edition)>; ICRC, 'Children in Detention', (24 February 2017) <[www.icrc.org/en/publication/4201-children-and-detention](http://www.icrc.org/en/publication/4201-children-and-detention)> Erişim Tarihi (05.08.2018)

13 Rodenhauer (n 8) 943.

14 ICRC Report (n 5)

kapsamda UOSÇ'lere ilişkin koruma hükümleri ve güçlendirilmesi gereken alanlar irdelenecek, bu alanların güçlendirilmesine yönelik hukuki çabalara ve çözüm önerilerine yer verilecek, devlet dışı silahlı gruplara ilişkin alıkoymalar ayrı başlık altında ayrıca ele alınacaktır.

## II. Özgürlüğünden Yoksun Bırakılmış Kişilere İlişkin Hukuki Koruma ve Güçlendirilmesi Gereken Alanlar

Günümüz çatışmalarının temel karakteristiği haline gelen UOSÇ'lere dair temel hukuki metinler, 1949 Cenevre Sözleşmeleri Ortak 3. Maddesi ve UOSÇ'lere dair ilk uluslararası sözleşme olan '12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmelerine Ek Uluslararası Nitelikte Olmayan Silahlı Çatışma Mağdurlarının Korunmasına İlişkin II Nolu Protokol'dür<sup>15</sup>. Uluslararası Adalet Divanı Statüsünün 38. maddesine, uluslararası hukukun temel kaynaklarından biri olarak teyit edilen ve evrensel düzeyde bağlayıcı olan Uluslararası Teamül Hukuku<sup>16</sup> da özellikle UOSÇ'lerde önemli ölçüde yol gösterici ve destekleyici olmuştur. Uluslararası çatışmaları düzenleyen İnsancıl Hukuk Hükümleri hem adli alıkoyma/tutukluluk hem de idari alıkoyma/enterne edilme durumlarına ilişkin oldukça detaylı düzenlemelere yer vermiştir. Ancak UOSÇ'leri düzenleyen hükümler hem adli alıkoyma/tutukluluk hem de idari alıkoyma/enterne edilme durumlarını meşru yöntemler olarak belirtmek ve genel koruma hükümlerini içermekle birlikte sadece adli alıkoymalara ilişkin usuli hususlara değinmiştir. Temelde UOSÇ'leri düzenleyen İnsancıl Hukuk, özgürlüğünden yoksun bırakılmış kişilere karşı her türlü şiddeti ve gayri insani muameleyi yasaklayan, temel adli güvenceleri sağlayan güçlü bir çerçeveye sahiptir. Ayrıca II nolu Ek Protokol ve Teamül Hukuku da özgürlüğünden yoksun bırakılan kişiler için temel adli güvenceleri içeren önemli hükümlere yer vermiştir. Ancak uluslararası çatışmaları düzenleyen hükümlerin aksine; UOSÇ'ler hukuku, alıkoymanın fiziki koşulları (özellikle II nolu Ek Protokolün uygulanamadığı durumlarda), dayanakları, idari tutukluluk/enterne edilmeye ilişkin usuli ilke ve güvenceler ile özgürlüğünden yoksun bırakılmış kişilerin transferlerine ilişkin usul ve ilkeler konusunda sessizdir.

*Alıkoymanın fiziki koşulları ve özel koruma gerektiren kişiler bakımından değerlendirildiğinde, UOSÇ'ye ilişkin düzenlemeler bu konuda sınırlıdır. Ortak 3.*

15 Sözleşme metni için bkz. ICRC & GSU (n 4)

16 Teamül Hukuku kurallarının yazılı hale getirilmesi amacıyla ICRC, 1995 yılında, 10 yıl süren kapsamlı ve detaylı bir çalışma başlatmış ve çalışma sonuçlarını online bir veri tabanı olarak yayınlamıştır. İlk yayımlandığında bazı tartışma ve eleştiriler konu olan bu çalışma; tüm silahlı çatışmaları ve taraflarını bağlayan ve İnsancıl Hukuk'un ortak temelini oluşturan 161 teamül kuralı tespit etmiş, bu kurallardan 136 tanesinin (tartışmalı olarak da 143 tanesinin) aynı zamanda UOSÇ'lerde uygulanabildiği sonucuna varmıştır. UOSÇ'lere ilişkin anlaşma hukukundaki birçok boşluğu dolduran bu çalışma; devletler, Birleşmiş Milletler, ulusal ve uluslararası mahkemelerce de hukuki bir referans olarak kullanılmaktadır. Sassoli Marco & Bouvier A. Antoine & Quintin Anne, *How Does Law Protect in War*, Chapter 4, Sources of Contemporary International Humanitarian Law 6. < <https://www.icrc.org/eng/assets/files/publications/icrc-0739-part-i.pdf>>

Çalışma 2 bölümden oluşmaktadır: **Kurallar:** İnsancıl Teamül Hukuku'nun mevcut kuralları ve detaylı analizi. **Pratik:** Bu kuralları oluşturan pratikleri. Çalışmanın düzenli olarak güncellenmekte olan haline buradan ulaşılabilir: < <https://www.icrc.org/customary-ihl>>

Maddede insanca muameleyi öngören ve işkence, sakatlama, öldürme, aşağılama, onur kırıcı davranışları yasaklayan hükümler getirmiştir. Ancak spesifik olarak özgürlüğünden yoksun bırakılmış kişilerin koşulları ve ihtiyaçlarına dair özel bir hüküm yoktur. II nolu Ek Protokolün ‘özgürlüğünden yoksun bırakılmış kişiler’ başlıklı 5. maddesi, özgürlüğünden yoksun bırakılmış kişilere sivil halkla aynı ölçüde beslenme ve sağlık hizmetlerinin sunulması, dini ibadetleri için gerekli koşulların sağlanması, kadınların aileleri dışındaki erkeklerden ayrıştırılması, yazışmalarına izin verilmesi, serbest bırakılmaları halinde güvenliklerinin sağlanması gibi önemli düzenlemeler getirmiştir. Ancak bu hükümlerin özellikle alıkoyma koşulları bakımından desteklenmesi ve pratikte uygulanabilir hale getirilmesi gerekmektedir. II nolu Protokol, daha yüksek bir eşik gerektirmesi, sadece belirli türdeki UOSÇ’lerde uygulanabilmesi ve görece daha az devlet tarafından kabul edilmiş olması nedeniyle<sup>17</sup> evrensel düzeyde uygulanabilir değildir; bu nedenle hem içerik hem de uygulama kapsamı bakımından yetersiz kalmaktadır. Teamül Hukuku’nda da<sup>18</sup> kişilerin keyfi olarak özgürlüklerinden yoksun bırakılmayacağı, uygun beslenmenin ve tıbbi bakımın sağlanacağı, kadınların aileleri dışındaki erkeklerden ayrı yerde ve kadınların gözetiminde tutulması gerektiği, çatışma bölgesinden uzakta, hijyen ve sağlıklarını gözetilen mahallerde tutulması gerektiği, şahsi eşyalarının yağmalanamayacağı, inanç ve ibadetlerine saygı duyulacağı, şahsi bilgilerinin kayıt altına alınması gerektiği, aileleriyle haberleşmeleri ve ziyaretçi kabul etmelerine izin verileceği ve alıkoymaya ilişkin nedenler ortadan kalkar kalkmaz serbest bırakılmaları gerektiği ifade edilmiştir<sup>19</sup>. Ancak teamül kuralları doğası gereği genel ifadelerle formüle edildiğinden yeterli bir alıkoyma rejiminin nasıl yaratılacağı ya da uygulanacağı konusunda yeterince yol gösterici değildir.

Özel koruma gerektiren kadınlar, çocuklar, emziren anneler, yaşlılar ve engelliler açısından durum daha sıkıntılıdır. Ortak 3. Madde bu konuda özel herhangi bir hüküm içermezken, II nolu Ek protokol sadece kadınların ayrı tutulmasına yönelik<sup>20</sup>, Teamül Hukuku da kadınlara ek olarak çocukların da ayrı tutulması gerektiğini<sup>21</sup> belirten hükümler içermektedir.

*Usule ilişkin ilkeler ve güvenceler* bakımından<sup>22</sup> da uluslararası çatışmaların aksine UOSÇ’lerde herhangi bir antlaşma hükmü yoktur. Teamül Hukuku özgürlükten keyfi olarak yoksun bırakmayı yasaklamıştır;<sup>23</sup> ancak uygulamada neyin ‘keyfi’

17 2019 yılı Ekim ayı itibarı ile 169 ülke tarafından onaylanmıştır. <<https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Treaty.xsp?documentId=AA0C5BCBAB5C4A85C12563CD002D6D09&action=openDocument>>

18 99, 118-128 numaralı teamül kuralları.

19 Henckaerts Jean Mary & Beck Louse Doswald, *Customary International Humanitarian Law, Volume I, Rules*, (Cambridge University Press, New York, 2009)

20 II nolu Ek Protokol 5(2/a).

21 120 nolu teamül kuralı.

22 Burada özellikle ‘idari alıkoyma’ ya da ‘enterne edilme’ ye ilişkin usul ve güvencelerin eksikliğinden söz edilmektedir.

23 99 nolu teamül kuralı.

olup olmadığına ilişkin somut kriterler koymamıştır. Yine II nolu Ek Protokolün çatışma ile ilgili suçların kovuşturulmasına ilişkin 6. maddesinde bağımsız ve tarafsız mahkemelerce önceden verilmiş bir karar olmaksızın bir suçtan dolayı suçlu görülen kimseye hüküm verilemeyeceği ve cezasının infaz edilemeyeceği; sanığa atfedilen suçta dair bilgi verileceği ve savunması için gerekli hak ve araçların sağlanacağı, sanığın kendi aleyhine tanıklığa ya da suçluluğunu itiraf etmeye zorlanamayacağına dair hususlar belirtilmiştir. Ancak bu hükümlerin nasıl uygulanacağına, hangi usullere tabi olacağına ilişkin detaylar mevcut değildir. İdari ve adli usuller genellikle devletlerin kendi iç hukuk mevzuatlarındaki uygulamalara göre düzenlenmekte, bu düzenlemeler çoğu zaman özellikle yeni çatışmalar koşullarında yetersiz kalmakta, dolayısıyla özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilere gereken korumayı sağlayamamaktadır<sup>24</sup>.

Devletler örgütlü silahlı gruplarla savaşırken kendi topraklarındaki kişileri alıkoyabildikleri gibi kendi toprakları dışında çokuluslu koalisyonların bir parçası olarak da bunu yapabilmektedirler. Böyle durumlarda usule ilişkin ilke ve güvencelerin olmaması, çok uluslu güçlerin çeşitli bileşenlerince oldukça farklı yaklaşım ve uygulamalara yol açmaktadır<sup>25</sup>. UOŞÇ hukukundaki bu eksiklik pratik boyutta, idari alıkoyma/enterne edilmenin meşruluğunun belirlenememesine, alıkonulan kişilerin neden tutulduklarını bilmemesine, alıkoymanın ne kadar süre devam edeceği ve alıkoyma sebebi ortadan kalktığında bu kişilerin ne zaman ve nasıl salıverileceği sorularının yanıtsız kalmasına ve bu koşullar altında olumsuz uygulamaların giderek artmasına yol açmaktadır.

24 İdari alıkoyma ya da enterne edilme IV nolu Cenevre Sözleşmesinde İnsancıl Hukuk korumasındaki kişilere karşı uygulanabilecek en ağır kontrol tedbirini olarak tanımlanmış olmasına karşın, yeni çatışmalar boyutunda oldukça yaygınlaşan bir yöntem haline gelmiştir. Sadece ‘güvenlik tehdidinde ilişkin zorunlu bir gerekçeye’ (ki bu ifade de somut kriterler açısından sorunludur) dayanması gerekmektedir. Bu nedenle, örneğin istihbarat elde etmek için ya da karşı tarafın elinde bulunan kişilerle takas edilmek üzere pazarlık aracı olarak uygulanması yasaktır. Sadece önleyici bir tedbir olarak kullanılması gerektiğinden alıkonan kişiyi cezalandırmak amacıyla ya da adli işlemlere bir alternatif olarak kullanılmamalıdır. Uygulamada, hem İç Hukuk, hem İnsan Hakları Hukuku, hem de İnsancıl Hukuk açısından ciddi sorunlar ve boşluklar söz konusudur. Pejić Jelena, ‘Procedural Principles and Safeguards for Internment/ Administrative Detention in Armed Conflict and Other Situations Of Violence’ (2005) Vol. 87 No. 858 International Review of Red Cross;

Debuf Els, ‘Expert Meeting on Procedural Safeguards for Security Detention in Non-International Armed Conflict’, ICRC Report (Chatham House & ICRC, London, 22-23 September 2008) <<https://www.icrc.org/assets/files/other/security-detention-chatham-icrc-report-091209.pdf>> Erişim Tarihi (02.10.2017)

25 Bir devletin topraklarında başlayan ve başka bir devletin sınırlarına yayılan, çok uluslu kuvvetlerin ev sahibi ülke ile birlikte o ülke topraklarında devlet dışı silahlı gruplarla çatıştığı veya bir devletin bir başka devletin topraklarında devlet dışı silahlı gruplarla çatıştığı durumlar olarak tanımlayabileceğimiz sınır ötesi UOŞÇ’lerde; geleneksel UOŞÇ’lere kıyasla durum daha karmaşık hale gelmektedir. Günümüz hukuki tartışmalarının konusu olmaya artarak devam eden İnsan Hakları ve İnsancıl Hukukun etkileşim alanına ilişkin özellikle idari alıkoymaya dair belirsizlik ve sorunlara (devlet dışı silahlı grupların İnsan Hakları Hukukuna tabi olmayışı, derogasyon durumu, silahlı çatışma durumlarının askeri gereklilikleri ve fiili zorlukları da dikkate alan farklı bir gerçekliğe sahip olması vb.) ek olarak, çok uluslu ve sınır ötesi UOŞÇ’lerde; çok uluslu kuvvetleri oluşturan devletlerin tamamının İnsan Hakları Hukukuna tabi olmaması, İnsan Hakları Hukukunun sınır ötesi uygulama alanının belirsizliği, devletlerin sınır ötesinde idari alıkoyma/enterne gerçekleştirilebilir için İnsan Hakları yükümlülüklerini deroge etme gerekliliğinin belirsizliği gibi nedenlerle hem hukuki hem pratik alanda oldukça sorunlu ve farklı yaklaşımlar söz konusu olabilmektedir. İnsan Hakları Hukuku, UOŞÇ’lere ilişkin bu husustaki İnsancıl Hukuk normlarının eksikliğini giderememekte, bu durum uygulanması gereken alıkoyma rejiminin belirlenmesinde farklı, karmaşık, sorunlu ve olumsuz uygulamalara neden olmaktadır. ICRC Report, ‘International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts’, 31. International Conference of the Red Cross and Red Crescent Society (31IC/11/5.1.2); <<https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/2013/strengthening-legal-protection-detention-consultations-2012-2013-icrc.pdf>> Erişim Tarihi (07.11.2018); ICRC Report ( n 5) 9.

*Özgürlüğünden yoksun bırakılmış kişilere erişim* bakımından değerlendirildiğinde de uluslararası silahlı çatışmalar hukukunda, ICRC gibi ayırım gözetmeyen, tarafsız ve bağımsız kuruluşların bu kişileri ve bu kişilerin tutulduğu yerleri ziyaret etmeleri ve inceleme yapmaları bir hak olarak tanınmış olmasına karşın, UOSÇ’lerde ne antlaşmalarda ne de Teamül Hukuku’nda böyle bir hak tanımlanmamıştır<sup>26</sup>. Günümüzde yaygın bir şekilde özgürlüğünden yoksun bırakılan ve sayıları giderek artmakta olan kişilerin büyük çoğunluğu UOSÇ’lerle ilgili olarak alıkonmakta ve insani sonuçlar bakımından durum giderek ciddileşmektedir.

Bir diğer problemler alan son yıllarda yeni silahlı çatışmaların yaygın uygulamalarından biri olarak *özgürlüğünden yoksun bırakılmış kişilerin transferleri* ile ilgilidir. UOSÇ’lerde, özellikle çok uluslu kuvvetlerin bu kişileri mensubu olduğu ülkeye, alıkoyan kuvvetin ülkesine veya üçüncü bir ülke topraklarına transferi durumlarında; hem transferler sırasında yaşanan gayri insani muameleler, hem de transferin gerçekleştirileceği ülkede transfer edilen kişinin öldürülme, işkence ve zulüm görme riski açısından hukuki belirsizlikler söz konusudur. Uluslararası Hukukun, öldürme, işkence gibi ciddi ihlallerde ya da cezalandırma, gayri insani muamele gibi durumlarda transferleri yasaklayan ‘*geri göndermeme ilkesi*’ (*non-refoulement*)<sup>27</sup>, UOSÇ hukukunda (en azından net bir ifade ile<sup>28</sup>) yer almamıştır. Ancak uluslararası çatışmalar hukukunda, III. Cenevre Sözleşmesinin 12. maddesi ve IV. Cenevre Sözleşmesinin 45. maddesinde açık bir şekilde ifade edilmiştir. Çok uluslu koalisyonların bir ülkenin topraklarında o ülkenin rızası ile bir ya da daha fazla silahlı grup ile savaştığı UOSÇ’lerin giderek daha yaygın hale geldiği yeni çatışmalar gerçekliğinde, hem devletlere hem de silahlı gruplara yol gösterecek işlevsel bir transfer rejiminin oluşturulması önemli bir ihtiyaç haline gelmiştir<sup>29</sup>.

İnsancıl Hukuk dışında, diğer hukuk sistemleri açısından değerlendirildiğinde, uygun bir alıkoyma rejimi için, uluslararası insan hakları standartları çok daha geniş ve detaylı hükümler içermektedir. Ancak bu hükümler bazı durumlarda (ki bu durumlardan biri

26 Ortak 3. Madde’ye istinaden sadece yardım kuruluşlarının öneride bulunma hakkı doğrultusunda ICRC bu konudaki koruma alanını genişletme amacı ile sistematik olarak erişim talebinde bulunmaktadır. Cezayir, Afganistan, Nikaragua, Nijerya, Ruanda ve Yemendeki iç çatışmalarda bu erişimi elde etmiştir.

27 Geri göndermeme ilkesi birçok uluslararası sözleşmede doğrudan yer almıştır: Mülteci Hukuku (Mültecilerin Statüsüne İlişkin Sözleşme Madde 33), İnsan Hakları Hukuku ( Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi madde:7), BM İşkenceye Karşı Sözleşme (madde: 3). Detaylı bilgi için bkz. Weissbrodt David & Hortreiter Isabel, Weissbrodt David & Hortreiter Isabel, ‘The Principle of Non-Refoulement: Article 3 of the Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment in Comparison with the Non-Refoulement Provisions of Other International Human Rights Treaties’ (1999) (1) Human Rights Law Review <[http://scholarship.law.umn.edu/faculty\\_articles/362](http://scholarship.law.umn.edu/faculty_articles/362)> Erişim Tarihi (20.09.2018); <[http://scholarship.law.umn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1366&context=faculty\\_articles](http://scholarship.law.umn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1366&context=faculty_articles)>; European Union Agency for Fundamental Rights, ‘Scope Of The Principle Of Non-Refoulement In Contemporary Border Management: Evolving Areas of Law’ (Luxemburg, 2016) <<http://www.refworld.org/docid/5857b3bb4.html>> Erişim Tarihi (20.10.2018)

28 Ortak 3. Madde’nin nerede ve ne zaman olursa olsun insani muameleyi zorunlu kılmasına, II nolu Ek Protokolün 5(2) maddesinde belirtilen ‘serbest bırakılma durumunda kişilerin güvenliklerinin sağlanması gerekliliğine’ ve 128 nolu Teamül Kuralına atıf yapılarak Mülteci Hukuku ve İnsan Hakları Hukukunun silahlı çatışma dönemlerinde de uygulanabilirliği üzerinden, ayrıca Cenevre Sözleşmelerinin diğer hükümlerindeki ‘geri göndermeme’ ilkesine doğrudan yapılan açık vurgulardan hareketle; UOSÇ’lerde de ‘geri göndermeme ilkesinin’ dolaylı da olsa var olduğunu ve uygulanması gerektiğini savunan görüşler yaygındır.

29 ICRC Report (n 5)



zaten silahlı çatışma durumlarıdır<sup>30</sup>) askıya alınabilmeleri, devlet dışı aktörler açısından bağlayıcı olmamaları ve İnsancıl Hukuk ile kesiştiği bazı alanların tartışmalı olması nedeniyle buradaki ihtiyacı tam olarak karşılayamamaktadır.<sup>31</sup> Dolayısı ile UOSÇ hukukunda, hem devletler hem de devlet dışı aktörler tarafından uygulanması gereken, ellerinde tuttukları kişilere gerekli insanca muameleyi sağlayacak bir alıkoyma rejiminin tanımlanmasına ihtiyaç vardır.

### III. Devlet-Dışı Silahlı Gruplar Tarafından Özgürlüğünden Yoksun Bırakılmış Kişiler

Silahlı gruplar tarafından gerçekleştirilen alıkoymalar daha sıkıntılı bir alan oluşturmaktadır. İnsancıl Hukuk'un silahlı örgütleri de bağlayıcı özelliği olmakla birlikte genel olarak devlet merkezli özelliği nedeniyle ve devletlerin silahlı gruplara herhangi bir meşruiyet vermeme kaygılarının etkisi ile silahlı gruplara ilişkin hükümler açısından İnsancıl Hukuk'ta normatif boşluklar söz konusudur<sup>32</sup>. Devletlerin genel eğilimleri, silahlı örgütlerin 'özgürlükten yoksun bırakma' yetkisinin olmadığı yönündedir ve pratikte de bu tür durumları 'rehin alma' olarak tanımlamayı tercih etmektedirler. Buna karşılık, 'rehin alma' ulusal ceza hukukunda 'silahlı gruplarca gerçekleşen özgürlükten yoksun bırakma' ile aynı anlama gelebilse de İnsancıl Hukuk açısından, 'özgürlükten yoksun bırakmadan' farklı bir durumdur,<sup>33</sup> burada alıkoymanın niyeti ya da amacı temel kriterdir. 'Rehin alma' İnsancıl Hukuk'ta tamamen yasaklanmış olmasına karşın 'özgürlükten yoksun bırakma' gerekli koşullar altında taraflar açısından meşru bir yetkidir. İnsancıl Hukuk'un tarafların eşitliği prensibine karşın bu hakkın silahlı gruplar açısından devletlerin eğilimleri nedeniyle tartışmalı olması, pratikte silahlı grupların hiç de azımsanmayacak sayıda kişiyi özgürlüğünden yoksun bıraktığı gerçeğini<sup>34</sup> değiştirmemektedir ve bu kişilerin çok daha fazla korunmaya ihtiyaç duyduğu aşikârdır. Sassoli'nin belirttiği üzere, "Silahlı grupların hukuken devlet görevlilerini enterne edemediği varsayıldığında, silahlı grupların iki seçeneği kalmaktadır. Ya düşman askerini serbest bırakacak ya da öldürecektir. İlki,

30 2015 ve 2016 yılında 3 Avrupa ülkesi (Fransa, Türkiye, Ukrayna) özgürlük hakkını da içeren şekilde derogasyon beyanında bulunmuşlardır. Rodenhauer (n 8 ) 951.

31 ICRC Concluding report, *Strengthening International Humanitarian Law In Protecting Persons Deprived of Their Liberty*, Concluding Report, 32nd International Conference Of The Red Cross And Red Crescent, (32IC/15/19.1) (ICRC, December 2015) ; Bkz (n 25)

32 Teferra Zelalem Mogessie, 'National Security and the Right to Liberty in Armed Conflict: The Legality And Limits Of Security Detention in International Humanitarian Law' "Detention: addressing the human cost" (2018) Vol. 98 (3) International Review of the Red Cross

33 Rehin almaya ilişkin gerekli açıklama ve kriterler, Roma Statüsünün 8. Maddesi (2)(a)(viii) ve (c)(iii) fıkralarında yapılmıştır. Dolayısı ile popüler söylemin aksine, her özgürlükten yoksun bırakma, rehin alma değildir. Tuck David, 'Detention by Armed Groups: Overcoming Challenges to Humanitarian Action' (2011) Vol.93 No. 883 International Review of the Red Cross; Melzer Nils & Kuster Etienne, *International Humanitarian Law, A Comprehensive Introduction*, (ICRC, Geneva, August 2016) 208-210.

34 "Sadece 21. yüzyılın ilk on yılında bile, Nepal'de Maoist Kominist Parti (CPN-M), Sri Lanka'da Tamil Aslanlarının Özgürlüğü (LTTF), Afganistan'da Taliban, Sudan'da Sudan Halkının Özgürlüğü Ordusu, Kolombiya'da FARC (Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia) ve ELN (Ejército de Liberación Nacional), Fildişi Sahilleri'nde FAFN (Forces Armées Force Nouvelles) ve daha birçok silahlı örgüt yaygın bir şekilde 'özgürlüğünden yoksun bırakmayı' uygulamıştır." TUCK (n 33) 761.

düşmanın askeri potansiyelini arttıracığı için gerçekçi değil ve silahlı grubun var olma sebebine aykırıdır; ikincisi ise savaş suçudur<sup>35</sup>.

Silahlı gruplar tarafından özgürlüğünden yoksun bırakılmış kişilerin korunmaya dair ihtiyaçları çok daha fazladır. Silahlı grupların hukuka uyma eğilimlerinin az olması, bu eğilimleri olsa bile gerekli alt yapı ve kaynaklarının eksikliği, çatışmadan kaynaklanan duygusal motivasyonları, mensuplarının tutukluluk ve enterne koşullarına ilişkin bilgi düzeyleri, ayrıca savaşma metodlarının genellikle gizli operasyonlar ve saklanma üzerine kurulu olması nedeniyle özgürlüğünden yoksun bırakılan kişiler açısından çok daha trajik koşullar oluşmaktadır.

ICRC'nin 'Özgürlüğünden Yoksun Bırakılmış Kişilerin Korunması için İnsancıl Hukuk'un Güçlendirilmesi' adlı sonuç raporunda belirttiği üzere, yeni savaşların karmaşıklaşan koşulları içinde sayıları hızla artmakta olan özgürlüğünden yoksun bırakılmış kişilerin korunması oldukça ciddi bir insani sorun olmaya devam etmektedir. Alıkoymanın sebeplerinden ve kim tarafından nerede tutulduklarından bağımsız olarak, özgürlüğünden yoksun bırakılmış kişilerin hastalık, sefalet, kaybedilme, keyfi ya da gayri insani muameleye karşı korunmaları tamamen kendilerini alıkoyan 'düşman' otoritenin insafına kalmıştır. Dolayısı ile bu kişilerin belirtilen tehlikelere karşı korunması, ister devlet, ister devlet dışı silahlı gruplar, isterse çok uluslu kuvvetler olsun, önemli ölçüde alıkoyan otoritelerin sorumluluğundadır.

İnsancıl Hukuk, silahlı çatışmalar nedeniyle özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilerin korunmasında hayati öneme sahiptir; bu nedenle de hükümleri açık ve kapsamlı oldukça daha işlevsel ve etkili olacaktır. UOSÇ'de açık standartların olmayışı, özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilerin ciddi risklere maruz bırakılmasında oldukça önemli bir etkidir<sup>36</sup>.

#### **IV. Özgürlüğünden Yoksun Bırakılmış Kişilerin Korunmasına Dair Çabalar, Çözüm Önerileri**

UOSÇ'leri düzenleyen İnsancıl Hukuk, özgürlüğünden yoksun bırakılmış kişilere karşı her türlü şiddeti ve gayri insani muameleyi yasaklayan, temel adli güvenceleri sağlayan güçlü bir çerçeveye sahip olsa da; uluslararası çatışmaları düzenleyen detaylı ve kapsamlı hükümlerin aksine, alıkoymanın fiziki şartları (özellikle II nolu Ek Protokolün uygulanmadığı durumlarda), dayanakları ve usulleri ile özgürlüğünden yoksun bırakılmış kişilerin transferlerine ilişkin usuller ve ilkeler konusunda suskundur ve bu alanların güçlendirilmesine ihtiyaç vardır. Yeni çatışmalar ortamında yaygın olarak uygulanmaya başlanan ve insani sonuçları nedeniyle önemle üzerinde durulması

35 Sassoli Marco, 'Taking Armed Groups Seriously, Ways to Improve Their Compliance with IHL' (2010) Vol. 1 No.1 International Humanitarian Legal Studies 772.

36 ICRC (n 31)

gereken bu durum, gerekli korumaların sağlanması ve trajik sonuçların önlenmesi bakımından son yıllarda uluslararası toplumun da odağındaki konulardan biri olmuştur. ICRC, 2011 ve 2015 yıllarındaki Uluslararası Konferanslarında bu konuyu gündeme almış, devletlerin verdiği yetkiye istinaden; askeri ve insani gereklilikleri titizlikle dengeleyebilecek ve UOSÇ'lerin tüm aktörlerine yol gösterici olabilecek bir çözüm arayışı içerisinde devletlerle, uluslararası diğer aktörler ve ilgili uzmanlarla kapsamlı çalışmalar ve istişareler yürütmüştür. Bu çalışmalarda tartışılan hususlar, öneriler ve gelinen aşamayı detaylı olarak ele almadan önce, özgürlüğünden yoksun bırakılmış kişilerin korunmasına dair uluslararası hukukun diğer alanlarındaki bazı yeni çabalara değinmek faydalı olacaktır.

*Kopenhag Süreci*<sup>37</sup> bu önemli çabalardan biridir. 2007-2012 yılları arasında Danimarka'nın öncülüğünde yalnızca UOSÇ kapsamındaki sınır ötesi askeri operasyonlar ve barış operasyonlarında uygulanmak üzere operasyonlar sırasında alıkonan kişilerin korunmasına dair yaşanan sorunlara çözüm aramayı ve askeri operasyonların başarısına katkı sağlamayı amaçlamıştır. Devletler, uluslararası örgütler, sivil toplum örgütleri ve uluslararası hukuk uzmanlarıyla yapılan müzakereler sonucunda 16 temel prensibin belirlendiği başarılı bir esnek hukuk (soft law) metni oluşturulmuştur<sup>38</sup>. BM Güvenlik Konseyi 5 daimi üyesinin de bulunduğu 24 ülke katılımcı olarak ve 5 ana uluslararası aktör gözlemci olarak bu süreçte yer almıştır<sup>39</sup>. Kopenhag Süreci ilke ve esasları, yeni uluslararası kurallar getirmekten çok, mevcut kurallara açıklık getirmeyi ve yol gösterici olmayı amaçlamıştır. Uluslararası çatışmalar ya da düzeni sağlamaya yönelik operasyonlar (law enforcement operations) Kopenhag süreci kapsamının dışında olup, Kopenhag süreci UOSÇ'lerin sınır ötesi askeri operasyonlarına yönelik düzenlemeleri içermektedir.

Alıkoymanın koşullarına ilişkin koruyucu ilkelerin (her koşulda insani muamele, insan onurunun korunması, işkence ve her türlü ayrımcılığın yasaklanması, gerekli gıda, sağlık, hijyen, konaklama ihtiyaçlarının sağlanması vb.) yanısıra, alıkonan kişilerin gecikilmeksizin anlayacakları dilde bilgilendirilmesi, mümkün olan en kısa sürede kayıtlarının yapılması, buldukları şartlar ve gördükleri muameleye dair sözlü veya yazılı şikayetlerinin alıkoyma otorite tarafından ciddiye alınması, gerektiğinde ICRC ya da benzer tarafsız kuruluşların bu kişilere erişimine izin verilmesi, serbest

37 Copenhagen Process, 'Principles and Guidelines on the Handling of Detainees in International Military Operations'. <<http://ihl.org/wp-content/uploads/2018/04/Copenhagen-Process-Principles-and-Guidelines.pdf>> Erişim Tarihi (05.05.2019)

38 Horowitz J, 'The Copenhagen Process Principles and Guidelines on the Handling of Detainees in International Military Operations' (2012) 51(6) International Legal Materials 1364-1380. <https://www.cambridge.org/core/journals/international-legal-materials/article/copenhagen-process-principles-and-guidelines-on-the-handling-of-detainees-in-international-military-operations/E6FB65B7E9ACB4E7A50231FAE57A7922> Erişim Tarihi (29.09.2018)

Winkler Thomas & Oswald Bruce Ossie, 'Copenhagen Process Principles and Guidelines on the Handling of Detainees in International Military Operations' (2012) Vol.16 No.39 American Society in International Law <<https://www.asil.org/insights/volume/16/issue/39/copenhagen-process-principles-and-guidelines-handling-detainees>> Erişim Tarihi (02.08.2018)

39 ABD, Almanya, Arjantin, Avustralya, Belçika, Çin, Danimarka, Finlandiya, Fransa, Güney Afrika, Hindistan, Hollanda, İsveç, İngiltere, Kanada, Malezya, Nijerya, Norveç, Pakistan, Rusya, Tanzanya, Türkiye, Uganda, Yeni Zelanda ve Avrupa Birliği, Afrika Birliği, NATO, BM ve ICRC.

bırakılmaları ya da transferlerine karar verildiğinde ICRC ya da benzer kuruluşların (gerektiğinde ailelerinin) bilgilendirilmesi, özellikle güvenlik ya da idari sebeplerle alıkonan kişilerin özgürlüğünden yoksun bırakılmasının yerindeliğine ve hukukiliğine karar vermeye yetkili bağımsız ve objektif bir otorite tarafından periyodik olarak izlenmesi gibi önemli güvenceler de tanımlanmıştır. Bir devletin ya da uluslararası örgütün alıkoyduğu kişileri bir başka devlet ya da otoriteye, yalnızca uluslararası hukuka ilişkin yükümlülükleri kapsamında transfer edebileceği; transfer eden otoritenin bu kişilere ve koşullarına erişme talebi olduğunda, teslim alan otoritenin kişiler bırakılana, başka bir otoriteye teslim edilene ya da yargılama sonucunda mahkûm olana dek bu talebi karşılayacağı belirtilmiştir.<sup>40</sup>

Kopenhag Süreci ilke ve esasları, özellikle İnsan Hakları Hukuku ve İnsancıl Hukuk'un etkileşimi nedeniyle yaşanan sorunları kapsamlı bir şekilde işaret etmesi; sadece devletlere değil uluslararası örgütlerle birlikte devlet dışı aktörlere de yükümlülükleri konusunda çağrıda bulunması; özgürlükten yoksun bırakmanın hukukiliği ve yerindeliğine karar verme yetkisi olan tarafsız, objektif bir otoriteye vurgu yapması ve son olarak ilk kez özgürlüğünden yoksun bırakılmış kişilerin transfer sonrasında da izlenmesine ilişkin hükümler içermesi bakımından önemli katkı sağlamıştır<sup>41</sup>.

Diğer bir önemli gelişme *Nelson Mandela Kuralları* olarak adlandırılan, 2011-2014 yılları arasında devletlerarası çalışma ve müzakerelerin bir çıktısı olarak, BM Genel Kurulunca 17.12.2015 tarihinde kabul edilen *BM Mahpusların İslahı İçin Asgari Standart Kuralların* gözden geçirilerek yeniden düzenlenmesidir<sup>42</sup>. Esası itibarı ile ceza adaleti sistemi kapsamında ve cezaevi koşullarındaki tutukluluğa ilişkin hükümler içeren, hüküm giymiş tutuklulara ağırlık veren Mandela Kurallarının silahlı çatışmalara ilişkin herhangi bir göndermesi yoktur. Ancak “adli, sivil, hüküm giymiş ya da giymemiş, güvenlik tedbirleri veya ıslah edici tedbirler nedeniyle alıkonmuş tüm kategorileri” kapsamı<sup>43</sup>; tutuklulara yapılacak muamele ve tutukluluğun koşullarına ilişkin tüm durumlarda geçerli temel hükümleri içermesi<sup>44</sup>; silahlı çatışmalardaki tutukluluk koşullarına ilişkin sorunların çözümüne zemin oluşturma kapasitesi ile

40 Oswald Bruce, ‘The Copenhagen Principles, International Military Operations and Detentions’ (2013) Vol 17 Journal of International Peacekeeping (12 Ağustos 2014’te revize edilmiş olarak: Melbourne Legal Studies Research Paper No. 692, Melbourne Law School, University of Melbourne) <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2478519](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2478519)> Erişim Tarihi (19.08.2018)

41 Oswald Bruce, ‘Some Controversies of Detention in Multinational Operations and the Contributions of the Copenhagen Principles, Multinational Operations and the Law’ (2013) Vol.95 No. (891/892) International Review of the Red Cross 707–726.

42 İlk olarak 1955’te Cenevre’de Suçların Önlenmesi ve Suçluların İslahı Üzerine Birinci BM Konferansında kabul edilmiş, daha sonra BM Ekonomik ve Sosyal Konseyin 31.07.1957 tarih ve 663C (XXIV) sayılı ve 13.05.1977 tarih 2076 (LXII) sayılı kararları ile onaylanmıştır. 2010 yılı BM Genel Kurulunun 65/230 kararı ile Suçu Önleme ve Ceza Adaleti Komisyonu tarafından 21. yüzyıl gelişmeleri dikkate alınarak standartların revize edilmesine karar verilmiş; 4 yıllık çalışmanın ardından 17.12.2015 tarihli BM Genel Kurulunda (UN-Doc A/Res/70/175) 27 yıl hapis yatan Nelson Mandela’nın anısına ithafen ‘Mandela Kuralları’ adıyla kabul edilmiştir. <<https://www.penalreform.org/priorities/prison-conditions/standard-minimum-rules/>> Erişim Tarihi (29.09.2018)

43 Mandela Kuralları, ön gözlem mad.3.

44 Rodenhauer ( n 8) 945.

birlikte özellikle tutuklulara karşı uygulanacak disiplin uygulamaları ve yaptırımlara getirdiği sınırlamalar bakımından önemlidir.

Mandela Kuralları<sup>45</sup>, insani muamele ve insan onurunun korunmasına ilişkin temel ilkelerin (hiçbir ayırım gözetmeksizin, işkence, gayri insani ve aşağılayıcı muameleyle karşı ve güvenliklerinin sağlanmasına dair koruyucu hükümler) ardından, kişilerin cinsiyet, yaş, suç kaydı, alıkonma gerekçeleri doğrultusunda kategorilere ayrılmasını, kişilerin özgürlüklerinden yoksun bırakıldığı her yerde standart bir dosya yönetim sisteminin oluşturulmasını, barınma, beslenme, hijyen, giyim, sağlık ve spor ihtiyaçlarının karşılanacağı standartları düzenlemiştir; sınırlama araçlarının kullanımına<sup>46</sup> ve üst arama yöntemlerine sınırlamalar<sup>47</sup> getirmiştir; ölüm, kaybedilme ve ağır yaralama durumlarında bağımsız ve soruşturmaya yetkili kişilere gecikmeksizin bildirim yapılmasını öngören, şikayet mekanizmalarının işlevselliğini genişleten ve iç denetimin yanı sıra dış denetimin unsurlarını belirleyen hükümler getirmiştir. Mandela Kuralları özellikle disiplin uygulamaları ve yaptırımlara getirdiği sınırlamalar ile bazı hükümlerin ilk kez uluslararası standart haline gelmesine olanak sağlamıştır. Disiplin uygulamaları ve yaptırımlardan önce çatışma önleyici, arabulucu veya çatışma çözücü uygulamaların teşvik edilmesi; hiçbir koşulda disiplin uygulaması ve yaptırımın gayri insani veya aşağılayıcı muamele ya da işkence düzeyinde olamayacağı; süresiz ya da uzatılmış hücre cezasının<sup>48</sup>, karanlık ya da çok aydınlık hücreye konulmanın, fiziksel cezanın, bir ceza yöntemi olarak gıda ya da içme suyunun kısıtlanmasının yasak olması; bu sınırlayıcı hükümler arasındadır.

2011 yılındaki 31. Uluslararası Kızılay Kızıllaç Konferansı ve 2015 yılındaki 32. Uluslararası Kızılay Kızıllaç Konferansında da ‘özgürlüğünden yoksun bırakılmış kişilere’ dair sorunlar devletler ve ilgili uluslararası aktörler arasında tartışılmış, çözüm arayışına dair kararlar alınmıştır. 2011-2015 yılları arasında ilgili birçok aktörle gerçekleşen bölgesel ve tematik toplantılar ve istişareler sonucunda elde edilen çalışmalara ilişkin süreç, 2015 yılının ardından İnsancıl Hukuk’un özgürlüğünden yoksun bırakılmış kişileri korumak için uygun ve elverişli zeminini koruduğunu gösteren somut ve uygulanabilir çıktılar üretmeye evrilmiştir<sup>49</sup>.

45 Mandela Kurallarının tüm metni için bkz. <[https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/GA-RESOLUTION/E\\_ebook.pdf](https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/GA-RESOLUTION/E_ebook.pdf)>

46 Örneğin, zincir, pranga gibi aşağılayıcı baskı araçlarının kullanımı yasaklanmış sadece, transferlerde kaçmanın engellenmesi ya da kişinin kendine ya da başkasına zarar vermesini engellemek amacıyla kullanılabilceği belirtilmiştir.

47 Örneğin, çıplak arama ya da mahrem yerlere ilişkin hassas aramaların sadece mutlak gereklilik hallerinde, aynı cinsiyetteki eğitimli personelce ve özel bir alanda yapılabileceği belirtilmiştir.

48 Hücre cezasının 22 saat veya bir günden fazla süre ile insan iletişiminden uzak tutulma anlamına geldiği ve 15 günü aşan hücre cezasının uzatılmış hücre cezası olacağı, bu nedenle yasak olduğu ayrıca belirtilmiştir (madde 44). İlk kez hücre cezasına sınırlama bir uluslararası standart olarak Mandela Kurallarında yer almıştır. <<https://www.penalreform.org/priorities/prison-conditions/standard-minimum-rules/>>

49 ICRC’nin 2011 yılındaki 31. Konferansında sunduğu raporun ardından devletlerin onayı ile alınan 1 nolu karar ile çalışmaların derinleştirilmesi ve çözüme yönelik araştırmalar yapılması kararlaştırılmıştır. 2015 yılındaki 32. Konferansta ise gelinen aşamaya ilişkin bir sonuç raporu sunulmuş ve alınan 1 nolu karar ile İnsancıl Hukuk’un silahlı çatışmalarda özgürlüğünden yoksun bırakılmış kişileri korumak için elverişli ve uygun zeminini koruduğunu gösteren ve bağlayıcı nitelikte olmayan somut çıktılar üretilmesine karar verilmiştir. Bkz. 31. ve 32. Uluslararası Kızılay Kızıllaç Konferanslarına ait 1 nolu kararlar.

Bu çalışmalar sonucunda elde edilen standartların çerçevesi, tespit edilen hususlar ve öneriler; ‘tutukluluk koşulları ve özel koruma gerektiren kişiler’, ‘enterne etmeye ilişkin gerekçe ve usuller’ ve ‘transferler’ başlıkları altında bu başlıklara ilişkin oluşturulan ‘korumanın unsurları’ ve devletlerin yaklaşımları ile birlikte değerlendirilecektir:

### **A. Alkoymanın Fiziki Koşulları ve Özel Koruma Gerektiren Kişiler**

UOSÇ'lere ilişkin özgürlükten yoksun bırakma durumlarında, alkoyma koşulları bakımından gıda, su, hijyen, sağlık, tıbbi bakım, barınma, egzersiz, dış dünya ile iletişim, alkoymanın duyurulması ve kayıt altına alınması hususlarının öncelikli olarak altı çizilmiştir. Bununla birlikte, bu korumaların düzeyini fiili koşullar ve olanakların belirleyeceği ayrıca belirtilmiştir. Çatışma anında ya da çatışmaya çok yakın bölgelerde gerçekleştirilen özgürlüğünden yoksun bırakma durumları doğal olarak alkoymaya ilişkin fiziki koşulları kısıtlayacaktır.<sup>50</sup> Ancak bu durumlarda da alkoyan otoritelerin, kendilerine sağlayabildikleri olanaklar ölçüsünde alkoydukları kişilerin temel ihtiyaçları olarak gıda, su, tıbbi bakım ile birlikte çatışmanın tehlikelerinden ve kaybedilmeye karşı risklerden korumayı sağlamaları gerekmektedir. Araştırmalar neticesinde elde edilen veriler, alıkonan kişilerin bu sınırlı koşullarda kaldığı sürenin kısa olduğu ve imkânlar el verir vermez çatışma alanlarından uzak daha güvenli alanlarda tutuldukları yönündedir. Dolayısı ile UOSÇ'de de güvenli ve istikrarlı ortamlarda, silahlı çatışma dışı durumlardaki olağan tutuklamalara benzer koşulların ve barış zamanı için tasarlanmış birçok uluslararası standardın uygulanabileceği belirtilmiştir. Tespit edilen bir diğer husus, özgürlükten yoksun bırakılan kişilerin ihtiyaç ve koşullarının alıkonma süresine göre değişebileceği, çok kısa süreli ya da bir başka otoriteye transfer edilmek üzere gerçekleşen geçici ve kısa dönemli alkoymalarda bazı korumaların acil ya da gerekli olmadığı yönündedir.<sup>51</sup> Yine, özgürlüğünden yoksun bırakılmış kişilerin korunmasında son derece önemli ve işlevsel bir yöntem olarak, operasyon veya çatışma öncesinde alkoymalara dair, özel koşulların da dikkate alındığı bir ön planlama yapılması gerektiği vurgulanmıştır.

‘Korumanın unsurları’<sup>52</sup> adı altında birçok hususun bir araya getirildiği; gıda, su, giysi, barınma, tıbbi bakım gibi temel ihtiyaçları düzenleyen ayrıca, izleme ve şikâyet mekanizmaları, şikâyetlerin araştırılması, cinsel şiddet ve istismarın önlenmesi, disiplin uygulamalarına dair usuller vb. başlıkları içeren, nihai çıktıya temel alınacak genel bir çerçeve belirlenmiştir.

50 Örneğin gün ışığı, acık havaya erişim ya da egzersiz gibi olanaklar, düşman ateşi vb. güvenlik tehdidi nedeniyle sağlanamayabilecektir.

51 Örneğin, her koşulda gıda, su, barınak acil bir ihtiyaç iken, eğitim, sosyal aktivite vb. koşulların uzun dönemli tutuklamalarda devreye girmesi gereken koşullar olarak belirlenmesi gerektiği ifade edilmiştir.

52 Burada belirlenen korumanın unsurları, korumanın kural koyucu/normatif içeriğinden çok, ileriki süreçlere ya da normatif nihai çıktıya zemin oluşturması açısından belirlenen kriterleri ifade etmektedir. Ana başlıklar ve detaylandırılması gereken alt başlıklar tanımlanmış, ileriki süreçlerde, özellikle devletlerle yapılacak resmi toplantılarda detaylandırılarak ya da elenerek nihai çıktıya dönüştürülmesi amaçlanmıştır. Örneğin, ‘kayıt altına alma’ başlığı altında ilk kayıt, koşulların değişimine ilişkin kayıtlar, kaydedilen bilgilerin kalitesi gibi alt başlıklar; ‘barınma/tutukluluk yeri ve altyapı’ başlığında, çatışmanın tehlikelerine karşı korunmada yeterlilik, ısı-ışık-havalandırma şartları, alıkonanlar ile alkoyan kuvvetlerin koşullarının kıyaslanması gibi alt başlıklar belirlenmiştir.

## B. Enterne Edilmeye İlişkin Usuli İlke ve Güvenceler

Birçok karmaşık ve çok yönlü soruna önemli ölçüde açıklık getirilmiş, temel olarak UOSÇ’de keyfi olarak özgürlükten yoksun bırakmayı engelleyecek dayanaklar ve ilkeler üzerine odaklanılmıştır. Bunun ötesinde enterne etmenin amacı, enterne edilecek kişiye karşı alınacak tedbirlerin dayanakları ve usuli güvencelerin yerindeliğine ilişkin sınırlar netleştirilerek uygulamalara açıklık getirilmiştir.

Enterne etmenin tutuklamadan tamamen farklı olduğu, kişinin bir güvenlik tehdidi oluşturmasını önlemek amacıyla hareket ve faaliyetlerinin kontrol edilmesi anlamına geldiği ve cezalandırma niteliği taşımadığı vurgulanarak; Ortak 3. Maddenin gerektirdiği yargısal güvence ve hukuki usuller olmaksızın bir ceza kovuşturması ya da hapis cezası şeklinde kullanılamayacağı, enterne koşullarının cezalandırıcı olmama niteliğini yansıtmaması gerektiği ifade edilmiştir. Enterne etmenin dayanakları belirlenirken ‘bir yandan askeri gerekliliği aşmaması, diğer yandan gelecekteki kaçınılmaz tehditlerin engellenmesini sağlayabilmesi’ ölçütünün dikkate alınması ve ‘güvenliğin zorunlu kıldığı sebepler’ ifadesinin bu ölçütü sağladığı belirtilmiştir<sup>53</sup>.

İşlevsel bir güvence rejimi için aşağıda belirtilen dört temel bileşen önerilmiştir:

- Enterne etmenin ilk anından itibaren izlenecek, açıkça belirlenmiş usul ve yöntemler;
- Enterne etme kararına dair ön inceleme;
- Devam eden enterne durumunun periyodik olarak incelenmesi;
- Enterne kişinin sürece ilişkin yardım alması ve temsiliyeti.

Keyfi ya da hukuk dışı özgürlükten yoksun bırakmayı önlemede koşullara bağlı olarak; uluslararası hukuk, ulusal hukuk ve talimatnamelerin (Standard Operation Procedures) etkin rol oynayabileceği; klasik anlamdaki UOSÇ’lerde ulusal mevzuatın asli önemde olduğu; çok uluslu kuvvetlerin sınır ötesi operasyonlarında ise BM Güvenlik Konseyi kararlarının, sınır ötesi operasyonun yapıldığı ülkenin ulusal mevzuatı ile birlikte dikkate alınabileceği ve çoğu durumda özel ve genel talimatnamelerin detaylı yönlendirmeler sağlayabileceği vurgulanmıştır<sup>54</sup>.

Enterne etmeye dair usuli ilke ve güvencelerle ilgili ‘korumanın unsurları’ olarak; enterneye tabi tutmak için uygun gerekçe ve dayanaklar, enterne kararı, ön inceleme, periyodik inceleme, inceleme organının özellikleri ve enterne eden otorite ile ilişkisi, enternenin sebeplerine erişim, inceleme süresi gibi başlıklar belirlenmiştir.

53 Devletlerin önemli bir çoğunluğu ‘güvenliğin zorunlu kıldığı sebepler’ kriterini uygun bulurken, bazı devletler, bu kriterin uluslararası çatışmalar kapsamında işgal topraklarındaki enterne etme durumu için tanımlanmış bir standart olması nedeniyle UOSÇ için uygun olmadığını dile getirmiştir.

Devlet dışı silahlı grup mensuplarının doğası gereği mensuplukları nedeniyle enterne edilebileceği hususu da tartışılmalı alanlardan biri olmuştur; bir görüş, devletlerin silahlı kuvvetlerine benzer düzeyde örgütlü ve komuta gücü olan silahlı grupların ‘resmi mensuplarının’ enterne etme kriterini sağladığını savunurken, diğer görüş ‘resmi mensubiyet’ tespitinin nasıl yapılacağına temel kriter olan ‘güvenlik sebebine’ dayalı odağı muallaklaştıracağını ve somut bir güvenlik tehdidi olmadan bu kişilerin enterne edilemeyeceğini savunmuştur. ICRC Concluding Report ( n 31).

54 ICRC, *Strengthening International Humanitarian Law Protecting Persons Deprived Of Their Liberty, Synthesis Report From Regional Consultations Of Government Experts* (ICRC, Geneva, November. 2013)

### C. Transferler

Devletlerin kendi topraklarında gerçekleşen tutukluluk durumlarında İnsan hakları Hukuku ve Mülteci Hukukunun ‘geri göndermeme’ ilkesine dair sorumluluklarının UOSÇ’lerde de geçerli ve uygulanabilir olduğu; dolayısı ile asıl ihtiyacın, sınır ötesi UOSÇ’lerde (devletlerin kendi toprakları dışında devlet dışı silahlı gruplarla savaştığı çatışmalarda) gerçekleşen transferlere dair düzenlemeler olduğu genel kabul görmüştür. Sınır ötesi ‘özgürlüğünden yoksun bırakma’ durumlarında, devletlerin taraf olduğu antlaşmalara ve bu antlaşmaların kapsamına göre değişmekle birlikte transferi olanaksız kılacak risklerin; asgari düzeyde hukukun gereği olarak, yaşam hakkının ihlali, işkence, zulüm, gayri insani ve aşağılayıcı muamele gibi durumlara dair riskler olduğu belirtilmiştir.<sup>55</sup> Mevcut antlaşmalardaki yükümlülöklere hâle getirmeksizin;

- Irk, din, milliyet, siyasi görüş nedenlerine dayalı zulüm,
- Zorla kaybetme,
- Çocukların çatışmalara katılması ya da bunun için istihdamı,
- Adil olmayan yargılama, ölüm cezası,
- Yeterli tıbbi bakımın olmaması,
- İkincil geri gönderme (secondary non-refoulement),
- Hukuk dışı amaçlarla kasıtlı olarak bir devletin sınırları dışına gönderme

gibi durumlar transferi olanaksız kılması gereken riskler olarak tanımlanmıştır.

Bu riskleri ortadan kaldırmanın en etkili yolunun, transferin yapılacağı ülkenin alıkoyma politikası ve pratiklerini ve transfer edilecek kişinin kişisel koşulları ve korkularını dikkate alan, kapsamlı ve tarafsız bir transfer öncesi değerlendirme olduğu, bununla birlikte transfer sonrası izleme mekanizmalarının da kurulması gerektiği belirtilmiştir<sup>56</sup>.

### D. Devlet Dışı Silahlı Gruplar Tarafından Özgürlüğünden Yoksun Bırakılmış Kişilerin Korunması

Devlet dışı silahlı grupların çoğunun rutin ve yaygın olarak kişileri özgürlüklerinden yoksun bırakması ve bu durumun devletlerden farklı dinamikleri ile çok daha karmaşık ve zorlayıcı olması, bu konuya özel olarak odaklanılmasını gerektirmiştir. Her ne kadar devlet dışı silahlı gruplar tarafından özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilerin ihtiyaçları en az devlet kuvvetleri tarafından alıkonan kişilerin ihtiyaçları kadar ise ve gıda, su, hijyen, tıbbi bakım, açık hava, dış dünya ile iletişim ve kayıt sistemi insani bir alıkoyma ortamının asli unsurları olsa da, tartışılan genel sorunlardan farklı olarak devlet dışı silahlı grupların gerçekleştirdiği alıkoymalarda, özellikle devletler tarafından aşağıdaki hususlar dile getirilmiştir:

<sup>55</sup> Bu bağlamda Ortak 3. Maddenin bu riskler karşısında transferi yasakladığı sonucuna varılmaktadır. ICRC Concluding Report (n 31) 31.

<sup>56</sup> Ibid (n 31)



- Korumaya ilişkin düzenlemelerin devlet dışı silahlı aktörlere meşruiyet kazandırmasına ilişkin kaygılar;
- Devlet dışı silahlı gruplar arasındaki geniş farklılıkların yarattığı güçlükler;
- Devlet dışı silahlı grupların UOSÇ hukukuna uymasını özendirilen tedbirlere olan ihtiyaç.

*Devlet dışı aktörlere meşruiyet kazandırma kaygısına* yanıt olarak; UOSÇ'leri daha fazla insanileştirme arayışında olan İnsancıl Hukuk kurallarının devletlerin silahlı grupların faaliyetlerini suç olarak görmelerini engellemediği, İnsancıl Hukuk ile birlikte birçok uluslararası antlaşmanın zaten devlet dışı aktörlerin uygulamalarının statülerine etki etmediğini vurguladığı ve kişilerin korunmasını amaçlayan olası çıktıda da bu vurgunun yapılabileceği ifade edilmiştir<sup>57</sup>. İnsancıl Hukuk'ta silahlı grupların özgürlükten yoksun bırakma yetkisine ilişkin normatif boşluk olması ve devletlerin silahlı gruplara böyle bir yetkiyi vermeme eğilimi hususunda da, kişilerin korunmasına ilişkin düzenlemelerin 'yetkilendirme' ya da 'alıkoyma hakkı verme' odağından uzak, 'yasakların tanımlanması' şeklinde yapılmasıyla bu sorunun aşılabileceği belirtilmiştir.<sup>58</sup> *Silahlı grupların birçok açıdan geniş farklılıklarının olması* nedeniyle bir standart oluşturulmasının güçlüğü ile ilgili olarak; her koşulda tüm silahlı grupların sağlayabileceği asgari düzeyde koruma standartlarının tanımlanması ve aynı zamanda daha ileri düzeyde koruma sağlayabilecek grupların da kapasiteleri doğrultusunda gerekli korumaları sağlamaları<sup>59</sup> önerilmiştir. Bununla birlikte İnsancıl Hukuk'un ' tarafların eşitliği' prensibinin (silahlı çatışmanın tüm taraflarının İnsancıl Hukuk'a ilişkin yükümlülüklerinin aynı şekilde telaffuz edilmesi gerekliliği) göz ardı edilmemesi gerektiği ifade edilmiştir. Son olarak *hukuka saygının özendirilmesi* ile ilgili olarak; silahlı grupların bu husustaki eğilimlerinin değişkenlik gösterdiği, bazı silahlı gruplarca sistematik olarak İnsancıl Hukuk'un en temel ilkelerinin bile ihlal edildiği ve böyle bir çabanın anlamsız ve faydasız görüldüğü belirtilmiştir. Diğer taraftan yelpazenin diğer ucundaki birçok silahlı grubun da İnsancıl Hukuk'a uyma çabasında olduğu; dolayısıyla kişilerin korunmasına yönelik düzenlemelerin, silahlı gruplar tarafından saygı duyulması halinde avantajlar ve saygı duyulmaması halinde dezavantajlar içermesi gerektiği belirtilmiştir.<sup>60</sup>

57 ICRC Concluding Report (n 31)

58 Teferra (n 32) 992.

59 Melzer, silahlı gruplardan, devlet askerlerini ya da diğer alıkoyma kişileri korumalarına ilişkin beklentinin ne kadar gerçekçi olduğu sorusundan hareketle; aslında silahlı grupların özellikleri ve koşullarına göre cevabın değiştiğini; belirli bir toprak parçasını kontrol eden iyi örgütlenmiş gruplarda bu beklentinin gerçekçi olduğunu, diğer taraftan uygun alt yapısı ve kontrol alanı olmayan, operasyonlarını gizli yürütmeye çalışan silahlı gruplarda durumun zor olduğunu belirtmiştir. İnsancıl Hukuk'ta belirtilen yazışma izinleri, düzenli sağlık kontrolleri gibi korumaların doğal olarak silahlı gruplardan beklenemeyeceği, ancak yine de dikkate alınması gereken kriterin, silahlı grubun kontrol ettiği bir toprak parçası var ise bu topraklarda yaşayan sivillere uygulanan standarda göre; yok ise silahlı grupların kendi mensuplarının standardına göre belirlenmesi gerektiği, alt yapısı ve kapasitesi gerekli korumayı sağlamaya yetmeyen silahlı grupların bu korumayı insani yardım kuruluşlarından isteyebileceği ifade edilmiştir. Melzer Nils & Kuster Etienne (n 33) 215-216.

60 Düzenlemenin nasıl özendirici olacağı ile ilgili olarak ayrı bir çalışma yapılabileceği, bununla birlikte örneğin devletler tarafından kendilerine dayatılan gereklilikler yerine, silahlı grupların gönüllü olarak korumaları sahiplenmesini ya da korumayı güçlendirici çalışmalarda yer almasını kolaylaştırıcı bir zemin oluşturulması dile getirilmiştir.

## E. Olası Çıktıya İlişkin Seçenekler ve Geline Aşama

UOSÇ'lerde özgürlüğünden yoksun bırakılmış kişilerin korunmasına ilişkin gerçekleştirilen inceleme, müzakere ve toplantıların ardından elde edilen çerçevenin 32. Uluslararası Kızıllaç Konferansında somut ve uygulanabilir nihai bir çıktıya dönüştürülmesi; bu çıktının 'uluslararası bir antlaşma', 'uluslararası ölçekte tanınmış bağlayıcı olmayan standart-belirleyici bir metin' veya model uygulama usulleri ya da eğitim modülleri gibi 'tamamlayıcı uygulama araçları' şeklinde olması tartışılmıştır. ICRC'ye göre bağlayıcı nitelikte bir uluslararası antlaşmanın ya da mevcut antlaşmalarda yapılacak değişikliklerin en etkili yöntem olacağı ifade edilmişse de, devletlerden gelen geri bildirimler bu konuda yeterli siyasi desteğin olmadığını, ancak bağlayıcı olmayan standart-belirleyici bir dokümanın daha çok kabul gördüğünü göstermiştir. 32. Uluslararası Konferansta alınan 1 nolu karar doğrultusunda, devlet odaklı, işbirliğine dayalı ve politize edilmemiş bir çalışmayla, bağlayıcı olmayan standart-belirleyici çıktılar üretilmesi hazırlıklarına başlanmıştır. 2016 yılında gerçekleştirilen hazırlıkların ardından, 6-7 Nisan 2017'de 90'ı aşkın devletin bir araya gelmesiyle ilk resmi toplantı gerçekleşmiştir. Devletlerin yoğun ve aktif katılımına rağmen, bir uzlaşma sağlanamamış ve bir sonuç elde edilememiştir<sup>61</sup>.

ICRC bu konudaki çalışmalarına devam etmektedir. 2019 yılında düzenlenecek 33. Uluslararası Kızıllaç Konferansında 31. ve 32. Konferansta devletler ile birlikte alınan kararlar ve gelinen aşama üzerinden yapılacak değerlendirmelerin nasıl sonuçlar doğuracağı beklenmektedir.

## V. SONUÇ

Günümüz çatışmalarında tüm çatışma tarafları açısından yaygın bir yöntem olarak kullanılan *özgürlüğünden yoksun bırakma*, oldukça ağır ve trajik insani sonuçlara sebep olmaktadır. UOSÇ'leri düzenleyen İnsancıl Hukuk, özgürlüğünden yoksun bırakılmış kişilere karşı her türlü şiddeti ve gayri insani muameleyi yasaklayan, temel adli güvenceleri sağlayan güçlü bir çerçeveye sahip olsa da; alıkoymanın fiziki şartları ve dayanakları, alıkonan kişilere dair usuli güvenceler ile bu kişilerin transferlerine ilişkin usul ve ilkeler konusunda hukukun güçlendirilmesine, ayrıca devlet dışı silahlı gruplara dair genel normatif boşluğun ele alınmasına önemli ölçüde ihtiyaç vardır. Özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilerin korunmasına dair yeni hukuki çabalarda teorik düzeyde görece pozitif adımlar atılmış ve bazı somut çıktılara ulaşılmıştır. Ancak bu pozitif adımların operasyonel pratiklere yansımaları, işlevselleşmesi ve bunun için gerekli siyasi irade ve isteğin ortaya konması gerekmektedir. Bu husus, önemli bir sorun olarak varlığını sürdürmeye devam etmektedir.

**Finansal Destek:** Yazar bu çalışma için finansal destek almamıştır.

61 <<https://www.icrc.org/en/document/detention-non-international-armed-conflict-icrcs-work-strengthening-legal-protection-0>> Erişim Tarihi (02.09.2018)

## Bibliyografya/Bibliography

- Amnesty International, *End the Horror in Syria's Torture Prisons*, <<https://www.amnesty.org/en/latest/campaigns/2016/08/syria-torture-prisons/>> (03.11.2018)
- Bernard V., 'Out Of Sight, Out Of Mind? Exposing The Human Cost Of Detention, Detention: Addressing the Human Cost' (2018) 98 (3) International Review of the Red Cross 725-735
- Debuf E., 'Tools To Do The Job: The ICRC's Legal Status, Privileges and Immunities, Principles Guiding Humanitarian Action' (2016) Vol. 97 No. 897/898 International Review of the Red Cross 319–344
- Debuf E., *Expert Meeting on Procedural Safeguards for Security Detention in Non-International Armed Conflict*, ICRC Report, (Chatham House & ICRC, London, 22-23 September 2008) <<https://www.icrc.org/eng/assets/files/other/security-detention-chatham-icrc-report-091209.pdf>> (02.10.2017)
- European Union Agency For Fundamental Rights, *Scope Of The Principle Of Non-Refoulement In Contemporary Border Management*, Evolving Areas Of Law (Luxemburg, 2016) <<http://www.refworld.org/docid/5857b3bb4.html>> (20.10.2018)
- Henckaerts J. M, Beck L. D, *Customary International Humanitarian Law*, Volume I, Rules, (Cambridge University Press, New York, 2009)
- Henckaerts J. M, Beck L. D, *Uluslararası İnsancıl Teamül (Örf-Adet) Hukuku*, Cilt I: Kurallar, Çev: ÖKTEM vd. (Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları)
- Horowitz J., 'The Copenhagen Process Principles and Guidelines on the Handling of Detainees in International Military Operations' (2012) 51(6) International Legal Materials <<https://www.cambridge.org/core/journals/international-legal-materials/article/copenhagen-process-principles-and-guidelines-on-the-handling-of-detainees-in-international-military-operations/E6FB65B7E9ACB4E7A50231FAE57A7922>> (29.09.2018)
- Human Rights Watch, *Children Detained in War Zones: Thousands Held Without Charge Tortured*, (28 July 2016) <[www.hrw.org/news/2016/07/28/childrendetained-war-zones](http://www.hrw.org/news/2016/07/28/childrendetained-war-zones)> (03.11.2018)
- ICRC – GSÜ, *12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri*, (Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul)
- ICRC, *Concluding Report, Strengthening International Humanitarian Law in Protecting Persons Deprived of Their Liberty*, 32nd International Conference of the Red Cross and Red Crescent (32IC/15/19.1)(ICRC, 2015) <[http://rcrcconference.org/wp-content/uploads/2015/04/32IC-Concluding-report-on-persons-deprived-of-their-liberty\\_EN.pdf](http://rcrcconference.org/wp-content/uploads/2015/04/32IC-Concluding-report-on-persons-deprived-of-their-liberty_EN.pdf)>(10.10.2018)
- ICRC, *International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts*, 32nd International Conference of the Red Cross and Red Crescent, (32IC/15/11) (ICRC, December 2015) <<http://rcrcconference.org/wp-content/uploads/2015/10/32IC-Report-on-IHL-and-challenges-of-armed-conflicts.pdf>> (10.12.2018)
- ICRC, *Strengthening Legal Protection for Victims of Armed Conflict*, 31st International Conference of the Red Cross and Red Crescent (31IC/11/5.1.1) (ICRC, October 2011) <<https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/red-cross-crescent-movement/31st-international-conference/31-int-conference-strengthening-legal-protection-11-5-1-1-en.pdf>> (10.12.2018)
- ICRC, *Protecting People Deprived of Liberty*, (Geneva, May 2016) <[https://www.icrc.org/sites/default/files/topic/file\\_plus\\_list/0685\\_002\\_people-deprived-liberty\\_web.pdf](https://www.icrc.org/sites/default/files/topic/file_plus_list/0685_002_people-deprived-liberty_web.pdf)> (20.09.2018)

- ICRC, *Strengthening International Humanitarian Law Protecting Persons Deprived Of Their Liberty*, Synthesis Report From Regional Consultations Of Government Experts, (ICRC, Geneva, November 2013)
- ICRC, *Children in Detention*, report (2017) <[www.icrc.org/en/publication/4201-children-and-detention](http://www.icrc.org/en/publication/4201-children-and-detention)> (05.08.2018)
- Melzer N., Kuster E., *International Humanitarian Law, A Comprehensive Introduction*, (ICRC, Geneva, August 2016)
- Oswald B., ‘Some Controversies of Detention in Multinational Operations and the Contributions of the Copenhagen Principles, Multinational Operations and the Law’ (2013) Vol.95 No. (891/892) International Review of the Red Cross
- Oswald B., ‘The Copenhagen Principles, International Military Operations and Detentions’ (2013) Vol 17 Journal of International Peacekeeping (12 Augustos 2014’te revize edilmiş olarak) Melbourne Legal Studies Research Paper No. 692, Melbourne Law School, University of Belbourne. <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2478519](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2478519)> (19.08.2018)
- Pejic J., ‘Procedural Principles and Safeguards for Internment/ Administrative Detention in Armed Conflict and Other Situations Of Violence’ (2005) Vol. 87 No. 858 International Review of Red Cross
- Rodenhauser T., ‘Strengthening IHL Protecting Persons Deprived of Their Liberty: Main Aspects of The Consultations and Discussions Since 2011’ “ Detention: addressing the human cost” (2018) Vol. 98 (3) International Review of the Red Cross
- Sassoli M., Bouvier, A. A., Quintin, Anne, *How Does Law Protect in War*, E-Kitap. < <https://www.icrc.org/eng/assets/files/publications/icrc-0739-part-i.pdf>> (05.05.2019)
- Sassoli M., ‘Taking Armed Groups Seriously, Ways to Improve Their Compliance with IHL’ (2010) Vol. 1 No. (1) International Humanitarian Legal Studies
- Teferra Z. M., ‘National Security and the Right to Liberty in Armed Conflict: The Legality And Limits Of Security Detention in International Humanitarian Law’ “Detention: addressing the human cost” (2018) Vol. 98 (3) International Review of the Red Cross
- Tuck D., ‘Detention by Armed Groups: Overcoming Challenges to Humanitarian Action’ (2011) Vol.93 No. 883 International Review of the Red Cross
- Walmsley R., *World Female Imprisonment List*, (ICPR, London, 2017) <[www.prisonstudies.org/news/world-female-imprisonment-list-fourth-edition](http://www.prisonstudies.org/news/world-female-imprisonment-list-fourth-edition)> (03.11.2018)
- Weisbrodt D. and Hortreiter I., ‘The Principle of Non-Refoulement: Article 3 of the Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment in Comparison with the Non-Refoulement Provisions of Other International Human Rights Treaties’ (1999) (1) Human Rights Law Review <[http://scholarship.law.umn.edu/faculty\\_articles/362](http://scholarship.law.umn.edu/faculty_articles/362)> (20.09.2018)
- Winkler T. and Oswald B. O., ‘Copenhagen Process Principles and Guidelines on the Handling of Detainees in International Military Operations’ (2012) Vol.16 No.39 American Society in International Law <<https://www.asil.org/insights/volume/16/issue/39/copenhagen-process-principles-and-guidelines-handling-detainees>> (02.08.2018)
- <<https://www.icrc.org/en/document/what-we-do-detainees>> (01.03.2019)
- < [www.coe.int/en/web/cpt/visits#2017](http://www.coe.int/en/web/cpt/visits#2017)> (05.05.2018)
- <<https://www.icrc.org/customary-ihl> > (05.12.2018)
- <<https://www.penalreform.org/priorities/prison-conditions/standard-minimum-rules/>> (29.09.2018)

<[https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/GA-RESOLUTION/E\\_ebook.pdf](https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/GA-RESOLUTION/E_ebook.pdf)>  
(29.10.2018)

<<https://www.icrc.org/en/document/detention-non-international-armed-conflict-icrcs-work-strengthening-legal-protection-0>> (09.01.2019)

<<http://iihl.org/wp-content/uploads/2018/04/Copenhagen-Process-Principles-and-Guidelines.pdf>>  
(05.05.2019)

<<https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/vwTreaties1949.xsp>>(10.05.2019)





## Public and Private International Law Bulletin

Başvuru: 11.07.2019  
Revizyon Talebi: 09.09.2019  
Son Revizyon: 08.11.2019  
Kabul: 19.11.2019  
Online Yayın: 23.03.2020

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

# Milletlerarası Tahkim Kanunu Uyarınca Hakem Kararı Hakkında Düzeltme, Yorum ve Tamamlama Kararları ve Bu Kararların İptal Davası Açma Süresine Etkisi

Correction and Interpretation of the Award and Additional Award under the Turkish International Arbitration Act and their Effect on the Time Limit to Initiate Setting Aside Action

Mehmet Polat Kalafatoğlu\*

### Öz

Milletlerarası ticaret alanında taraflar aralarındaki uyumsuzluk hakkında nihai bir karar elde etmek amacıyla milletlerarası tahkime başvurmaktadır. Kural olarak, hakem heyetinin yetkisi, nihai hakem kararının verilmesi ile sona erer. Bu durum milletlerarası tahkim hukukunda *functus officio* olarak adlandırılmaktadır. Bu kuralın önemli bir istisnası ise, nihai hakem kararı verildikten sonra hakemlerden düzeltme, yorum ve tamamlama kararları talep edilmesidir. Çalışmamızın amacı, ilk olarak, Milletlerarası Tahkim Kanunu düzenlemesinden hareketle düzeltme, yorum ve tamamlama kararlarının tanımını, kapsamını ve amacını ortaya koymak ve bu kararların verilme usulünü açıklamaktır. Bu inceleme neticesinde hakemlerin sınırlı bir yetkiye sahip oldukları ve tahkim hukukunda düzenlenen bu imkânın asıl amacının tahkimin etkinliğini arttırmak olduğu görülecektir. Sonrasında, çalışmamızda bu kararların niteliği ve özellikle, bu kararların iptal davası açma süresi açısından etkileri değerlendirilmiştir. Çalışmamızda içtihat incelemesi yapılmış, farklı olasılıklar dikkate alınarak, hakemlerin düzeltme, yorum veya tamamlama kararlarının kapsamını ve/veya süresini aşmalarının iptal davası açma süresi açısından sonuçları incelenmiş ve çözüm önerileri sunulmuştur.

### Anahtar Kelimeler

Hakem kararı, *Functus officio*, Düzeltme, Yorum ve tamamlama kararları, İptal davası açma süresi

### Abstract

In international trade, parties recourse to international arbitration in order to receive a final decision regarding their dispute. In principle, arbitrators lose their authority once they render the final award. This principle is also known as the *functus officio* doctrine. However, correction and interpretation of the award and additional award form an important exception to this principle. The objective of this paper is to analyse the definition, scope, objectives and finally, the procedural rules of correction and interpretation of the award and additional award following the provisions of the Turkish International Arbitration Act. As a result of this analysis, it will be noted that arbitrators have limited authority and that the main objective of this procedure is to increase the efficiency of international arbitration. This paper also studies the nature of these awards and their effect regarding the time limits to initiate a setting aside procedure against the arbitral award. Finally, this paper also makes a case-law analysis and especially analyses the effect of different hypotheses on the time limit to initiate a setting aside action where arbitrators exceed the scope and/or the time limit of correction and interpretation of the award and additional award and, accordingly, submits solutions.

### Keywords

Arbitral award, *Functus officio*, Correction and interpretation of the award and additional award, Time limit for setting aside action

\* Sorumlu Yazar: Mehmet Polat Kalafatoğlu (Dr. Öğr. Üyesi), Koç Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: mkalafatoglu@ku.edu.tr ORCID: 0000-0002-4967-268X

Atf: Kalafatoglu MP, "Milletlerarası Tahkim Kanunu Uyarınca Hakem Kararı Hakkında Düzeltme, Yorum ve Tamamlama Kararları ve Bu Kararların İptal Davası Açma Süresine Etkisi" (2020) 40(1) PPII 25. <https://doi.org/10.26650/ppil.2020.40.1.0022>



### **Extended Summary**

In international trade, parties recourse to arbitration with the main objective to receive a final and binding award related to their dispute. As stated in Art.13/B of the Turkish International Arbitration Act (MTK), the arbitral proceedings and therefore the arbitrators' authority are in principle terminated by the issuance of the final award. This principle is also named as the *functus officio* doctrine. However, Art.14/B of the MTK, similar to other national laws and institutional arbitration rules, introduces an exception to this principle. According to this article, following the notification of the final award, parties may request correction or interpretation of the award or an additional award from the arbitral tribunal. The arbitral tribunal may also render a correction on its own initiative.

Considered as an exception to the *functus officio* principle, arbitrators have nevertheless a limited authority in this context. For instance, correction of the award is limited to the cases of clerical, computational, typographical and similar errors. Interpretation of the award has the only objective to clarify uncertain parts of the award and to guarantee its enforcement. Parties may also request an additional award limited to claims submitted to the tribunal during the proceedings but omitted from the award. In any case, arbitrators do not have the authority to revise the substance of the award. The real objective of these mechanisms is to increase the efficiency of international arbitration. The limited authority of arbitrators is also present in procedural rules regarding these mechanisms. Art.14/B provides for relatively short time limits to submit and to resolve these requests.

Art.14/B expressly notes that the decision concerning the correction, interpretation of the award and the additional award shall form part of the final award. This characteristic is crucial in the determination of time limits to initiate a setting aside action against arbitral awards. First, as expressly provided in Art.15 of MTK, the application for setting aside of the award shall be made within thirty days from the date of notification of the award or the decision on correction, interpretation or additional award. Therefore, in case of a request for correction, interpretation of the award or an additional award, the time limit to initiate a setting aside action shall start from the date of notification of these decisions. This is the natural consequence of Art.14/B and 15 of MTK, considered together. Second, where parties simultaneously recourse to State courts for setting aside and to arbitrators for these requests, we propose that State courts should stay the setting aside action until the decision of arbitrators.

Finally, we also analysed the time limit to initiate a setting aside action in different hypotheses where arbitrators exceed the time limit and/or the scope of correction and interpretation of the award and additional award, with an emphasis on a recent decision



rendered by the Turkish Court of Cassation in the field of domestic arbitration under the Turkish Code of Civil Procedure (HMK). Especially in this case, it appears that the arbitral tribunal exceeded the time limits and the scope of the additional award. When the parties against the award, the Court's approach was to initiate the time limit for setting aside action from the date of notification of the final award. We argue that, when there is an additional request addressed to the arbitral tribunal following the final award, cannot anticipate an eventual excess of the time limit and scope of the additional award by the arbitrators. Therefore, in such circumstances, we submit that the time limit to initiate a setting aside action should start from the date when the additional award should have been rendered according to Art.14/B of MTK. Even though it is unlikely to encounter for correction and interpretation of the award, the same solution should apply for these decisions. In addition, considering that MTK and HMK have similar provisions for correction and interpretation of awards, and for additional awards and time limits for the setting aside action, the same solution should be accepted in Turkish international arbitration law.

## Milletlerarası Tahkim Kanunu Uyarınca Hakem Kararı Hakkında Düzeltme, Yorum ve Tamamlama Kararları ve Bu Kararların İptal Davası Açma Süresine Etkisi

### I. Giriş

Oppetit'nin belirttiği gibi, tahkim, kaynağını taraf iradelerinde bulan özel bir uyuşmazlık çözüm yoludur<sup>1</sup>. Tarafların aralarında meydana gelmiş veya gelebilecek bir uyuşmazlığın çözümü amacıyla arabuluculuk gibi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri yerine tahkime başvurularındaki en önemli sebeplerden bir tanesi söz konusu uyuşmazlık hakkında nihai ve kolaylıkla icra edilebilir bir karar elde edebilmeleridir. Tarafların aralarındaki uyuşmazlık hakkında kolaylıkla icra edilebilir ve nihai bir karar elde etme amaçları ve bu yöndeki menfaatleri tahkime ilişkin düzenlemelerde de kendini göstermektedir. Bu doğrultuda örneğin Milletlerarası Tahkim Odası ("International Chamber of Commerce" veya "ICC") Tahkim Kuralları'nda veya İstanbul Tahkim Merkezi ("ISTAC") Tahkim Kuralları'nda hakemlere icra edilebilir bir karar vermeleri açısından genel bir yükümlülük getirilmiştir<sup>2</sup>. Uyuşmazlık hakkında nihai bir karar elde edilmesindeki taraf menfaatinin bir başka yansıması düzeltme, yorum ve tamamlama kararlarında kendini göstermektedir.

Milletlerarası Tahkim Kanunu ("MTK")<sup>3</sup> m.13/B'de açıkça belirtildiği üzere tahkim yargılaması, kural olarak, hakemler tarafından taraflarca ileri sürülen tüm taleplere ilişkin ve uyuşmazlığın esastan çözülmesine yönelik nihai hakem kararının verilmesi ile sona erer<sup>4</sup>. Aynı maddede tahkim yargılamasını sona erdiren diğer sebepler sıralanmıştır. Aslına bakılırsa, hakem kararı ile hakemlerin görevinin sona ereceği açıkça düzenlenmemiş olsaydı bile bu durum, hakemler ve taraflar arasındaki sözleşmenin doğal sonucu olarak kabul edilirdi<sup>5</sup>. Bir başka ifadeyle, hakemler nihai hakem kararını vererek yükümlülüklerini yerine getirmiştir ve aynı uyuşmazlık hakkında tekrar karar verilerse ortada bir tahkim anlaşması olmadan karar vermiş olurlardı<sup>6</sup>. *Functus officio* doktrini olarak da adlandırılan görüş uyarınca, nihai hakem kararı verilmesi ile hakemlerin yetkileri sona erecektir ve hakemlerin ilgili uyuşmazlık hakkında ilâve bir işlem yapması kural olarak mümkün değildir<sup>7</sup>. MTK m.13/B'de belirtildiği üzere

1 Bruno Oppetit, *Théorie de l'arbitrage* (PUF 1998) 32.

2 ICC Tahkim Kuralları m.42, ISTAC Tahkim Kuralları m.34/3. Ayrıca bkz. Ali Yeşilirmak, *Türkiye'de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri* (On İki Levha 2011) (Tahkim)116.

3 Milletlerarası Tahkim Kanunu, Kanun Numarası: 4686, Kabul Tarihi: 21/6/2001, Yayımlandığı Resmî Gazete Tarihi: 5/7/2001, Sayı: 24453.

4 Yeşilirmak, *Tahkim* (n 2) 115; Nevhis Deren-Yıldırım, *UNCITRAL Model Kanunu ve Milletlerarası Tahkim Kanunu Çerçevesinde Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları* (Alkim 2004) 133.

5 Philippe Fouchard/Emmanuel Gaillard/Berthold Goldman, *Traité de l'Arbitrage Commercial International* (Litec 1996) 788.

6 Christophe Seraglini/Jérôme Ortscheidt, *Droit de l'Arbitrage Interne et International* (LGDJ 2013) 823.

7 Gary B. Born, *International Arbitration: Law and Practice* (Kluwer Law International 2012) 301; Ziya Akıncı, *Milletlerarası Tahkim* (Vedat 2016) 237 vd.; Yeşilirmak, *Tahkim* (n 2) 115; Margaret L. Moses, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration* (Cambridge 2012) 201.

“14. maddenin B fıkrası hükümleri saklı kalmak üzere, hakem veya hakem kurulunun yetkisi, yargılamanın sona ermesiyle ortadan kalkar?”. Bu açıdan bakıldığında, hakem kararı taraflar açısından olduğu gibi hakemlerin kendileri açısından da bağlayıcıdır ve hakemler kararlarında bir yanlışlık yaptıklarını düşünseler bile bu kararlarını sonradan değiştiremezler<sup>8</sup>. Bir başka ifade ile, yargılama yetkilerini esas itibariyle taraf iradelerinden alan hakemlerin, çözümlü konusunda kendilerine yetki verilen uyuşmazlık hakkında nihai kararlarını sunduktan sonra yetkileri ortadan kalkacaktır. Böylelikle, *functus officio* doktrininin doğrudan sonucu, hakemlerin yetkilerinin sona ermesi ve kural olarak ilgili uyuşmazlık ve hakem kararı üzerinden el çekmeleridir.

Her ne kadar nihai hakem kararının verilmesi ile hakemlerin yetkisi sona erse de bu kuralın istisnaları bulunmaktadır. MTK m.14/B uyarınca, yabancı hukuklarda ve çeşitli kurumsal tahkim kurallarında düzenlendiği üzere, nihai hakem kararı verildikten sonra hakemlerden düzeltme, yorum ve tamamlama kararları talep edilebilir<sup>9</sup>. Çalışmamızın amacı, ilk olarak, milletlerarası tahkim hukukunda *functus officio* doktrininin bir istisnası olan düzeltme, yorum ve tamamlama kararlarının incelenmesidir. Çalışmamızda bu kararların tanımı, kapsamı ve amaçları ortaya konulacaktır. Ayrıca, öncelikle MTK düzenlemesinden başlayarak, yabancı hukuklardaki ve bazı kurumsal tahkim kurallarındaki düzenlemeler ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu (“HMK”)<sup>10</sup>’nun yerel tahkime ilişkin düzenlemesi ile karşılaştırılarak düzeltme, yorum ve tamamlama kararlarının verilmesi usulü ve bu kararların niteliği açıklanacaktır. Sonrasında, düzeltme, yorum ve tamamlama kararları açısından bir başka önemli husus olan, bu kararların MTK uyarınca hakem kararına karşı iptal davası açma süresi açısından etkileri incelenecektir. Tarafların aynı anda hem düzeltme, yorum veya tamamlama kararı talebinde bulunması hem de hakem kararına karşı iptal davası açmaları durumunda mahkemelerin ne şekilde hareket etmesi gerektiği sorgulanacaktır ve farklı olasılıklar göz önünde bulundurularak, hakemlerin düzeltme, yorum ve tamamlama kararlarının kapsamını ve/veya süresini aşmalarının iptal davası açma süresi açısından sonuçları değerlendirilecektir. Bu noktada yapılacak inceleme sırasında, özellikle, Yargıtay’ın 2017 yılında yerel tahkim açısından vermiş olduğu bir karar incelenecektir. İptal davası açma süresi bakımından MTK ve HMK arasında paralel düzenlemeler olması sebebiyle bu kararın kanaatimizce milletlerarası tahkim açısından olası etkileri ve ortaya çıkarabileceği olumsuzluklar değerlendirilecektir ve çözüm önerileri sunulacaktır.

8 Baki Kuru, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı* (Legal 2017) 668.

9 MTK m.10/B uyarınca, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, hakemlerin bir yıl içerisinde esas hakkında karar vermeleri gerektiği düzenlenmiştir. MTK’da uyuşmazlığın esası hakkında hızlı bir şekilde karar verilmesi ve uyuşmazlığın sona erdirilmesi için bir süre sınırlaması getirildiği anlaşılmaktadır. Ayrıca, MTK m.13/B uyarınca tahkim yargılaması nihai hakem kararı verilmesi ile sona erecektir. Bu nihai hakem kararı sonrasında taraflar düzeltme, yorum veya tamamlama kararı taleplerini sunabilirler. Kanaatimizce, tahkim süresinin belirlenmesinde dikkate alınması gereken tarih, düzeltme, yorum veya tamamlama kararının verildiği tarihi değil, hakemlerin uyuşmazlığın esası hakkında verdikleri kararın tarihi olmalıdır. Böylelikle, örneğin tek hakemin seçildiği tarihten itibaren on bir ay içerisinde esas hakkında karar verilmesi ile MTK’da belirtilen süre sınırı dahilinde karar verilmiş olacak ve sonrasında bir düzeltme, yorum veya tamamlama kararı verilse bile ve toplam süre bir yılı aşsa bile bir tahkim süresi aşımı söz konusu olmayacaktır. Bu karar MTK’da belirtilen sınırlı süreler içerisinde verileceğinden uyuşmazlığın hızlı bir şekilde sonlandırılması amacı zarara uğramayacaktır.

10 Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Kanun Numarası: 6100, Kabul Tarihi: 12/1/2011, Yayımlandığı Resmî Gazete Tarihi: 4/2/2011, Sayı: 27836.

## II. Düzeltme, Yorum ve Tamamlama Kararlarının Tanımı, Kapsamı ve Amacı

Hakem kararı hakkında bu kararı veren hakem heyeti tarafından düzeltme, yorum ve tamamlama kararları verilebilmesi *functus officio* doktrinin önemli bir istisnasını teşkil eder<sup>11</sup>. MTK m.14/B nihai hakem kararı hakkında düzeltme, yorum ve tamamlama kararları talep edilebilmesi imkânını düzenlemektedir. Mehz kanun olan UNCITRAL Model Kanunu m.33'te de bu imkân düzenlenmiştir. Aynı şekilde, kurumsal tahkim kuralları da bu imkânı öngörmüştür<sup>12</sup>. Örneğin, ISTAC Tahkim Kuralları m.37 hakem kararının hakemlerce düzeltilmesi, yorumlanması ve tamamlanmasını öngörmektedir<sup>13</sup>. Buna karşılık, ICC Tahkim Kuralları m.36/1 ve 2'de hakem kararının düzeltilmesi ve yorumlanması imkânı öngörülmüşken, MTK'da düzenlendiği şekliyle tamamlama kararı mevcut değildir. Bu düzenleme eksikliğin sebebi olarak, ICC Tahkimi uygulamasında taslak hakem kararının ICC Tahkim Divanı tarafından şeklen incelenecek olmasının tamamlama kararı ihtiyacını ortadan kaldıracak olması gösterilmiştir<sup>14</sup>. Ancak, ICC uygulamasında tahkimin tâbi olduğu milli hukukta tamamlama kararı imkânı öngörülmüşse hakemlerin düzeltme ve yorumlamaya ilişkin kurallara uygun olarak tamamlama kararı verebilecekleri kabul edilmektedir<sup>15</sup>. Ayrıca, ICC Tahkim Kuralları m.36/4'te hakem kararının mahkemeler tarafından iptaline sebep olabilecek eksikliklerin giderilmesi amacıyla hakemlere iade edilmesi olasılığı öngörülmektedir.

UNCITRAL Model Kanun m.34/4'te<sup>16</sup>, mahkemelerin hakem kararının hakemlere iadesine karar vermesine yönelik bir düzenleme bulunmaktadır. Bu düzenleme uyarınca, mahkeme, iptal davası açıldığında, taraflardan birinin talebi üzerine ve uygun görmesi halinde, iptal davasını bekletebilir. Bu durumda hakemler, mahkemenin belirlediği süre içerisinde, hakem kararının olası iptal sebebini ortadan kaldıracak işlemleri yerine getirebilirler. Bu düzenleme Türk hukukunda bulunmamaktadır<sup>17</sup>. Söz konusu iade yolunun Birleşik Krallık, ABD, Çin, Bermuda, Hong Kong, İrlanda, Malezya ve Sri Lanka hukuklarında mevcut olduğu belirtilmektedir<sup>18</sup>.

11 Yeşilirmak, *Tahkim* (n 2) 120; İbrahim Özbay/Murat Erdem, "Hakem Kararlarının Tavzihi, Düzeltilmesi ve Tamamlanması (HMK m.437)" (2013) Süreli yayın: yıldan sonra cilt(sayı) (2013)1 (2) Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 47.

12 Yabancı hukuklar ve kurumsal tahkim kurallarındaki düzenlemeler hakkında ilâve inceleme için bkz. Özbay/Erdem (n 11) 50 vd.; İbrahim Özbay/Yavuz Korucu, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Tahkim* (HMK m.407-444) (Adalet 2016) 183 vd.; Olivier Marquais, "Les impacts de l'addendum de l'article 35 du règlement d'arbitrage de la CCI sur les délais du recours en annulation, en droit suisse, anglais et français" (2015) *Revue de l'arbitrage* 781.

13 Yeşilirmak, *Tahkim* (n 2) 120; İbrahim Özbay/Murat Erdem, "Hakem Kararlarının Tavzihi, Düzeltilmesi ve Tamamlanması (HMK m.437)" (2013) 1 (2) Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 47.

14 Marquais (n 12) 785.

15 Maria Hauser-Morel/Jan Heiner Neddén, "Correction and Interpretation of Arbitral Awards and Additional Award" (2011) *Post-Award Issues – ASA Special Series No.38 34*; Marquais (n 12) 783.

16 Moses (n 7) 202; Alan Redfern/Martin Hunter/Nigel Blackaby/Constantine Partasides, *Redfern and Hunter on International Commercial Arbitration, Student Version* (Oxford 2015) 577; Born (n 7) 348.

17 Ali Yeşilirmak, *ICC Tahkim Kuralları ve Uygulaması* (On İki Levha 2018) (ICC) 122: "Türk hukukuna göre mahkeme hakem kararının iadesine karar veremez. Zira mahkemenin verebileceği kararlar; iptal başvurusunun kabulü, reddi veya kısmen kabulü şeklinde olabilmektedir".

18 Erdem (n 13) 596; Julian D. M. Lew/ Lukas A. Mistelis/ Stefan M. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International 2003) 682. Örneğin, Birleşik Krallık Tahkim Kanunu m.68/3.

Her ne kadar *functus officio* doktrinine bir istisna teşkil etse de uyumsuzluk hakkında hakemlerin tekrar yetkili hale gelmesine olanak sağlayan bu düzenlemeler hakemlere sınırlı bir yetki sunmaktadır. Hakemlere tanınan bu sınırlı yetkinin ortaya konulabilmesi için öncelikle düzeltme, yorum ve tamamlama kararlarının tanımının, kapsamının ve amaçlarının belirlenmesi gerekmektedir.

### A. Düzeltme, Yorum ve Tamamlama Kararlarının Tanımı ve Kapsamı

Düzeltme kararı hakem kararında yer alan şekli nitelikteki hesap, yazı ve benzeri hataların düzeltilmesini amaçlamaktadır<sup>19</sup>. Bir başka ifade ile, düzeltme kararında sadece yazım hatasından veya hesap hatalarından kaynaklanan eksikliklerin veya hataların giderilmesi söz konusudur ve kararda yer alan esasa ilişkin bir hata düzeltilemez<sup>20</sup>. Düzeltme kararı verirken hakemlerin yeni bir hakem kararı kaleme almamaları gerekir<sup>21</sup>. Örneğın, hakem kararında bir yazım hatası olarak “davacı” yerine “davalı” yazılması, taraf isimlerinin yanlış yazılması, “ödemesi” yerine “ödememesi” yazılması, hükmedilen tazminat miktarında yapılan basit hesap veya yazım hataları, faiz ödenmesi ve hesaplama şekli belirlendikten sonra faiz hesaplamasında bir hata yapılmış olması düzeltme kararına konu olabilir<sup>22</sup>.

ICC tahkimi uygulamasında, tazminat miktarı belirlenirken sayının yazımında nokta veya virgöl işaretinin hatalı kullanılması sebebiyle karışıklık yaratılmasına (ICC Karar no. 10386), karar metni içinde karara yapılan atıflarda yanlış paragraf veya sayfa numarası belirtilmesine (ICC Karar no. 16968) veya hakem kararının içeriğinde tarafların tahkim masraflarını yarı yarıya karşılamalarına karar verilmişken hüküm fıkrasında masrafların tek bir tarafa yüklenmiş olmasına (ICC Karar no. 9391) ilişkin hataların giderilmesine amacıyla düzeltme kararları verilmiştir<sup>23</sup>. Bunun yanı sıra ICC Karar no. 9908’de ise, düzeltme talebinde hakemlerce hükmedilen tazminatın başlangıç tarihinin yanlış yazıldığı iddia edilmiştir (25 Nisan 1998 yerine 18 Ağustos 1998 tarihi olması gerektiğı iddiasıyla). Hakem heyeti ise tazminatın başlangıç tarihine ilişkin iddianın ilgili tarafça dava sırasında ileri sürüldüğünü ancak bu iddianın değerlendirilip reddedildiğini belirtmiştir. Aslına bakılırsa ilgili taraf bu gizlenmiş düzeltme talebi

19 Turgut Kalpsüz, *Türkiye’de Milletlerarası Tahkim* (Yetkin 2010) (Tahkim) 122; Yeşilırmak, *Tahkim* (n 2) 120.

20 Akıncı (n 7) 249; Born (n 7) 342; Moses (n 8) 201; Lew/Mistelis/Kröll (n 18) 657. Aynı şekilde, Y. 15. HD, 03.10.2013, E. 2013/3837, K. 2013/5411: “(...) hakem kurulunca, (...) 75.798,00 TK tutarındaki tahkim masrafı da artırılarak hakem kurulunca 88.657,00 TL olarak düzeltilmiştir. Oysa 6100 Sayılı HMK’nın 305/2 maddesi hükümü gereğince, kararın hüküm fıkrasında taraflara tanınan haklar ve yüklenen borçlar, tazvih yolu ile genişletilemez ve değiştirilemez.” (www.lexpera.com, s.e.t. 26.06.2019).

21 Hakan Pekcanitez/Alı Yeşilırmak, *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku* (On İki Levha 2017) 2729.

22 Akıncı (n 7) 471; Erdem (n 13) 596; Redfern/Hunter (n 16) 575; Fouchard/Gaillard/Goldman (n 5) 789; Özbay/Erdem (n 11) 66; Pekcanitez/Yeşilırmak (n 21) 2729; Hauser-Morel/Heiner Nedden (n 15) 25.

23 Brooks W. Daly, “Correction and Interpretation of Arbitral Awards under the ICC Rules of Arbitration” (2002) The ICC International Court of Arbitration Bulletin Vol. 13 No. 1 63; ICC Case No. 16968/JRF/CA, 13 Mart 2013, Arbitrator Intelligence Materials, Kluwer Law International. Alman Tahkim Kurumu (*Deutsche Institution für Schiedsgerichtbarkeit – DIS*) Kuralları uyarınca verilen bir hakem kararında ise hakem heyeti, kararda yer alan tazminat hükmüne ilişkin düzeltme talebini, kararda herhangi bir yanlışlık veya yorumlama ihtiyacı olmaması sebebiyle reddetmiştir, DIS Case No. SV-B-652/06, 18 Ocak 2008, Yearbook Commercial Arbitration 2009, s.27.

ile hakem kararının esasına yönelik bir değişiklik yapılmasını amaçlamıştır. Sonuç itibariyle, talep reddedilmiştir<sup>24</sup>.

Hakem kararının yorumlanması, hakem kararında yer alan belirli kısımların açık olmaması sebebiyle ve kararın asıl anlamının anlaşılması amacıyla yine bu kararı kaleme alan hakemlerin yorumuna başvurulması anlamına gelmektedir. Bu sebeple, yorumlamada hakem kararında yer alan ancak açık olmayan, birbiriyle çelişen, tereddüde sebep olan kısımların açıklanması ve hakem kararının mahiyetinin anlaşılması amaçlanmaktadır<sup>25</sup>. Söz konusu olan, açıklayıcı ve sınırlı bir faaliyettir.

Yabancı doktrinde yorumlama talebinin sınırlı durumlarda kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır. Lew, Mistelis ve Kröll'e göre yorum kararı, vakıaların veya argümanların tartışılmasındaki belirsizliklerden ziyade hükmün yorumlanmasına veya kararın icrasına ilişkin tereddütlerin giderilmesine ilişkindir<sup>26</sup>. Fouchard, Gaillard, Goldman yorum kararının sadece hakem kararının hüküm fıkrasındaki belirsizliklerin açıklığa kavuşturulmasını hedeflediğini ve kararın gerekçeleri açısından yorumlama talebinin söz konusu olmayacağını belirtmişlerdir<sup>27</sup>. Daly ise yorumlama talebinin hakem kararının içeriğinin ciddi anlamda belirsiz ve tereddüde sebep olması durumunda kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir<sup>28</sup>. Bir başka ifade ile, karardaki herhangi bir çelişkili veya belirsiz ifadenin değil kararın icrasını güvence altına almak adına yorumlama talebinin sınırlanması tahkimin etkinliğinin artırılması amacının bir sonucudur. Ayrıca, milletlerarası tahkim uygulamasında yorum kararlarının nadiren talep edildiği ve bu taleplerin nadiren kabul edildiği belirtilmektedir<sup>29</sup>.

Tamamlama kararında ise söz konusu olan nihai hakem kararında karara bağlanmamış veya unutulmuş konular açısından tamamlayıcı bir karar verilmesidir<sup>30</sup>. Böylelikle, taraflar aralarındaki uyuşmazlığın bütünü hakkında nihai bir çözüm elde etmiş olurlar. Aşağıda inceleneceği üzere, MTK m.14/B uyarınca tamamlama kararı verilebilmesi için ilgili konunun tahkim yargılaması sırasında ileri sürülmüş ve karara bağlanmamış olması şartları aranmaktadır. Bilindiği gibi *favor arbitrandum* olarak ifade edilen hakem kararının ve genel itibariyle tahkim kurumunun etkinliğinin artırılması günümüzde karşılaştırmalı hukukta yaygın bir şekilde kabul edilmiş bir

24 Daly (n 23) 63. Aynı şekilde, AVCO Corporation v Iran Aircraft Industries, Iran Helicopter Support and Renewal Company and others, Decision and Correction to Partial Award, Iran-United States Claims Tribunal Case No. 261 (377-261-3), 18 Temmuz 1988, Selected Awards and Decisions of the Iran-US Claims Tribunal.

25 Kalpsüz, *Tahkim* (n 19) 122; Akıncı (n 7) 248; Yeşilirmak, *Tahkim* (n 2) 120; Born (n 8) 345; Pekcanitez/Yeşilirmak (n 21) 2729. Yorumlama hakkında şu genel tanım da verilmektedir: “Bir hükmün müphemlik (belirsizlik) arz etmesi veya birbirine aykırı (çelişik) fıkraları içermesi halinde, onun gerçek anlamının ortaya konulması için başvurulacak yola hükümlerin tavzihi denir. Sözü edilen kurum aracılığıyla, hükmü vermiş olan yargı yerinin gerçek iradesinin ne olduğu; bir başka ifade ile hükmün ne şekilde yorumlanması gerektiği ortaya konulur.”, Özbay/Erdem (n 11) 46.

26 Lew/Mistelis/Kröll (n 18) 658.

27 Fouchard/Gaillard/Goldman (n 5) 789.

28 Daly (n 23) 63.

29 Born (n 7) 345.

30 Kalpsüz, *Tahkim* (n 19) 122; Yeşilirmak, *Tahkim* (n 2) 120; Born (n 7) 346.

hukuk politikasıdır<sup>31</sup>. Aşağıda inceleneceği üzere, hakemlerin uyuşmazlık hakkında eksik karar vermiş olmaları MTK m.15 uyarınca bir iptal sebebidir. MTK'nın düzeltme ve yorum kararı haricinde tamamlama kararı imkânını da öngörmesi, kanun koyucunun hakem kararının iptali olasılığını azaltmak ve dolayısıyla milletlerarası tahkimin etkinliğini arttırmak amacının bir yansıması olarak yorumlanmalıdır<sup>32</sup>.

Düzeltilme, yorum ve tamamlama kararları verilebilmesine ilişkin düzenlemeler hakemlere sınırlı bir yetki sunmaktadır. Düzeltme, yorum ve tamamlama kararlarında, hakemler kararda bulunan hukuki hataları düzeltmez veya uyuşmazlığın esasını tekrar değerlendiremez<sup>33</sup>. Uygulamada ise tarafların genellikle bu imkânı hakem kararının esasını değiştirebilme ümidiyle kullandıkları belirtilmektedir<sup>34</sup>. Kural olarak, düzeltme, yorum ve tamamlama kararlarında hakemler tekrar esas incelemesi yapıp daha önce vermiş oldukları karardan farklı veya yeni bir karar veremezler veya hükmü değiştiremezler. Taraflardan bir yorum veya düzeltme talebi geldiğinde ve bu talep yerinde bulunduğu hakem heyetinin nihai kararının içeriğini değiştirecek şekilde tekrar bir inceleme yapmaması veya karara bağlanmamış hususları karara ekleyecek şekilde hareket etmemesi gerekir<sup>35</sup>. Sadece tamamlama kararı açısından hakemlerin nihai hakem kararına ilâve yapması söz konusu olsa da, hakemlerin bu yetkisi yargılama sırasında taraflarca ileri sürülmüş fakat karara bağlanmamış konularla sınırlandırılmıştır. Bir başka ifade ile, hakemler nihai kararlarını verdikten sonra ve *functus officio* doktrini uyarınca, tahkim yargılaması sırasında ileri sürülmemiş bir konu hakkında tamamlama kararı veremezler ve bu sebeple tamamlama kararı talebi yeni talepler sunmak amacıyla kullanılamaz<sup>36</sup>.

Ayrıca, önemle belirtmek gerekir ki, MTK m.14/B hukuki niteliği itibarıyla hakem kararına karşı bir kanun yolu değildir<sup>37</sup>. MTK m.15'te hakem kararına karşı sadece iptal davası yoluna başvurulabileceği açıkça düzenlenmiştir. Düzeltme, yorum ve tamamlama kararlarının devlet mahkemelerinden değil de yine nihai kararı vermiş olan hakem heyetinden talep edilmesi, söz konusu olanın hakem kararına karşı bir kanun yolu olmadığını kanıtlar niteliktedir. Ayrıca, düzeltme, yorum ve tamamlama kararları taleplerinin hakemler tarafından değerlendirilecek olması zaten esasa ilişkin

31 Jean-Baptiste Racine, "Propos sur l'Efficacité des Sentences Arbitrales en Droit Français après la Réforme du 13 Janvier 2011", in *L'Arbitrage et le Juge Étatique, Etudes de Droit Comparé à La Mémoire de Guiseppe Tarzia* (Bruylant 2014) 442.

32 Kalpsüz, *Tahkim* (n 19) 122; Akıncı (n 7) 250. Redfern ve Hunter'a göre *infra petita* iptal sebebi de düşünüldüğünde bu "akıllı bir çözümdür", Redfern/Hunter (n 16) 575. Ayrıca bkz., Fouchard/Gaillard/Goldman (n 6) 791.

33 Kalpsüz, *Tahkim* (n 19) 122. Bkz. Sexton v. Karam, ICDR Case No.50 148 T 00408 11, 18 Eylül 2014, Arbitrator Intelligence Materials, Kluwer Law International: "Article 30, by its clear terms, is limited to an interpretation or correction of the award, or to the rendering of an additional award in the event the Tribunal fails to address a claim presented. Article 30 is not intended to be used by the Tribunal or the parties as a vehicle for reconsideration of the conclusions reached in the award".

34 Daly (n 23) 63; Redfern/Hunter (n 16) 575.

35 Kalpsüz, *Tahkim* (n 19) 123; Akıncı (n 7) 248; Erdem (n 13) 596; Fouchard/Gaillard/Goldman (n 5) 790.

36 Kalpsüz, *Tahkim* (n 19) 122; Akıncı (n 7) 248; Özbay/Erdem (n 11) 68.

37 Kalpsüz, *Tahkim* (n 19) 122; Akıncı (n 7) 248; Mehmet Polat Kalafatoğlu, *Le Recours en Annulation en Matière d'Arbitrage International en Droit Français et en Droit Turc*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi (Paris 2008) (İptal davası) 19.

nihai kararı da onlar verdikleri için daha etkin bir çözüm olacaktır<sup>38</sup>. Doktrinde bu imkân kanun yolu niteliğinde olmayan geniş anlamda bir hukuki çare (müracaat yolu) olarak da nitelendirilmektedir<sup>39</sup>.

Milletlerarası tahkim uygulamasında, hakem kararının düzeltilmesi, yorumlanması ve tamamlanması ile nadiren karşılaşıldığı ve buna, hakemlerin sergiledikleri özen ve özellikle ICC uygulamasında ICC Milletlerarası Tahkim Divanı'nın gösterdiği titizlik gerekçe olarak gösterilmektedir<sup>40</sup>. Bilindiği gibi ICC Tahkim Kuralları'nın kendine has özelliklerinin başında ICC Milletlerarası Tahkim Divanı'nın taslak hakem kararı üzerinde yaptığı şekli inceleme (*scrutiny*) gelmektedir<sup>41</sup>. ICC Tahkim Kuralları m.34 uyarınca taslak halindeki hakem kararının onaylanması amacıyla Divan'a sunulması gerekir. Divan yapacağı inceleme ile karar üzerinde şekli değişiklikler yapabilir ve hakemlerin uyuşmazlığın esası hakkında karar verme yetkilerine halel getirmeksizin (tarafaların anlaşmaları sebebiyle bu yetki sadece hakemlere aittir) esasa ilişkin konularda hakemlerin dikkatini çekebilir. Esasa ilişkin Divan'ın yapacağı bu değerlendirmenin “*kararın içeriği konusunda hata yapılmış olduğuna, gerekçenin yeterli genişlikte yazılmamış veya hiç yazılmamış olduğuna ya da kararın bir kısmının veya tamamının tahkim yeri hukukunun emredici kurallarına aykırı olduğuna ilişkin*” olabileceği belirtilmektedir<sup>42</sup>. Aynı madde uyarınca, Divan tarafından onaylanmamış bir hakem kararı verilemez. Bir başka ifade ile, Divan taslak hakem kararı üzerinde bir nevi kalite kontrolü yapmaktadır. Hakem kararı üzerinde bu incelemenin yapılması sebebiyle de zaten Divan tarafından bir kez daha şeklen incelenecek olan hakem kararı hakkında düzeltme ve yorum kararlarına olan ihtiyaç önemli ölçüde azalacaktır<sup>43</sup>. Çünkü, bu incelemenin asıl amacı karar üzerinde şekli bir inceleme yaparak kararın daha anlaşılır bir şekle bürünmesi ve şekli hataların düzeltilmesidir. ICC tahkimi hakkında yapılan bir araştırmada 2005-2010 yılları arasında düzeltme ve yorum taleplerinin %9 ile %14 arasında seyrettiği belirtilmektedir<sup>44</sup>.

## B. Düzeltme, Yorum ve Tamamlama Kararlarının Amacı

Düzeltilme, yorum ve tamamlama kararlarının temel amacı hakem kararında yer alan şekli hataların, belirsizliklerin ve karara bağlanması eksik bırakılmış hususların giderilmesidir<sup>45</sup>. Tarafalara sunulan bu imkân ile hakem kararında yer alan eksikliklerin, belirsizliklerin ve yazım hatalarının giderilmesi ile birlikte hakem kararının kolaylıkla

38 Seraglini/Ortscheidt (n 6) 824.

39 Özbay/Erdem (n 11) 49.

40 Yeşilirmak, *Tahkim* (n 2) 120.

41 Erdem (n 13) 597 vd.

42 Yeşilirmak, *ICC* (n 17) 118.

43 Lew/Mistelis/Kröll (n 18) 657; Daly (n 23) 61.

44 Hauser-Morel/Heiner Nedden (n 15) 19, dipnot 1.

45 Özbay/Erdem (n 11) 47; Özbay/Korucu (n 12) 181; İzzet Karadaş, *6100 Sayılı HMK'da Düzenlenen Ulusal (İç) Tahkim (Adalet 2013) 211.*



ve geciktirilmeden icra edilebilmesi sağlanacak, iptal edilmesinin önüne geçilebilecek ve taraflar arasında ilâve uyuşmazlıkların doğması engellenecektir. Böylelikle, HMK gerekçesinde de belirtildiği üzere, usul ekonomisine uygun hareket edilmiş olacak ve tahkim yargılamasının hızlılığı korunacaktır<sup>46</sup>. Örneğin, hakem kararında yapılan basit bir yazım hatası sebebiyle hükmedilen tazminat miktarına fazladan eklenen sıfırlar düzeltilebilecek ve böylelikle, belki de cezai nitelikli tazminat (*punitive damages*) olarak nitelendirilecek hakem kararının kamu düzenine aykırılık sebebiyle iptalinin gündeme gelmesi engellenebilecektir<sup>47</sup>. Özellikle, MTK m.15/A'da hakemlerin istemin tamamı hakkında karar vermemiş olmalarının (*infra petita*) bir iptal sebebi olarak düzenlenmiş olduğu düşünöldüğünde tamamlama kararının faydaları kolaylıkla anlaşılacaktır. Hakem heyetinin tamamlama kararı sunması ile birlikte tarafların dayanabilecekleri iptal sebeplerinden bir tanesi engellenmiş olacaktır. Sonuç itibariyle, bu imkân kaliteli yargılama elde etme amacıyla tahkimi tercih eden tarafların bu amaçlarının tahkim yargılamasına ve hakem kararına yansımadır. Düzeltme, yorum ve tamamlama kararları ile taraflar açık ve kesin değerlendirmeler içeren, şekli hatalardan arınmış ve uyuşmazlığın bütününe kapsayan bir karar elde edebileceklerdir.

### III. Düzeltme, Yorum ve Tamamlama Kararlarının Usulü Ve Niteliği

Çalışmamızın bu aşamasında esas itibariyle MTK uyarınca düzeltme, yorum ve tamamlama kararları verilmesinde izlenecek usul incelenecektir. Bu açıdan, MTK düzenlemesi ile HMK, bazı yabancı hukuklar ve kurumsal tahkim kuralları arasındaki temel farklılıkların ortaya konulmasının faydalı olacağını düşünmekteyiz. Son olarak, hakemin veya hakem heyetinin düzeltme, yorum veya tamamlama kararları vermesi durumunda bu kararın nihai hakem kararı açısından niteliğinin belirlenmesi gerekmektedir.

#### A. Düzeltme, Yorum ve Tamamlama Kararları Usulü

Düzeltme, yorum ve tamamlama kararları açısından hakemlerin sınırlı yetkisi, bu taleplerin sunulması ve karar verilmesi usulünde de kendini göstermektedir. Öncelikle, bu talepler açısından ikinci bir tahkim yargılaması yapılması ve dolayısıyla ikinci bir nihai hakem kararı verilmesi söz konusu değildir. Bu sebeple, hakem heyeti nihai kararını verdikten sonra yeni bir hakem heyeti atanmayacak ve bu talepler nihai hakem kararını veren hakemler tarafından değerlendirilecektir.

MTK m.14/B, düzeltme, yorum ve tamamlama kararlarının talep edilmesi ve karar verilmesi usulünü düzenlemektedir<sup>48</sup>. Bu düzenlemenin iki temel özelliği,

46 Özbay/Erdem (n 11) 48.

47 Cezai nitelikli tazminat kararlarının kamu düzenine aykırılık oluşturup oluşturmadığı konusu açısından bkz.: Akıncı (n 8) 282.

48 Kalpsüz, *Tahkim* (n 19) 123 vd.; Akıncı (n 9) 249; Erdem (n 13) 611; Nuray Ekşi, "Milletlerarası Tahkim Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme" (2003) 23 MHB (MTK Değerlendirme) 315; Ergin Nomer/Nuray Ekşi/Günseli Öztekin Gelgel, *Milletlerarası Tahkim Hukuku*, Cilt I (Beta 2013) 45.

tahkimin etkinliğinin artırılması amacıyla kısa sürelerin öngörülmesi olması ve tarafların savunma haklarının güvence altına alınmış olmasıdır. Bu yönüyle MTK düzenlemesi, karşılaştırmalı hukukta takip edildiği belirtilen genel yaklaşımlar<sup>49</sup> ile aynı doğrultudadır. MTK m.14/B uyarınca taraflardan her biri, hakem kararının kendisine bildiriminden itibaren otuz gün içerisinde karşı tarafa da bilgi vermek kaydıyla hakem heyetinden kararda yer alan hesap, yazı ve benzeri maddi hataların düzeltilmesini veya kararın tümünün veya anlaşılmayan kısımlarının yorumlanmasını isteyebilir. Hakem heyeti, karşı tarafın görüşünü aldıktan sonra bu talebi haklı bulursa talep tarihinden itibaren otuz gün içerisinde karar hakkında yorumunu veya düzeltilmesini taraflara sunar. Ayrıca, yine kararın tebliğinden itibaren otuz gün içerisinde, taraflardan her biri hakem heyetinden bir tamamlama kararı verilmesini isteyebilir. Tamamlama kararı verilebilmesi için bu talep hakkında karşı tarafın da bilgilendirilmesi gerekmektedir. Tamamlama kararları sadece tahkim yargılaması sırasında ileri sürülmüş olmasına rağmen karara bağlanmamış konular hakkında istenebilir. Bu talep haklı bulunursa, tamamlama kararı altmış gün içinde verilecektir. İlgili maddede, hakem heyetinin kararda yer alan maddi hataları karar tarihinden itibaren otuz gün içerisinde kendiliğinden de düzeltebileceği öngörülmüştür. Ancak, hakem heyetine kararın re'sen yorumlanması veya tamamlanması için bir yetki verilmemiştir. Kanunda yer alan bu sürelerin kesin süreler olduğu ve uzatılamayacağı kabul edilmektedir<sup>50</sup>. Düzeltme, yorum ve tamamlama kararları talepleri açısından karşı tarafa da bilgi verilmesi şartının aranması, tarafların adil yargılanma ve hukuki dinlenilme haklarının güvence altına alınması amacını taşımaktadır<sup>51</sup>. Aksi halde, bu hakların ihlal edilmiş olması sebebiyle hakem kararının iptali söz konusu olabilecektir.

Düzeltme, yorum ve tamamlama kararları açısından HMK incelemesi yapılmasının, özellikle aşağıda incelenecek Yargıtay kararları da dikkate alındığında, faydalı olacağı kanaatindeyiz. Yerel tahkimde düzeltme, yorum ve tamamlama kararları açısından HMK, MTK m.14/B düzenlemesine çok yakın bir düzenleme getirmektedir<sup>52</sup>. Hakem kararlarının tavrı, düzeltilmesi ve tamamlanması başlığını taşıyan HMK m.437 ile MTK düzenlenmesi karşılaştırıldığında temel farklılığın kısaltılmış sürelerde olduğu görülmektedir. Örneğin, düzeltme ve tavrı kararları otuz gün yerine iki hafta içerisinde istenebilecektir veya tamamlama kararı altmış gün yerine bir ay içerisinde verilecektir ama gerekli görülen hallerde hakem heyeti bu süreyi en fazla bir ay uzatabilecektir. Tamamlama kararı verilmesi için süre uzatılmasının gerekli olduğuna dair kararı

49 Karşılaştırmalı hukuktaki genel yaklaşımlar açısından bkz.: Born (n 7) 342.

50 Kalpsüz, *Tahkim* (n 19) 124.

51 Özbay/Erdem (n 11) 69.

52 Nuray Ekşi, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim* (Beta 2019) (HMK Tahkim) 179 vd.; Hakan Pekcanitez, "Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanununun Tahkime İlişkin Hükümleri" (2011) Milletlerarası Tahkim Semineri 79; Özbay/Erdem (n 11) 63 vd.; Özbay/Korucu (n 12) 198 vd.; Pekcanitez/Yeşilirmak (n 21) 2728 vd.; Timuçin Muşul, *Medeni Usul Hukuku* (Yetkin 2012) 666; Kuru (n 9) 668; Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz, *Medeni Usul Hukuku* (Yetkin 2017) 793; Nomer/Ekşi/Öztekin Gelgel (n 48) 29.

doğal olarak hakem heyeti verecektir<sup>53</sup>. Bir başka farklılık ise, HMK m.437’de gerekli görölen hallerde düzeltme veya tavzih kararının verilmesi süresinin hakem heyetince uzatılabilmesidir. Kanaatimizce, düzeltme ve yorum kararlarının niteliği düşünöldüğünde bu süre uzatım yetkisinin yerindeliği sorgulanmalıdır. Ayrıca, kanunda süre uzatımı açısından bir üst sınır belirtilmemiştir. Bu iki nokta birlikte değerlendirildiğinde, kanaatimizce, düzeltme ve yorum kararlarının verilmesinin geciktirilmesi ve dolayısıyla tahkim yargılamasının etkinliğinin azalması riski doğabilecektir. Son olarak, MTK hükmünün aksine, HMK m.437’de düzeltme ve tavzih talebinin süresi iki hafta olarak belirlenirken, “*evvelce daha farklı bir süre öngörölmemiştir*” ifadesi de eklenmiştir<sup>54</sup>. Taraflara düzeltme ve tavzih kararı isteme süresinin belirlenmesi açısından irade özgürlüğü tanınmış olması MTK m.14/B hükmünden ayrılan bir başka unsurdur.

Karşılaştırmalı hukukta nadiren de olsa düzeltme, yorum ve tamamlama kararları imkânını düzenlemeyen milli hukuk düzenleriyle karşılaşılabılır. Örneğin, İsviçre hukukunun yerel tahkime ilişkin düzenlemesinde bu imkân düzenlenmiş olmasına rağmen 18 Aralık 1987 tarihli İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu (İsviçre MÖHUK)’nun milletlerarası tahkime ilişkin maddelerinde yorum, düzeltme ve tamamlama kararları müessesesi düzenlenmemiştir. Ancak, İsviçre Federal Mahkemesi 2000 yılında vermiş olduğu bir kararda tahkim yerinin İsviçre olduğu durumlarda hakem heyetinin düzeltme ve yorum kararı vermeye yetkili olduğunu kabul etmiştir ve yerel tahkimin ilgili hükümlerinin kıyasen uygulanmasına karar vermiştir<sup>55</sup>. Böylelikle, 19 Aralık 2008 tarihli İsviçre Medeni Usul Kanunu m.388 uygulama alanı bulacaktır. Bu maddenin ikinci fıkrası uyarınca, düzeltme, yorum veya tamamlama talepleri söz konusu talepler açısından ihtiyacın anlaşılmasından itibaren otuz gün içerisinde hakem heyetine sunulacaktır. Ancak, bu taleplerin hakem kararının tebliğinden itibaren en geç bir yıl içerisinde sunulabileceği düzenlenmiştir. Fransız milletlerarası tahkim hukukunda ise düzeltme, yorum ve tamamlama kararlarına ilişkin düzenleme 2011 yılında kanunda yapılan değişlikle, Fransız Medeni Usul Kanunu m.1506/4’ün m.1485’in birinci ve ikinci fıkraları ile m.1486’ya yaptığı atf ile getirilmiştir<sup>56</sup>. Bu maddeler uyarınca, düzeltme, yorum ve tamamlama kararı taleplerinin hakem kararının tebliğinden itibaren üç ay içerisinde hakem heyetine sunulması gerekmektedir. Taraflarca aksi karşılaştırılmamışsa, düzeltme, yorum veya tamamlama kararının üç ay içerisinde verilmesi gerekmektedir. Bu sürenin, Fransız Medeni Usul Kanunu m.1463/2 uyarınca, tarafların anlaşmaları ile veya anlaşma sağlanamaz ise mahkemelerce uzatılabileceği düzenlenmiştir.

53 Özbay/Korucu (n 12) 205, dipnot 822.

54 Ekşi, *HMK Tahkim* (n 52) 179. Karadaş’a göre farklı bir süre karşılaştırılması taraflar veya hakemlerce yapılabilir, Karadaş (n 46) 212.

55 İsviçre Federal Mahkemesi, 2 Kasım 2000, ATF 126 III 524 (www.bger.ch, s.e.t. 26.06.2019). Kararın incelemesi için: Antonio Rigozzi/Gabrielle Kaufmann-Kohler, “Correction and Interpretation of Awards in International Arbitrations held in Switzerland: Note on a Decision of the Swiss Federal Court (ATF 126 III 524)”, Jusletter 19 March 2001; Marquis (n 12) 787.

56 Seraglını/Ortscheidt (n 6) 824.

Yukarıda belirttiğimiz gibi düzeltme, yorum ve tamamlama kararlarına ilişkin düzenlemeler kurumsal tahkim kurallarında da yer almaktadır (Örneğin, ICC Tahkim Kuralları m.36<sup>57</sup> ve ISTAC Tahkim Kuralları m.37<sup>58</sup>). Kural olarak, eğer taraflarca seçilen tahkim kurallarında düzeltme, yorum ve tamamlama kararları usulü düzenlenmişse bu durumda milli hukuklardaki düzenlemelerin emredici hükümler haricinde uygulanmayacağı kabul edilmektedir<sup>59</sup>. ICC Tahkim Kuralları uyarınca, yorum ve düzeltme talepleri açısından şu ilâve hususları belirtmekte fayda bulunmaktadır: hakemler bu talepleri reddettiklerinde veya kabul edip yorum ve/veya düzeltme kararı verdiklerinde neden bu talebi reddettiklerinin veya kabul ettiklerinin gerekçelerini de sunmalıdır<sup>60</sup>. Ayrıca, eğer hakem heyeti re'sen düzeltme yapmak isterse bu durumdan tarafları ve ICC Sekreteryası'nı haberdar etmesi ve taraflara yorumlarını sunmaları için bir süre tanınması gerekir<sup>61</sup>. Hakem heyeti düzeltme veya yorum talebini kısmen veya tamamen kabul edebilir veya reddedebilir ve bu kararın tahkim masrafları açısından sonuçlar doğurabileceği unutulmamalıdır<sup>62</sup>.

Düzeltilme, yorum ve tamamlama kararları usulü açısından akla gelebilecek bir soru ise örneğin bir tamamlama kararı verilmesi sonrasında bu karar hakkında da düzeltme, yorum ve tamamlama kararları istenip istenemeyeceğidir. Yeşilirmak'a göre, kural olarak, bu kararlar sonrasında da süresi içerisinde düzeltme, yorum ve tamamlama kararları istenebilir. Ancak, yazara göre bu durumun "*ancak istisnai durumlarda kabul edilebileceği açıktır*"<sup>63</sup>. Daly'e göre de ICC Tahkim Kuralları uyarınca düzeltme veya yorum kararı hakem kararına bir ek oluşturacağı ve onun bir parçası olacağından taraflar düzeltme veya yorum kararı hakkında da bir düzeltme veya yorum talebinde bulunabilirler. Bu noktada dikkat edilmesi gereken husus, eğer nihai hakem kararı hakkında yorum veya düzeltme talebi süresi geçirilmişse, yorum veya düzeltme kararı hakkında yorum veya düzeltme talepleri sadece bu ek karar ile sınırlı olmalıdır<sup>64</sup>. Örneğin, ICC Karar no. 10609'da davacının talebi üzerine hakem heyeti bir düzeltme kararı vermiştir. Bunun üzerine davacı ikinci bir başvuru yaparak düzeltme kararının düzeltilmesini talep etmiştir. Hakem heyeti bu ikinci başvuruyu daha önce karara bağlanmış bir hususu tekrar hakemlerin önüne getiriyor olması sebebiyle reddetmiştir<sup>65</sup>.

Sonuç itibariyle, MTK'daki düzeltme, yorum ve tamamlama kararlarına ilişkin düzenlemeler incelenip, yabancı hukuklardaki örneklerle karşılaştırıldığında,

57 İlgili tahkim kuralları açısından inceleme için bkz.: Yeşilirmak, *ICC* (n 17) 120 vd.; Erdem (n 13) 597 vd.; Hauser-Morel/Heiner Nedden (n 15) 20 vd.

58 İlgili tahkim kuralları açısından inceleme için bkz.: Akıncı (n 7) 471 vd.

59 Hauser-Morel/Heiner Nedden (n 15) 23.

60 ICC Note on Correction and Interpretation of Arbitral Awards, 31 March 2014 3; Daly (n 23) 65.

61 ICC Note on Correction and Interpretation of Arbitral Awards, 31 March 2014 2.

62 ICC Note on Correction and Interpretation of Arbitral Awards, 31 March 2014 3.

63 Yeşilirmak, *Tahkim* (n 2) 121.

64 Daly (n 23) 67.

65 Daly (n 23) 67.

milletlerarası tahkimin etkinliğinin artırılması amacıyla ve milletlerarası tahkimin ihtiyaçlarına uygun olarak, hakemlere sınırlı bir yetki verilmiş olduğu, kısa sürelerin öngörüldüğü ve aynı zamanda tarafların savunma haklarının güvence altına alındığı görülmektedir.

## B. Düzeltme, Yorum ve Tamamlama Kararlarının Niteliği

MTK m.14/B uyarınca, hakem heyeti tarafından verilecek düzeltme, yorum ve tamamlama kararları “*hakem kararının bir parçasını oluşturur*”. Bir başka ifade ile, MTK m.14/B uyarınca düzeltme, yorum ve tamamlama kararları uyuşmazlığın esası hakkında verilmiş olan nihai hakem kararından ayrı, bağımsız, ikinci bir hakem kararı niteliğinde değildir. Bu kararlar nihai hakem kararının bir parçasını oluşturur ve ancak nihai hakem kararı ile birlikte iptalleri talep edilebilir<sup>66</sup>. Aynı kural HMK m.437/5’te yerel tahkim açısından kabul edilmiştir<sup>67</sup>.

UNCITRAL Model Kanun açısından ise, doktrinde bazı yazarlar tamamlama kararının kısmi karar niteliğinde olduğunu ve bu sebeple tek başına tenfiz edilebileceğini savunmaktadır<sup>68</sup>. Kanaatimizce, bu görüşün dayanağı olarak, MTK’daki düzeltme, yorum ve tamamlama kararlarının, ayırım yapılmadan, hakem kararının bir parçasını oluşturacağını düzenleyen kapsayıcı hüküm yerine UNCITRAL Model Kanun m.33/1’de sadece yorum kararının hakem kararının bir parçası olacağını belirtilmiş olması düşünülebilir.

Düzeltilme, yorum ve tamamlama kararlarının niteliği açısından kurumsal tahkim kurallarına da göz atılmasında fayda vardır. ICC Tahkim Kuralları açısından, yorum ve düzeltme kararları 1998 yılında ICC Tahkim Kuralları’na eklenirken bu kararların ayrı bir hakem kararı mı yoksa nihai kararın bir parçası mı olacağı tartışılmış ve nihai hakem kararının bir parçası olması sonucuna varılmıştır<sup>69</sup>. ICC Tahkim Kuralları m.36/3 açık bir şekilde düzeltme ve yorum kararlarının nihai karara bir ek (*addendum*) oluşturacağını ve onun parçası olarak kabul edileceğini belirtmektedir<sup>70</sup>. Benzer şekilde, ISTAC Tahkim Kuralları m.37/6, “*düzeltilme, yorum ve tamamlama kararları, hakem kararının eki olarak düzenlenir ve kararın ayrılmaz parçasını teşkil eder*” demektedir. Aşağıda inceleneceği üzere, düzeltme, yorum ve tamamlama kararlarının bu niteliği hakem karara karşı iptal davası açma süresi bakımından son derece önemlidir.

66 Deren-Yıldırım (n 4) 135.

67 HMK m.437/5: “*Düzeltilme, tazvih ve tamamlama kararları, taraflara bildirilir ve hakem kararının bir parçasını oluşturur*”. Ekşi, *HMK Tahkim* (n 52) 180.

68 İlgili doktrin görüşü hakkında referanslar için bkz. Deren-Yıldırım (n 4) 136.

69 Marquais (n 12) 784.

70 Yeşilirmak, *ICC* (n 17) 121.

### C. Düzeltme, Yorum ve Tamamlama Kararlarının Nihai Hakem Kararına Karşı İptal Davası Açma Süresi Açısından Etkisi

Milletlerarası tahkim hukukunda, kural olarak, nihai hakem kararına karşı devlet mahkemeleri önünde başvurulacak kanun yolu iptal davasıdır. MTK m.15/A'da da “*hakem kararına karşı yalnızca iptal davası açılabilir*” ifadesi yer almaktadır. MTK uyarınca iptal davası usulünün ve iptal sebeplerinin detaylı incelemesi bu çalışmanın kapsamı dışındadır<sup>71</sup>. Fakat, nihai hakem kararı sonrasında düzeltme, yorum ve tamamlama kararları talep edilmesi özellikle iptal davası açma süresi açısından etkiler doğuracaktır. Bu sebeple, öncelikle, düzeltme, yorum ve tamamlama kararları talep edilmesinin iptal davası açma süresi açısından etkisi kural olarak ortaya konulacaktır. Sonrasında, tarafların aynı anda hem bu taleplerini ileri sürmeleri hem nihai hakem kararına karşı iptal davası açmaları halinde iptal davasına bakan mahkemelerin nasıl hareket etmesi gerektiği meselesi değerlendirilecektir. Son olarak, hakemlerin düzeltme, yorum ve tamamlama kararının kapsamını ve/veya süresini aşmaları halinde bu durumun iptal davası açma süresi açısından etkileri incelenecektir ve farklı olasılıklar açısından çözüm önerileri sunulacaktır.

#### 1. Düzeltme, Yorum ve Tamamlama Kararı Taleplerinin İptal Davası Açma Süresi Açısından Etkisi

Milletlerarası tahkim hukukunda tahkimin etkinliğini arttırmak amacıyla iptal davası açılmasına ilişkin kısa süreler getirilmiştir. MTK bu amaç doğrultusunda iptal davasının açılması için otuz günlük bir süre öngörmüştür. Bu süre mehz UNCITRAL Model Kanunu'nda üç ay olarak belirlenmiştir. Akıncı'ya göre MTK'da bu sürenin kısaltılmış olması “*tahkimin daha hızlı sonuç vermesi bakımından isabetlidir*”<sup>72</sup>. Karşılaştırmalı hukukta ise iptal davası açma süresi bakımından yirmi sekiz günden (İngiliz hukuku) altı aya (Çin hukuku) kadar değişen süreler öngörülmüştür<sup>73</sup>.

71 İptal davası hakkında detaylı inceleme için bkz.: Akıncı (n 7) 251 vd.; Cemal Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (Beta 2016) 342 vd.; Turgut Kalpsüz, “Yeni Milletlerarası Tahkim Kanununun Değerlendirilmesi” (2001) Milletlerarası Tahkim Semineri (MTK'nın Değerlendirilmesi) 107, özellikle s.125 vd.; Yeşilirmak, *Tahkim* (n 2) 122 vd.; Kalpsüz, *Tahkim* (n 19) 124 vd.; Erdem (n 13) 611; Ekşi, “MTK Değerlendirme” (n 48) 316; Nomer/Ekşi/Öztekin Gelgel (n 48) 46 vd.; Ceyda Süral, “Hakem Kararlarının İcrası ve İptal Davası”, (2014) 16 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan 1377; Mesut Aygün, “Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakem Kararlarına Karşı İptal Yolu” (2007) Medeni Usul Hukuku ve İcra İflas Hukuku Dergisi S.8-3 661; Ekin Tuna, *Milletlerarası Ticari Tahkim Hukukunda İptal Davası* (Adalet 2016); Bilgin Tiryakioğlu, “Milletlerarası Tahkim Kanununa Göre Hakem Kararlarının İptali”, *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi*, Eskişehir 21-22 Nisan 2016, ed. Bilgin Tiryakioğlu, Mesut Aygün, Ali Önal, Kübra Altıparmak, Cansu Kaya (Yetkin Yayınları 2016) 301; Aslı Bayata Canyaş, *UNCITRAL Model Kanunu Temelinde Uluslararası Ticari Hakem Kararlarına Karşı Başvuru Yolu* (Adalet 2016); Ejder Yılmaz, “Hakem Kararlarının Temyizi ve İptali”, Milletlerarası Tahkim Semineri, Ankara 2009, 107; Fügen Sargın, “Milletlerarası Tahkim Kanunu'na Göre Hakem Kararlarının Kısmi İptali İmkânı” (2015) 31 BATİDER 39. Türk ve Fransız milletlerarası tahkim hukuklarında iptal davası hakkında karşılaştırmalı hukuk çalışması için bkz.: Kalafatoğlu, *İptal davası* (n 37), iptal davası açma süresi açısından sınırlı bir inceleme için aynı eserde bkz. s.18-19. MTK uyarınca iptal davası açma hakkından feragat imkânı hakkında ise: Mehmet Polat Kalafatoğlu, “Milletlerarası Tahkim Kanunu Uyarınca İptal Davası Açma Hakkından Feragat” (2018) PPIL, 38(2) 339 (Feragat).

72 Akıncı (n 7) 258. Aynı yönde, Kalafatoğlu, *İptal davası* (n 37) 18.

73 Moses (n 8) 209; Lew/Mistelis/Kröll (n 18) 671.

İptal davası açma süresinin başlama anı açısından MTK m.15/A “*Bu süre, hakem kararının veya düzeltme, yorum ya da tamamlama kararının taraflara bildirildiği tarihten itibaren işlemeye başlar*” hükmünü getirmektedir. Kanunda belirtilmiş olan otuz günlük süre, kural olarak nihai hakem kararının taraflara bildirildiği tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır. Bu bildirim ne şekilde yapılacağı ise MTK m.14’te düzenlenmiştir. Ayrıca, belirtmek gerekir ki iptal davası açma süresi bir hak düşürücü süre niteliğindedir<sup>74</sup>.

MTK m.15 ile belirlenen iptal davası açma süresi ilk bakışta herhangi bir sorun yaratmayacak gibi gözükmektedir. Bu süre, kural olarak, hakem kararının taraflara bildirildiği tarihten itibaren işlemeye başlar. Yani, taraflardan birinin MTK m.14/B uyarınca yorum, düzeltme veya tamamlama kararı talep etmemesi durumunda ilgili süre hakem kararının tebliğinden itibaren işlemeye başlayacaktır<sup>75</sup>. Ancak, MTK m.14/B ve m.15 birlikte değerlendirildiğinde, hakem kararının bildiriminden sonra taraflardan birinin hakem heyetinden yorum, düzeltme veya tamamlama kararı talep etmesi halinde, bu kararların taraflara tebliğ edildiği tarihe bağlı olarak, iptal davası açma süresinin başlangıç anında ve hesaplanmasında farklılıklar olacaktır.

Düzeltilme, yorum ve tamamlama kararı talep edilmesi halinde iptal davası açma süresinin bu kararların tebliğinden itibaren işlemeye başlayacağı doktrinde de kabul edilmektedir. Akıncı’ya göre MTK uyarınca uyuşmazlığın esası hakkında verilmiş hakem kararının taraflara bildiriminden sonra düzeltme, yorum ve tamamlama kararı verilmesi halinde “*iptal davası açma süresi, taraflara hakem kararının tebliğ edildiği tarihten değil, düzeltme, yorum veya tamamlama kararının tebliğ edilmesinden itibaren başlayacaktır. Zira özellikle düzeltme, yorum veya tamamlama talebinde bulunan taraf açısından, söz konusu talebin kabul edilmesi durumunda, iptal yoluna başvurmaya gerek kalmayabilir. Bu sebeple, düzeltme, yorum veya tamamlama talebinde bulunulması durumunda, artık hakem kararının değil, fakat düzeltme, yorum veya tamamlama hakkındaki hakem kararının taraflara tebliğ edilmesinden itibaren otuz günlük süre içerisinde iptal davasının açılması gerekir*”<sup>76</sup>. Kanaatimizce, bu durum, MTK m.15/A’nın açık düzenlemesinin yanı sıra, MTK m.14/B’deki “*düzeltilme, yorum ve tamamlama kararları (...)* hakem kararının bir parçasını oluşturur” hükmünün sonucudur. Tamamlama kararı neticesinde belki de iptal davası açma sebepleri ortadan kalkacaktır. İptal davası açılması için tamamlama kararının beklenmesinde sadece tarafların menfaatleri değil, aynı zamanda bir iptal davası açılmasına gerek kalmaması ihtimali sebebiyle mahkemelere ilâve iş yükü doğurulmaması açısından kamu menfaati de söz konusudur.

74 Aynı şekilde bkz. Pekcantez/Yeşilirmak (n 21) 2739.

75 Bilgin Tiryakioğlu/Aslı Bayata Canyaş, “Chapter 7: Challenges to Arbitral Awards”, in Ali Yesilirmak and Ismail G. Esin (eds), *Arbitration in Turkey* (Kluwer Law International 2015) 185.

76 Akıncı (n 7) 259 ve 250: “*Böyle bir durumda, hakem kararına karşı iptal davası açma süresinin, hakem veya hakem kurulunun, düzeltme veya yorumlama kararı verdiği andan itibaren yeniden başlaması gerekecektir*”. Aynı yönde, Kalpsüz, *Tahkim* (n 19) 149 ve ayrıca 124; Kalafatoğlu, *İptal davası* (n 37) 19; Tuna (n 72) 77; Özbay/Erdem (n 11) 64.

MTK m.15'te yer alan iptal davası açma süresi hakkındaki düzenlemede UNCITRAL Model Kanunu m.34/3 örnek alınmıştır. Yukarıda belirttiğimiz üzere İsviçre MÖHUK'unda hakem kararına karşı yorum, düzeltme veya tamamlama kararı talebine ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. UNCITRAL Model Kanunu m.34, Model Kanun'da 2006 yılında yapılan çalışmalarda değişikliğe uğramamış maddelerden bir tanesidir. Model Kanun hükmüne göre, hakem kararına karşı iptal davası açma süresi, hakem kararının ilgili tarafa ulaşmasından itibaren veya Model Kanun m.33 uyarınca düzeltme, yorum veya tamamlama kararı talebinin sonlandırılmasından itibaren üç aydır<sup>77</sup>. Böylelikle, taraflardan birinin süresi içerisinde düzeltme, yorum veya tamamlama kararları talep etmesi halinde, iptal davası açma süresi hakem heyetinin düzeltme, yorum ve tamamlama kararını vermesinden itibaren başlayacaktır<sup>78</sup>.

Esasen, Model Kanun'un müzakereleri aşamasında, iptal davası açılması süresinin, düzeltme, yorum veya tamamlama talebi hakkında verilen kararın bildiriminden itibaren işlemeye başlaması hususu bazı fikir ayrılıklarına konu olmuştur. Bir görüş, bu düzenlemenin tarafların iptal davasını geciktirmeye yönelik davranışlarda bulunmalarına olanak sağlayacağını ve bu durumun iptal davasının hızlı bir şekilde görülmesi ihtiyacını olumsuz etkileyeceğini savunmuştur. UNCITRAL Çalışma Grubu'nun raporunda kabul edilen görüş ise, madde 34'te süreye ilişkin getirilen bu düzenlemenin taraflara tanınan düzeltme, yorum veya tamamlama kararı talep edebilme hakkının mantıklı bir sonucu olduğu ve bu sebeple korunması gerektiği yönündedir. Ayrıca, madde 33'teki sınırlı süreler iptal davasının geciktirilme riskini minimuma indirecek ve madde 34/3 uyarınca iptal davası açma süresinin uzatılmasında esas alınacaktır<sup>79</sup>.

HMK'da iptal davası açma süresinin MTK düzenlenmesine paralel olarak düzenlendiği görülmektedir. HMK m.439/4'te, MTK m.15 hükmünde olduğu gibi iptal davasının bir ay içinde (otuz gün yerine) açılacağı ve bu sürenin hakem kararının veya tavzih, düzeltme ya da tamamlama kararının taraflara bildirildiği tarihten itibaren işlemeye başlayacağı hükmüne bağlanmıştır. Doktrinde de aynı açıklamalar yer almaktadır<sup>80</sup>. Aynı şekilde, Yargıtay'ın 2016 tarihli bir kararında “*öncelikle*

77 UNCITRAL Model Kanun m.34/3. Model Kanun hakkında genel bir değerlendirme için: Armağan Ebru Bozkurt Yüksel, “UNCITRAL ve UNCITRAL Model Kanunu'na Genel Bir Bakış” (2011) TAAD C.2 Y.2 S.4 161.

78 Peter Binder, *International Commercial Arbitration and Conciliation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions* (Sweet & Maxwell 2005) 276; Redfern/Hunter (n 16) 572. Taraflardan birinin m.33 uyarınca düzeltme, yorum veya tamamlama kararı talep etmeleri halinde bu talepler hakkında geçecek zamanın iptal davası açma süresi açısından da dikkate alınması gerektiği hakkında: UNCITRAL Fourth Working Group Report A/CN.9/245 (22 Eylül 1983), para.121. Ayrıca bkz.: Howard M. Holtzmann/Joseph E. Neuhaus, *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary* (Kluwer Law International 1989) 896. Ayrıca, bkz.: Aygün (n 72) 671.

79 UNCITRAL Fifth Working Group Report A/CN.9/246 (6 Mart 1984), para. 138. Ayrıca bkz.: Holtzmann/Neuhaus (n 78) 949.

80 HMK m.439/4. Özbay/Erdem (n 11) 64: “*Bu hükmün anlamı özellikle hakem kararına karşı iptal davası açılmasına ilişkin sürenin başlangıcı bakımından önem taşımaktadır. Nitekim HMK m.439/4 hükmünde hakem kararlarına karşı iptal davasının, bir ay içinde açılacağı ve bu sürenin, hakem kararının veya tavzih, düzeltme ya da tamamlama kararının taraflara bildirildiği tarihten itibaren işlemeye başlayacağı belirtilmiştir. Şu halde bu hükmün yukarıda belirtilen düzeltme, tavzih ve tamamlama kararlarında olduğu gibi, hakem kararının bir parçasını oluşturmasının doğal bir sonucudur*”. Aynı yönde bkz. Arslan/Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz (n 52) 795; Özbay/Korucu (n 12) 223; Pekcanitez/Yeşilirmak (n 21) 2739; Karadağ (n 45) 216.



*davacının tavzih talebinin hakem heyetince usulüne uygun olarak değerlendirilip, karara bağlandıktan sonra kararın davacıya tebliğ edilmesi, tebliğden itibaren de 1 aylık hak düşürücü süre içerisinde dava yoluna gidilmesi gerektiği” belirtilmiştir<sup>81</sup>.*

MTK’daki açık düzenlemenin iptal davası açma süresi açısından etkilerini vurgulamak ve karşılaştırma yapmak adına tamamlama kararları açısından İsviçre ve Fransız hukuklarını incelemek faydalı olacaktır. İsviçre hukukunda tamamlama kararının nihai hakem kararından bağımsız olduğu kabul edilmektedir. Bu sebeple, nihai hakem kararının iptali, doğrudan tamamlama kararının iptali sonucunu doğurmaz<sup>82</sup>. İsviçre MÖHUK’unda MTK’da yer alan süreye ilişkin açık düzenlemenin olmaması sebebiyle, İsviçre Federal Mahkemesi içtihadında da kabul edildiği üzere, tamamlama kararı iptal davası açma süresini durdurmaz<sup>83</sup>. Bu sebeple, İsviçre’de verilen bir hakem kararı sonrasında tamamlama kararı talep edecek tarafların, hak düşürücü süre engeline takılmamak için, aynı anda ve süresi içerisinde iptal davası açmaları tavsiye edilmektedir<sup>84</sup>. Aynı durumun Fransız hukuku açısından da geçerli olduğu savunulmaktadır<sup>85</sup>.

## **2. Aynı Anda Hem Düzeltme, Yorum veya Tamamlama Kararı Talebinde Bulunulması Hem De Hakem Kararına Karşı İptal Davası Açılması**

Düzeltme, yorum ve tamamlama kararlarının iptal davası açma süresi açısından etkileri kapsamında, nihai hakem kararının tebliği sonrasında taraflardan birinin düzeltme, yorum veya tamamlama kararı talep etmesi diğer tarafın da hakem karara karşı iptal davası açması durumu incelenmelidir. MTK m.15/A düzenlemesi ve düzeltme, yorum ve tamamlama kararlarının niteliği dikkate alındığında, hakem kararı taraflara tebliğ edildikten sonra süresi içerisinde düzeltme, yorum veya tamamlama kararı talep edilmesinin ve bu talepler hakkında karar verildikten sonra bu taleplere ilişkin kararlarla birlikte hakem kararına karşı tek bir iptal davası açılmasının ideal olan durum olduğu söylenebilir. Ancak, tarafların hangi süre içerisinde harekete geçtiklerine bağlı olarak, aynı anda hem düzeltme, yorum veya tamamlama talepleri hakemlerin önünde gelebilir hem de hakem kararına karşı iptal davası açılabilir. Bu durumun üç farklı şekilde gerçekleşebileceği kanaatindeyiz. Somut bir örnekten hareket edersek, 22 Ekim 2019 tarihinde nihai hakem kararının taraflara tebliğ edildiğini varsayalım. Bu hakem kararı ile ilgili olarak, 30 Ekim 2019 tarihinde, taraflardan biri iptal davası açabilir ve diğer taraf ise düzeltme talebinde bulunabilir. İkinci olasılık, 30 Ekim 2019 tarihinde iptal davasının açılması ve 4 Kasım 2019 tarihinde ise düzeltme talebinde bulunulmasıdır. Üçüncü olasılık ise, 30 Ekim tarihinde düzeltme talebinin sunulması ve

81 Y. 11. HD, 18.10.2016, E. 2016/11166, K. 2016/8221 <www.lexpera.com> Erişim Tarihi 26.06.2019.

82 Marquais (n 12) 788.

83 İsviçre Federal Mahkemesi, 12 Ocak 2005, ATF 131 III 164 <www.bger.ch> Erişim Tarihi 26.06.2019 Marquais (n 12) 788.

84 Marquais (n 12) 789.

85 Marquais (n 12) 794.

bu talep hakkında henüz karar verilmeden 4 Kasım tarihinde iptal davasının açılmasıdır. Bu üç farklı örnek açısından iptal davasının açıldığı mahkemenin ne şekilde hareket etmesi gerektiği sorgulanmalıdır.

Yargıtay'ın 08 Mart 2012 tarihinde vermiş olduğu bir kararda MTK kapsamındaki bir tahkimde, hakemlere sunulan düzeltme talebi hakkında karar verilmeden açılan iptal davası hakkında önemli hususlar yer almaktadır. Kararda yer alan sınırlı açıklamalar ışığında somut olay hakkında şu bilgilere ulaşılmaktadır: 05 Eylül 2007 tarihli ve 11 Ekim 2007 tarihinde taraflara tebliğ edilen hakem kararına karşı, süresi içerisinde davacı tarafından önce düzeltme talebinde bulunulmuş ve 08 Kasım 2007'de hakem kararına karşı iptal davası açılmıştır. Düzeltme kararı 21 Nisan 2008 tarihinde tebliğ edilmiştir. İlk derece mahkemesince, iptal davası, düzeltme talebine ilişkin karar beklenmeden açıldığı gerekçesiyle 04 Aralık 2008 tarihinde reddedilmiştir. İlk derece mahkemesinin bu kararı Yargıtay tarafından 28 Haziran 2010 tarihinde onanmıştır. Ancak, kararda verilen sınırlı bilgiler ışığında, ilk derece mahkemesinin iptal davasının reddi kararından sonra ve Yargıtay'ın bu kararı onama kararından önce, 31 Aralık 2008 tarihinde bir başka iptal davası açıldığı tahmin edilmektedir. Bu dava, ilk derece mahkemesince düzeltme kararının tebliğinden itibaren otuz günlük sürede açılmadığından reddedilmiştir. Yargıtay ise bu kararı bozma kararında, *“düzeltme talebinde bulunulduğu takdirde dava açılmayacağına ilişkin açıkça yasak konmadığı hususu da dikkate alındığında, davacıdan, derdest dava varken zeyilnamenin tebliğinden sonra yeni bir dava açmasını beklemek Kanununun amacına aykırı olduğu gibi usul ekonomisine de aykırıdır. Bu nedenle eldeki davanın süresinde olduğunun kabulü ile işin esasına girilip sonucuna göre karar verilmesi gerekirken süresinde olmadığına kabulü doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir”* sonucuna varmıştır<sup>86</sup>.

Yargıtay 2016 yılında HMK tahkimi açısından vermiş olduğu bir diğer kararda ise, ilk derece mahkemesinin, hakemlerden tavzih kararı talep edilmesine rağmen bu karar alınmadan aynı konuda iptal davası açılması durumunda erken açılan iptal davasının reddi yönünde verilen kararını onamıştır. Kararda şu ifadeler yer almaktadır: *“(…) öncelikle davacının tavzih talebinin hakem heyetince usulüne uygun olarak değerlendirilip, karara bağlandıktan sonra kararın davacıya tebliğ edilmesi, tebliğden itibaren de 1 aylık hak düşürücü süre içerisinde dava yoluna gidilmesi gerektiği halde davacının tavzih talebinin hakem heyetince usulüne uygun olarak karara bağlanıp, kararın tebliği yapılmadan aynı konuda iptal davası açıldığı, bu aşamada iptal davasının görülmesinin söz konusu olamayacağı gerekçesiyle, erken açılan davanın reddine karar verilmiştir”*<sup>87</sup>.

Kanaatimizce, MTK m.14/B ve 15 düzenlemeleri uyarınca, süresi içerisinde hakem kararına hakkında bir düzeltme, yorum veya tamamlama kararı istenmişse, hakem

86 Y. 15. HD, 08.03.2012, E. 2011/5713, K. 2012/1423 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 26.06.2019.

87 Y. 11. HD, 18.10.2016, E. 2016/11166, K. 2016/8221 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 26.06.2019.

kararına ve onun bir parçasını oluşturan bu kararlara karşı tek bir iptal davası açılması gerekir. Ancak, yukarıda belirtmiş olduğumuz örnekleri kapsayacak şekilde, bu ideal senaryodan uzaklaşıldığında ve henüz düzeltme, yorum veya tamamlama talepleri karara bağlanmadan nihai hakem kararına karşı iptal davası açılması durumunda mahkemenin bu durumu bekletici mesele yapması yerinde bir çözüm olacaktır. Bir başka ifade ile, söz konusu iptal davalarının “*erken açılan*” iptal davası olarak değerlendirilip reddedilmesi yerinde bir çözüm olmayacaktır. MTK’da bekletici mesele açısından bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumda, MTK m.17/1’den hareketle HMK’daki bekletici mesele hakkında düzenlemeye gidilmelidir. HMK m.165/1 uyarınca “*Bir davada hüküm verilebilmesi, başka bir davaya, idari makamın tespitine yahut dava konusuyla ilgili bir hukuki ilişkinin mevcut olup olmadığına kısmen veya tamamen bağlı ise mahkemeye o davanın sonuçlanmasına veya idari makamın kararına kadar yargılama bekletilebilir*”. Her ne kadar bu maddede “*başka bir dava*”dan bahsedilse de, bir tahkim yargılamasının da mahkeme önünde bekletici mesele yapılabileceği kabul edilmektedir<sup>88</sup>. Belirttiğimiz gibi, düzeltme, yorum ve tamamlama kararları talep edildiğinde hakemler hala görevlerinin başındadır, bu talepler hakkında verecekleri karar uyumsuzluğun esası hakkında verilmiş nihai hakem kararının bir parçası olacak ve bu nihai hakem kararına karşı iptal davası açılacaktır. Özellikle, tamamlama kararı örneğinden hareket edersek, hakemlerin tamamlama kararını vermeleri ile birlikte iptal davası açılmasına veya bu davanın görülmesine gerek dahi kalmayabilir. Bekletici mesele çözümünün benimsenmesi durumunda ise, erken açılan iptal davasının önce reddedilip, düzeltme, yorum veya tamamlama kararından sonra yeni bir iptal davası açılmasının yaratacağı gecikme ve masraflar gibi olumsuzluklar engellenebilir. Böylelikle, usul ekonomisine hizmet edilmiş olacaktır. Bu sebeplerle, mahkemenin, hakemlerden düzeltme, yorum ve tamamlama kararları istenmesini durumunu iptal davası açısından bekletici mesele yapmaları yerinde bir çözüm olacaktır<sup>89</sup>. Bu taleplerin sonuca bağlanması açısından kanunda kısa sürelerin öngörölmüş olması sebebiyle de iptal davasının öngörölemeyen bir süre ile geciktirilmesi söz konusu olmayacaktır.

88 Hakan Pekcantez/Muhammet Özkes, Pekcantez Usul Medeni Usul Hukuku (On İki Levha 2017) 1405.

89 İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi (BAM), ICC Tahkim Kuralları uyarınca verilmiş yabancı bir hakem kararının tenfizi açısından şu yönde bir karar vermiştir: “*Somut olayda; tenfiz istenilen hakem kararı kesin olup karara karşı bir üst tahkim mercii veya kanun yolu bulunmamaktadır. Ancak, davalı taraflarca dava konusu hakem kararının infaza elverişli olmadığından bahisle düzeltme ve açıklama talepli başvuru yapıldığına ilişkin beyanda bulunulmuştur. New York Konvansiyonu’nun VI. maddesi uyarınca, bir hakem kararı hakkında hem iptal davası hem de tenfiz davası açılmışsa, tenfiz hakimi karar vermek için tahkim yeri ülkesinde iptal davasının sonuçlanmasını bekleyebilirse de bu yönde karar verip vermemek, tenfiz hakiminin takdirindedir. (...) Konvansiyon’un VI. maddesi uyarınca, hakem kararı hakkında açılmış bir iptal davası dahi tenfize engel değilken, davalıların istinaf dilekçelerinde dile getirmiş oldukları açıklama talepli başvurunun, tenfiz davası açısından bekletici mesele yapılması gerektiğine yönelik istinaf talebi yerinde değildir*”, İstanbul BAM, 14. HD, 11.10.2018, E. 2018/130, K. 2018/1042. Kanaatimizce, New York Konvansiyonu m.VI, sadece hakem kararının tenfizini geciktirme amacıyla açılan ve ne zaman sonuçlanacağı öngörölemeyen iptal davalarının yaratacağı olumsuzlukları önlemek adına tenfiz mahkemelerine takdir yetkisi sunan bir mekanizmadır. Bu düzenleme ile yorum kararları arasında bir paralellik kurulmasının doğru olmadığı kanaatindeyiz. Düzeltme, yorum ve tamamlama kararlarında süreç mahkemeler önünde değil hakemler önünde devam etmektedir. Verilecek karar nihai hakem kararının bir parçası olacaktır. Ayrıca, yorumlama talebi hakem kararında yer alan birbiriyle çelişen kısımların açıklanması ve kararın icrasına ilişkin tereddütlerin giderilmesine ilişkindir. Bu sebeplerle, bu durumun tenfiz davası açısından bekletici mesele yapılması daha yerinde bir çözüm olurdu.

### 3. Hakemlerin Düzeltme, Yorum ve Tamamlama Kararının Kapsamını ve/veya Süresini Aşmalarının İptal Davası Açma Süresi Açısından Sonuçları

MTK m.15/A uyarınca, nihai hakem kararının tebliğinden sonra tarafların hakem heyetinden düzeltme, yorum veya tamamlama kararı talep etmeleri halinde iptal davası açma süresi bu talepler hakkında verilen kararın tebliğinden itibaren işlemeye başlayacaktır. Bunun için ise hakemlerin MTK m.14'deki şartlara uygun olarak düzeltme, yorum veya tamamlama kararlarını vermeleri gerekir. Yukarıda belirttiğimiz gibi, düzeltme, yorum veya tamamlama kararları nihai hakem kararının bir parçasını oluşturacak ve ancak nihai hakem kararı ile birlikte iptali talep edilebilecektir.

Ancak, kendilerinden düzeltme, yorum veya tamamlama kararı talep edilen hakemlerin bu talepler hakkında verdikleri kararda MTK'da belirlenen kapsamı (örneğin, tahkim yargılaması sırasında ileri sürülmemiş bir konuda tamamlama kararı verilmesi) ve/veya süreyi (örneğin, yorum kararının istem tarihinden itibaren otuz gün yerine doksan gün içinde verilmesi) aşmaları durumunun iptal davası açma süresi açısından sonuçları ne olacaktır? Aslına bakılırsa, bu sorumuzun çıkış noktası Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 19 Ekim 2017 tarihli E.2017/1992 ve K.2017/5518 numaralı kararıdır<sup>90</sup>. Aşağıda detaylı olarak incelenecek bu kararda HMK'ya tabi bir tahkim yargılamasında nihai hakem kararı sonrasında hakem heyetince verilen bir “*ek kararın*” iptal davası açma süresi açısından etkisi karara bağlanmıştır. Çalışmamızın bu bölümünde, bu karardan hareketle, düzeltme, yorum ve tamamlama kararları açısından dört farklı olasılık dikkate alınarak hakemlerin düzeltme, yorum ve tamamlama kararlarının kapsamını ve/veya süresini aşmalarının iptal davası açma süresi açısından sonuçları değerlendirilecektir. Her ne kadar süre ve/veya kapsam aşımı düzeltme, yorum ve tamamlama kararlarının her biri açısından gerçekleşebilecekse de anlatım kolaylığı açısından tamamlama kararı örneğinden hareketle incelememizi gerçekleştireceğiz.

İlk olasılık, hakemlerin herhangi bir kapsam aşımı yapmadan, bir başka ifade ile “*yargılama sırasında ileri sürülmüş olmasına rağmen karara bağlanmamış*” bir konuda ve süresi içerisinde tamamlama kararını vermiş olmalarıdır. Bu durumda, MTK açık düzenlemesi uyarınca, tamamlama kararını da kapsayacak şekilde iptal davası tamamlama kararının taraflara bildirildiği tarihten itibaren otuz gün içerisinde açılmalıdır.

İkinci olasılık, hakem heyetinin esas hakkında kararlarını verdikten sonra uyuşmazlık hakkında tamamlama kararının kapsamını ve süresini aşan bir karar vermiş olmaları durumudur. Bu olasılık ile bağlantılı olarak, yukarıda belirtmiş olduğumuz Yargıtay'ın 19 Ekim 2017 tarihli kararında somut olay hakkında verilen

90 Y. 11. HD, E. 2017/1992, K.2017/5518, T. 19.10.2017 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 26.06.2019.

sınırlı açıklamalar ışığında Şu bilgilere ulaşılmaktadır<sup>91</sup>: hakemler taraflar arasındaki uyuşmazlık hakkında kararlarını 10 Mart 2014 tarihinde vermiştir ve bu karar taraflara 1 Nisan 2014 tarihinde tebliğ edilmiştir. Sonrasında, taraflardan birinin hakemlere sunduğu “*itiraz dilekçesi*” olarak adlandırılan bir başvurusu üzerine, 2 Aralık 2014 tarihinde hakemlerin Yargıtay kararında “*ek karar*” olarak nitelendirilen bir karar verdikleri anlaşılmaktadır. İptal davası ise 18 Kasım 2015 tarihinde açılmıştır. Yargıtay bu kararında hakemler tarafından verilen kararın niteliğini değerlendirmiştir. Hakemler tarafından verilen “*ek kararın*” içeriğinin incelenmesi neticesinde, bu kararın tahkim yargılaması sırasında ileri sürülmüş olmasına rağmen karara bağlanmamış konulara ilişkin bulunmadığı ve dolayısıyla tamamlama kararı niteliğinde olmadığı sonucuna varılmıştır. Bu sebeple, Yargıtay’a göre, söz konusu “*ek kararın*”, 10 Mart 2014 tarihli hakem kararının iptali için açılacak dava süresine bir etkisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla, 10 Mart 2014 tarihli hakem kararına karşı iptal davası, bu kararının tebliğinden itibaren bir aylık sürede açılmadığı için iptal davasının reddine karar verilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

Bir başka ifade ile, Yargıtay, hakemler tarafından verilen “*ek kararın*” tamamlama kararı niteliğinde olmaması sebebiyle 10 Mart 2014 tarihli hakem kararının iptali için açılacak iptal davasının süresine bir etkisi olmadığı ve davacının doğrudan iptal davası açmak yerine “*ek kararın*” verilmesini beklediği anlaşıldığından iptal davasının hak dūřürücü süre içerisinde açılmamış olduğu sonucuna varmıştır. Bu durumda, Yargıtay’ın yaklaşımı iptal davası açma süresinin nihai hakem kararının tebliği tarihine kadar geri gidilerek bu tarihten itibaren işletilmesi olmuştur.

Kanaatimizce, Yargıtay’ın vermiş olduğu bu karar, iki açıdan değerlendirilmelidir. Bunlardan ilki, “*ek karara*” karşı açılacak iptal davasına ilişkindir. Somut olayda, 2 Aralık 2014 tarihinde “*ek kararın*” verildiği, ancak bu kararın iptal davasının davacılarına tebliğ edilmediği, iptal davasının ise 18 Kasım 2015 tarihinde açıldığı anlaşılmaktadır. Yargıtay’ın yaptığı incelemede söz konusu “*ek kararı*” bir tamamlama kararı olarak nitelendirmediği ortadadır. Söz konusu karar eğer bir tamamlama kararı niteliğinde değilse, bu kararı taraflar arasındaki uyuşmazlık hakkında ayrı, ek veya ikinci bir karar olarak nitelendirmek gerekir. Bu niteliği haiz karara karşı ayrı bir

91 Y. 11. HD, E. 2017/1992, K.2017/5518, T. 19.10.2017<www.kazanci.com> Eriřim Tarihi 26.06.2019): “*Somut olayda, 10/03/2014 tarihli hakem kararı taraflara 01/04/2014 tarihinde tebliğ edilmiş, ... tarafından hakeme verilen itiraz dilekçesi üzerine 02/12/2014 tarihli ek karar verilmiş, iřbu ek karar eldeki davanın davacılarına tebliğ edilmemiştir. Bahsi geçen ek karar incelendiğinde, bir kısım dosyalar ile vergi incelemelerinin akabetinin bildirilmesi, kıymet takdiri için keşif yapılması gibi ara kararlar verildiği, bu ara kararlar yerine getirilip bir hüküm verinceye kadar 10/03/2014 tarihli kararın infazının durdurulmasına, şirketin satışı için ...’e satış yetkisi verilmesine, sair itirazların ise reddine karar verildiği anlaşılmaktadır. Hakem tarafından verilen ek karar yargılama sırasında ileri sürülmüş olmasına rağmen karara bağlanmamış konulara dair bulunmamakta, ilk hakem kararının infazının durdurulmasına, bir kısım eksikliklerin giderilerek yeniden araştırma ve hakem yargılaması yapılmasına yönelik kararlar içerdiğinden HMK’nın 437. maddesinin 4. bendinde yer alan tamamlayıcı hakem kararı niteliğinde değildir. Dolayısıyla 10/03/2014 tarihli hakem kararının iptali için açılacak dava süresine bir etkisi bulunmamaktadır. HMK’nın 439/4. maddesi uyarınca 10/03/2014 tarihli hakem kararının iptali davasının adı geçen kararın tebliğinden itibaren 1 ay içerisinde açılması gerekmekte olup, davacılar iřbu hakem kararının 01/04/2014 tarihine tebliğ edilmesine rağmen iptal davasının 1 aylık süreden sonra 18/11/2015 tarihinde açıldığı, yani hak dūřürücü sürede açılmadığı, davanın bu sebeple reddine karar verilmesi gerektiği anlaşılmaktadır”.*

iptal davası açabilme yolu kapatılmamalıdır. Bir başka ifade ile, süresi içerisinde bu karara karşı iptal davası açılabilir. Sadece “*ek karar*” ilişkin olarak açılacak bu iptal davasında ise, davacı tarafın MTK m.15/A’da sayılan iptal sebeplerinden özellikle hakemlerin yetkisizliğine, hakemlerin yetkilerini aşmalarına veya tahkim yargılamasının yetkili usul kurallarına uygun olarak yürütülmediğine ilişkin iptal sebeplerini ileri sürmesi düşünülebilir.

İkinci olarak, kanaatimizce, Yargıtay’ın bu kararı, hakem kararına karşı (somut olayda 10 Mart 2014 tarihli ilk hakem kararı) iptal davasına başvurmak isteyen taraflar açısından son derece sakıncalı bir durum oluşturma riskini doğurmaktadır. Yargıtay görüşü doğrultusunda, hakemlerin verdikleri karar bir “*ek karar*” olduğundan, uyuşmazlığın esası hakkında verilmiş ilk kararın iptali için açılacak dava süresine bir etkisi bulunmamaktadır. Kanaatimizce, böyle bir durumda benimsenecek çözüm, Yargıtay kararının aksine, iptal davası açma süresini nihai hakem kararının tebliğinden itibaren başlatmak olmamalıdır.

Yukarıda belirtildiği gibi, HMK m.439/4’ün süreye ilişkin düzenlemesi ve HMK m.437/5 uyarınca düzeltme, tavzih ve tamamlama kararlarının nihai hakem kararının bir parçası olduğu düşünülürse, iptal davası açma süresinin MTK’da olduğu gibi tamamlama kararının taraflara bildirimden itibaren işlemeye başlaması son derece doğaldır. Aksi bir yorumun kabulü, nihai hakem kararının tebliğinden itibaren süresi içinde bir iptal davası açılmasını, aynı anda hakemlerden tamamlama kararı talep edilmesini ve sonrasında gerekirse tamamlama kararı hakkında ayrı bir iptal davası açılmasını gerektirir.

Peki, dava konusu olayda olduğu gibi, hakemlerin uyuşmazlık hakkında verdikleri nihai karardan sonra tamamlama kararının kapsamını ve süresini aşan bir karar vermeleri halinde ne olacaktır? Hakem heyetinin nihai kararını verdikten sonra, taraflardan birinin “*itiraz dilekçesi*” üzerine ilgili “*ek kararı*” verdiği anlaşılmaktadır. Bu noktada, taraflarca sunulan bu dilekçenin ne şekilde adlandırıldığının önemli olmadığı kabul edilmelidir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, uyuşmazlık hakkında nihai kararın verilmesi ile birlikte hakem heyetinin yetkisi sona erecektir. Bu aşamadan sonra taraflar hakem heyetinden ancak düzeltme, yorum veya tamamlama kararı talep edebilirler. Bu sebeple, “*itiraz dilekçesi*” açısından hakemlerin yapacağı inceleme bunun bir tamamlama talebi olup olmadığına ilişkin olmalıdır. Somut olayı özellikle uyuşmazlığın tarafları açısından değerlendirirsek, nihai hakem kararı sonrasında hakem heyetine ilave bir talep sunulması durumunda, karşı taraf bu talebin tamamlama kararı kapsamını aştığı itirazını ileri sürebilir. Ayrıca, her ne kadar ilgili tarafın talebi ilk bakışta tamamlama kararı kapsamını aşmayan bir talep olarak gözükse de hakem heyetinin bu talep hakkında kararını verirken tamamlama kararının kapsamını aşması da söz konusu olabilir. Ancak, henüz bu aşamada, taraflar bu talebin hakem

heyetince kısmen veya tamamen haklı bir tamamlama kararı talebi olarak kabul edilip edilmeyeceğini, edilirse verilecek kararın kapsamının ne olacağını ve bu talebe ilişkin kararın ne zaman verileceğini kesin bir şekilde öngörmeleri mümkün değildir. Fakat, taraflar HMK m.437/4 uyarınca tamamlama kararlarının kapsamının ne olması gerektiği (“*yargılama sırasında ileri sürölmüş olmasına rağmen karara bağlanmamış konular*”) ve bu talebe ilişkin kararın en geç hangi süre içerisinde verileceği bilgisine sahiptirler.

Bir başka ifade ile, uyuşmazlık hakkında nihai karar verildikten sonra hakemlere ilave bir talep sunulduğunda, hakemlerin bu talebi kabul edip etmeyecekleri, bu talebi haklı bir tamamlama kararı talebi olarak değerlendirmeleri halinde tamamlama kararının kapsamının aşılması ihtimali ve olası süre aşımı talep anında taraflarca kesin bir şekilde öngörülemez. Ayrıca, taraflardan birinin böyle bir talep sunması halinde taraflardan kanundaki düzenlemenin aksine nihai kararın tebliğinden itibaren bir ay içinde iptal davası amaları ve sonradan, tamamlama kararının kapsamını aşan ve “*ek karar*” olarak nitelendirilen karar hakkında ayrı bir iptal davası amaları beklenmemelidir. Çünkü bu sırada hakemlerin bu talep hakkında kararları beklenmektedir ve belki de bu karar neticesinde iptal davası açma sebepleri ortadan kalkacaktır. Ancak, Yargıtay kararında kabul edilen çözüme göre, “*ek kararın*” esas hakkında verilen ilk karara karşı iptal davası açma süresine bir etkisi bulunmayacaktır ve ilk karara karşı iptal davası açma süresi yine bu kararın tebliğinden itibaren işletilmektedir. Bu aşamada, taraflar hakem heyetine sunulan talep hakkında kararı beklediklerinden, esas hakkında verilen karara karşı iptal davası açma süresini geçirecekler ve bu karara karşı artık iptal davası aamayacaklardır. Kanaatimizce, taraflardan, hakemlerin tamamlama kararını süresi içinde vermemeleri veya kapsamını aşmaları riskini öngörmelerini beklemek ve bir güvence olarak nihai hakem kararının tebliğinden itibaren bir ay içinde iptal davası açmalarını beklemek etkin bir çözüm olmayacağı gibi olası gecikme ve kapsam aşımı açısından tüm sorumluluğu taraflara yüklemek anlamına gelecektir.

Yukarıda yaptığımız açıklamalar ışığında, uygulama açısından hakkaniyetli bir çözüm olarak, nihai hakem kararı verildikten sonra hakemlerden ilave bir karar talep edilmesi durumunda, bir yandan tamamlama kararının verilmesi için kanunda öngörölen azami süre sonunda iptal davası açılması için hazırlıkların yapılması, tamamlama kararı kapsamını aşan taleplerin söz konusu olduğu anlaşılıyorsa bu yönde itirazların hakem heyetine sunulması, tamamlama kararı verilmesi gereken sürenin sonuna yaklaşılırken hakemlerle ve kurumsal bir tahkim söz konusu ise tahkim kurumu ile iletişime geçilip herhangi bir hak kaybının önlenmesi sağlanabilir. Kural olarak, hakem heyeti ve tahkim kurumu tamamlama kararının kapsamının açılmaması ve bu kararın süresi içinde verilmesi için azami özeni gösterecektir. şayet, kanunda öngörölen süre sonunda bu talebe ilişkin karar verilmemişse, taraflardan nihai hakem kararına karşı iptal davalarını kanunda tamamlama kararının verilmesi için öngörölen

azami sürenin sonundan itibaren bir ay içinde açmalarını beklemek makul bir çözüm olacaktır.

Üçüncü olasılık taraflarca hakem heyetine sunulan tamamlama kararı talebi sonrasında hakemlerin tamamlama kararı için öngörülen süre içerisinde bir karar vermeleri ancak tamamlama kararının kapsamını aşmalarıdır. Örneğin, hakemler otuz gün içerisinde tahkim yargılaması sırasında ileri sürülmemiş bir konu hakkında karar verebilirler. Bu durumda, taraflar söz konusu kararın bildirimden itibaren otuz gün içerisinde esas kararı da kapsayacak şekilde iptal davası açabilirler. Bu davada, davacının esas karara karşı ileri sürebileceği iptal sebepleri haricinde ilgili “*ek karar*” açısından farklı iptal sebeplerine de dayanması mümkün olacaktır. Davacının MTK m.15/A’da sayılan iptal sebeplerinden özellikle hakemlerin yetkisizliği, yetkilerini aşmaları ve tahkim yargılamasının yetkili usul kurallarına uygun olarak yürütülmediğine ilişkin iptal sebeplerini ileri sürmesi düşünülebilir.

Son olasılık ise hakemlerin tamamlama kararlarının kapsamına uygun olarak ancak MTK’da belirtilen süreyi aşarak tamamlama kararı vermeleridir. Bu durumda, yukarıda yapmış olduğumuz açıklamalara uygun olarak, tamamlama kararı için öngörülen sürenin aşılması sebebiyle söz konusu tamamlama kararına karşı, bu kararın tebliğinden itibaren süresi içerisinde ve yukarıda belirtilen iptal sebeplerine dayanarak ayrı bir iptal davası açılabilir. Ancak, bu durumda açılacak iptal davası sadece tamamlama kararına yönelik olacaktır. Esas karar hakkında iptal davasının ise, yukarıda yapmış olduğumuz açıklamalar uyarınca, MTK’da tamamlama kararlarının verilmesi için öngörülen azami sürenin sonundan itibaren otuz gün içerisinde açılmasının yerinde bir çözüm olacağı kanaatindeyiz.

#### D. Sonuç

MTK m.13/B’de açıkça belirtildiği üzere tahkim yargılaması, kural olarak, nihai hakem kararının verilmesi ile sona erer. Bu aşamadan sonra hakemlerin yetkileri sona erecektir ve verdikleri kararı değiştirmeleri veya uyuşmazlık hakkında ilâve bir işlem yapmaları mümkün değildir. Ancak, MTK m.14/B, HMK m.437, yabancı hukuklar ve kurumsal tahkim kurallarında hakemlere nihai karar sonrasında düzeltme, yorum ve tamamlama kararları verme yetkisi tanınmıştır. Hakemlere tanınan bu sınırlı yetki *functus officio* doktrinine bir istisna teşkil eder. MTK’da hakemlere tanınan bu sınırlı yetki, kararda yer alan hukuki hataların düzeltilmesine veya kararın esasının değiştirilmesine olanak vermez. Tarafların bu yönde talepleri reddedilmelidir. Genel itibarıyla, bu yetkinin amacı kararda yer alan şekli hataların düzeltilmesi, metindeki ciddi belirsizliklerin açıklanması ve eksik bırakılan taleplerin hükme bağlanmasıdır. Böylelikle, hakem kararının kolaylıkla icra edilebilmesi sağlanacak, iptal edilmesi ve taraflar arasında ilâve uyuşmazlıkların çıkması önlenecektir. MTK’da öngörülen bu



imkân tahkimin etkinliğini arttırmakta ve tarafların uyuşmazlığın bütünü hakkında nihai ve icra edilebilir bir karar elde etme menfaatlerine hizmet etmektedir.

Hakemlerin bu sınırlı yetkisi düzeltme, yorum ve tamamlama kararları usulünde de kendini göstermektedir: kanunda bu taleplerin sunulması ve kararın verilmesi açısından sınırlı süreler öngörölmüştür. Tarafların savunma hakları da bu kararlara ilişkin taleplerin ve kararların taraflara tebliğ edileceğinin öngörölmesi suretiyle güvence altına alınmıştır. Ayrıca, MTK m.14/B’de açıkça öngöröldüğü üzere, düzeltme, yorum ve tamamlama kararları uyuşmazlığın esası hakkında verilmiş kararın bir parçasını oluşturur. Kararın bu niteliği hakem kararına karşı MTK’da öngörölmüş tek kanun yolu olan iptal davasının açılması süresinin hesaplanması açısından önemlidir.

MTK m.15/A uyarınca, düzeltme, yorum veya tamamlama kararı verilmesi durumunda iptal davasının bu kararın bildirilmesinden itibaren otuz gün içinde açılması gerekir. Bu durum kanundaki açık düzenlemenin ve söz konusu kararların nihai hakem kararının bir parçasını oluşturmasının sonucudur. Hakem kararı açısından aynı anda hem düzeltme, yorum veya tamamlama kararı talep edilmesi hem de hakem kararına karşı mahkemeler önünde iptal davası açılması durumunda ise, kanaatimizce, bu taleplerin iptal davası açısından bekletici mesele yapılması daha yerinde bir çözüm olacaktır.

Son olarak, çalışmamızda Yargıtay’ın 2017 yılında HMK uyarınca vermiş olduğu bir karardan hareketle ve özellikle tamamlama kararları örneği incelenerek, hakemlerin tamamlama kararının kapsamını ve/veya süresini aşmalarının nihai hakem kararına karşı açılacak iptal davası süresi açısından sonuçları incelenmiştir. Farklı olasılıklar göz önünde bulundurularak yapılan incelememizde, hakemlerin tamamlama kararı süresi içerisinde bu kararın kapsamını aşan bir karar verdiklerinde, hakem kararına karşı açılan iptal davasında bu “ek karar” açısından farklı iptal sebeplerinin ileri sürülebileceği sonucuna varılmıştır. Ancak, tamamlama kararı süresinde verilmemiş, tamamlama kararı kapsamına uyan veya bu kapsamı aşan kararlar açısından ise, söz konusu kararlara karşı süresi içerisinde ayrı bir iptal davası açılabilmesi gerekir. Bu iki olasılık açısından, uyuşmazlığın esası hakkındaki nihai karara karşı iptal davası açma süresinin, MTK’da tamamlama kararının verilmesi için öngörülen azami sürenin sonundan itibaren işleminin yerinde bir çözüm olacağı kanaatindeyiz. Aynı sonuç, düzeltme ve yorum kararları açısından da kabul edilmelidir.

---

**Hakem Değerlendirmesi:** Dış bağımsız.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

**Finansal Destek:** Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.

**Conflict of Interest:** The author has no conflict of interest to declare.

**Grant Support:** The author declared that this study has received no financial support.

---

## Bibliyografya/Bibliography

- Akıncı Z, *Milletlerarası Tahkim* (Vedat 2016).
- Arslan R, Yılmaz E, Taşpınar Ayvaz S, *Medeni Usul Hukuku* (Yetkin 2017).
- Aygün M, “Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakem Kararlarına Karşı İptal Yolu” (2007) *Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi* S.8-3 661.
- Bayata Canyaş A, *UNCITRAL Model Kanunu Temelinde Uluslararası Ticari Hakem Kararlarına Karşı Başvuru Yolu* (Adalet 2016).
- Binder P, *International Commercial Arbitration and Conciliation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions* (Sweet & Maxwell 2005).
- Blackaby N, Partasides C, Redfern A, Hunter M, *Redfern and Hunter on International Arbitration* (Oxford 2015).
- Born G B, *International Arbitration: Law and Practice* (Kluwer Law International 2012).
- Bozkurt Yüksel A E, “UNCITRAL ve UNCITRAL Model Kanunu’na Genel Bir Bakış” (2011) 2(4) TAAD 135.
- Daly B W, “Correction and Interpretation of Arbitral Awards under the ICC Rules of Arbitration” (2002) 13(1) *The ICC International Court of Arbitration Bulletin* 61.
- Deren-Yıldırım N, *UNCITRAL Model Kanunu ve Milletlerarası Tahkim Kanunu Çerçevesinde Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları* (Alkım 2004).
- Ekşi N, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Tahkim* (Beta 2019) (HMK Tahkim).
- “Milletlerarası Tahkim Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme” (2003) MHB Yıl 23 295 (MTK Değerlendirme).
- Erdem H E, *Milletlerarası Ticaret Hukuku* (On İki Levha 2017).
- Fouchard Ph, Gaillard E, Goldman B, *Traité de l’arbitrage commercial international* (Litec 1996).
- Hauser-Morel M, Heiner Nedden J, “Correction and Interpretation of Arbitral Awards and Additional Award” (2011) *Post-Award Issues – ASA Special Series No.38* 19.
- Holtzmann H M, Neuhaus J E, *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary* (Kluwer Law International 1989).
- ICC Note on Correction and Interpretation of Arbitral Awards, 31 March 2014.
- Kalafatoğlu M P, “Milletlerarası Tahkim Kanunu Uyarınca İptal Davası Açma Hakkından Feragat” (2018) 38(2) PPIL 339 (Feragat).
- *Le recours en annulation en matière d’arbitrage international en droit français et en droit turc*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi (Paris 2008) (İptal davası).
- Kalpsüz T, *Türkiye’de Milletlerarası Tahkim* (Yetkin 2010) (Tahkim).
- “Yeni Milletlerarası Tahkim Kanununun Değerlendirilmesi” (2001) *Milletlerarası Tahkim Semineri*, 107 (MTK’nın Değerlendirilmesi).
- Karadaş İ, *6100 Sayılı HMK’da Düzenlenen Ulusal (İç) Tahkim* (Adalet 2013).
- Kuru B, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı* (Legal 2017).
- Lew J D M, Mistelis L A, Kröll S M, *Comparative International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International 2003).
- Marquais O, “Les impacts de l’addendum de l’article 35 du règlement d’arbitrage de la CCI sur les délais du recours en annulation, en droit suisse, anglais et français” (2015) *Revue de l’arbitrage* 781.

- Moses M L, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration* (Cambridge 2012).
- Muşul T, *Medeni Usul Hukuku* (Yetkin 2012).
- Nomer E, Ekşi N, Öztekin Gelgel G, *Milletlerarası Tahkim Hukuku*, Cilt I (Beta 2013).
- Oppetit B, *Théorie de l'arbitrage* (PUF 1998).
- Özbay İ, Korucu Y, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Tahkim* (HMK m.407-444) (Adalet 2016).
- Özbay İ, Erdem M, “Hakem Kararlarının Tavzihi, Düzeltilmesi ve Tamamlanması (HMK m.437)” (2013) 1(2) Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 45.
- Pekcanitez H, Özekes M, *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku* (On İki Levha 2017).
- Pekcanitez H, Yeşilirmak A, *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku* (On İki Levha 2017).
- Pekcanitez H, “Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanununun Tahkime İlişkin Hükümleri” (2011) Milletlerarası Tahkim Semineri 63.
- Racine J-B, “Propos sur l'efficacité des sentences arbitrales en droit français après la réforme du 13 janvier 2011”, in *L'arbitrage et le juge étatique, Etudes de droit comparé à la mémoire de Guisepe Tarzia* (Bruylant 2014) 433.
- Rigozzi A, Kaufmann-Kohler G, “Correction and Interpretation of Awards in International Arbitrations held in Switzerland: Note on a Decision of the Swiss Federal Court (ATF 126 III 524)” Jusletter 19 March 2001.
- Sargın F, “Milletlerarası Tahkim Kanunu'na Göre Hakem Kararlarının Kısmi İptali İmkanı” (2015) 31 BATİDER 39.
- Seraglini Ch, Ortscheidt J, *Droit de l'arbitrage interne et international* (LGDJ 2013).
- Süral C, “Hakem Kararlarının İcrası ve İptal Davası”, (2014) 16 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan 1377.
- Şanlı C, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (Beta 2016).
- Tiryakioğlu B, “Milletlerarası Tahkim Kanununa Göre Hakem Kararlarının İptali”, *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi*, Eskişehir 21-22 Nisan 2016, ed. Bilgin Tiryakioğlu, Mesut Aygün, Ali Önal, Kübra Altıparmak, Cansu Kaya (Yetkin 2016) 301.
- Tiryakioğlu B, Bayata Canyaş A, “Chapter 7: Challenges to Arbitral Awards”, in Ali Yesilirmak and Ismail G. Esin (eds), *Arbitration in Turkey* (Kluwer 2015) 183.
- Tuna E, *Milletlerarası Ticari Tahkim Hukukunda İptal Davası* (Adalet 2016).
- Yeşilirmak A, *ICC Tahkim Kuralları ve Uygulaması* (On İki Levha 2018) (ICC).
- Türkiye'de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri (On İki Levha 2011) (Tahkim).
- Yılmaz E, “Hakem Kararlarının Temyizi ve İptali”, (2009) Milletlerarası Tahkim Semineri 107.





## Fikri Mülkiyet Haklarının İhlaline Uygulanacak Hukukta “Soft Law” Tarafından Hukuk Seçimine Yer Verilmesi

### The Choice of Law in the Infringement of Intellectual Property Rights by Soft Law Provisions

Ekin Ömeroğlu\*

#### Öz

Haksız fiilin özel bir türü olan fikri mülkiyet haklarının ihlaline uygulanacak hukuk hemen hemen her hukuk sisteminde öncelikle ülkesellik prensibine bağlı tutulmuştur ve bağlama noktası olarak koruma ülkesi hukukunun uygulanacağı genel kural olarak kabul edilmiştir. Bununla birlikte fikri mülkiyet haklarına ilişkin kanunlar ihtilafı kurallarını içeren hukuk kuralı niteliği taşıyan *soft law* metinlerinde ülkesellik prensibinin yanında özellikle fikri mülkiyet hakkının ihlalinden doğan taleplere uygulanacak hukukta taraflara hukuk seçimi imkânının tanındığı görülmektedir. Çalışmamızda ele alacağımız herhangi bir devlet hukukuna bağlı olmayan hukuk kuralları, Amerikan Hukuku Enstitüsü'nün Fikri Mülkiyete İlişkin Uluslararası Uyuşmazlıklarda Yetkili Yargı Mercii ve Kanunlar İhtilafı Prensipleri, Avrupa Max-Planck Grubu'nun Fikri Mülkiyet Haklarında Kanunlar İhtilafı Prensipleri, Fikri Mülkiyet Haklarında Yetkili Yargı Mercii, Kanunlar İhtilafı, Yabancı Hükümlerin Tanınması ve Tenfizine İlişkin Japon Şeffaflık Tasarısı, Kore ve Japon Waseda Üniversitesi Global COE Projesi'nin Milletlerarası Özel Hukuk Derneği tarafından düzenlenen Ortak Prensipleri ve Uluslararası Hukuk Derneği Fikri Mülkiyet ve Milletlerarası Özel Hukuk Komitesi tarafından hazırlanan Milletlerarası Özel Hukukta Fikri Mülkiyet Haklarına İlişkin Rehber Taslağı'dır. Çalışmamızda ele alacağımız hukuk kuralları, fikri mülkiyet haklarının ihlaline uygulanacak hukukta hukuk seçimine yer vermekle birlikte, hukuk seçiminin kapsamı, zamanı ve hukuk seçiminden etkilenecek kişiler bakımından farklı düzenlemeler içermektedir. Fikri mülkiyet haklarının ihlalinden doğan uyuşmazlıklarda hukuk seçimi sadece *soft law* tarafından kabul edilmemiştir. Türk milletlerarası özel hukukunun yanı sıra İsviçre ve Çin milletlerarası özel hukukunda da hukuk seçimine yer verilmiştir. Ancak Avrupa Birliği milletlerarası özel hukukunda fikri mülkiyet haklarının ihlalinden doğan uyuşmazlıklarda hukuk seçimi kabul edilmemiş olsa da bu husus doktrin tarafından eleştirilmektedir. Çalışmamızda gerek devlet hukuklarında ve gerek *soft law* hukuk kurallarında yer alan düzenlemeler incelenerek fikri mülkiyet haklarının ihlaline uygulanacak hukukta hukuk seçimine ne ölçüde yer verilebileceği incelenecektir.

#### Anahtar Kelimeler

Fikri mülkiyet hakları, Haksız fiil, Hukuk seçimi, Soft law, Uygulanacak hukuk

#### Abstract

This study deals with the party autonomy principle as a connecting factor in the infringement of intellectual property rights in the light of soft law provisions. The territoriality principle and the *lex loci protectionis* rule govern as the main doctrines of law applicable to intellectual property infringement disputes. However, several academic projects from all over the world (the Principles by the American Law Institute, the Principles by the European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property, the Japanese Transparency Proposal, the Joint Principles drafted by members of the Private International Law Association of Korea, Japanese Waseda University Global COE Project and the Draft Guidelines on Intellectual Property in Private International Law of The International Law Association Intellectual Property

\* Sorumlu Yazar: Ekin Ömeroğlu (Dr. Öğr. Üyesi), Kadir Has Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye.  
E-posta ekin.hacibekiroglu@khas.edu.tr ORCID: 0000-0002-2656-5996

Atf: Ömeroğlu E, “Fikri Mülkiyet Haklarının İhlaline Uygulanacak Hukukta “Soft Law” Tarafından Hukuk Seçimine Yer Verilmesi” (2020) 40(1) PPIL 55. <https://doi.org/10.26650/ppil.2020.40.1.0001>



and Private International Law Committee) suggested the party autonomy principle for the infringement of intellectual property rights in contrast to Article 8(3) of the Rome II Regulation. All these principles have no legally binding effect, but they are a set of principles that could be used both by international and national legislative bodies and courts. Moreover, the party autonomy principle in intellectual property infringement cases has been accepted by Turkish Private International Law Act ("PILA"), Swiss PILA and Chinese PILA. The purpose of this study is to analyse both *soft law* and national law provisions comparatively. Although the common aspect of the legal principles is to accept the will of the party, all of the provisions differ in several aspects. This study attempts to analyse and evaluate the suggested developments of the choice of law for intellectual property infringement cases.

**Keywords**

Intellectual property rights, Torts, Choice of law, Soft law, Applicable law

**Extended Summary**

In the law applicable to the infringement of intellectual property rights, the principle of territoriality has been accepted by most countries. The principle of territoriality is normally derived from the national treatment provision as initially implemented in article 5 of the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works. Both Turkish Private International Law Act and EU Regulation on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II) have also accepted the territoriality principle as a main principle. According to this principle, the rights of intellectual property are subject to the law of state according to whose law their protection is demanded. However, according to the Swiss IPRG and Turkish IPRG, in case of claims arising out of an infringement of intellectual property rights, parties may agree after the infringement has occurred, that the law of the forum shall be applicable. On the other hand, the application of different laws to the infringement of intellectual property disputes may cause uncertainty. The recognition of pre-determined rules prevents such a disadvantage and a neutral law may be applied to the case. For this reason, the party autonomy principle in the infringement of intellectual property rights has been accepted by soft law. The Principles by the American Law Institute (ALI Principles), the Principles by the European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property (CLIP Principles), the Japanese Transparency Proposal, the Joint Principles drafted by members of the Private International Law Association of Korea, Japanese Waseda University Global COE Project (Joint JK Principles) and the Draft Guidelines on Intellectual Property in Private International Law of The International Law Association Intellectual Property and Private International Law Committee (Draft ILA Guidelines) suggested the party autonomy principle for the infringement of intellectual property rights in contrast to Article 8(3) of the Rome II Regulation. All these principles have no legally binding effect, but they are a set of principles that could be used both by international and national legislative bodies and courts. As stated in the preamble of CLIP Principles, they may assist parties in shaping their contractual and extra-contractual dealings including the resolution of disputes.

The purpose of this study is to analyse the soft law provisions comparatively. Although the common aspect of the legal principles is to accept the will of the party, all of the provisions differ in several aspects. For example, both CLIP Principles and ALI Principles counteract the distributive connection that arises in an international context and is due to the protection country principle by strengthening party autonomy. They differ from each other both conceptually and in terms of their scope. While CLIP Principles explicitly allow the choice of law only for the consequences of infringement of intellectual property rights, ALI Principles concede party autonomy by creating a basic norm through a subjective connection with a limiting negative catalogue and even allow the parties to dispose of protection-related aspects of the infringement. The principles are differed from the point of time when a choice of law agreement could be made. While ALI Principles, CLIP Principles and Joint JK Principles accepted that parties may choose the applicable law both before (*ex ante*) and after (*ex post*) the infringement of the intellectual property right, the Japanese Transparency Proposal allows a choice of law only after the infringement of the intellectual property right.

CLIP Principles also establish a pre-existing relationship rule. If the infringement is closely connected with a pre-existing relationship between parties (i.e. a contractual relationship), the law governing that pre-existing relationship shall also govern the remedies for the infringement unless parties have expressly excluded the application of the law governing the pre-existing relationship to the remedies or it is clear from all circumstances that the claim is more closely connected with another state.

If the party autonomy principle is recognized in the infringement of intellectual property rights, how will the party autonomy principle have an impact on the rights of third parties? In order to protect the third parties, most of the analysed principles suggest that choice of law for the infringement of intellectual property rights should not have an effect on the rights of third parties such as ALI Principles, the Japanese Transparency Proposal and Joint JK Principles. On the other hand, CLIP Principles do not contain any specific provision relating to the third parties.

In conclusion, in the law applicable to the disputes arising from the infringement of intellectual property rights, territoriality is the main principle. However, both national law provisions and soft law texts accept the party autonomy principle in a limited way due to the possibility of infringement of an intellectual property right in more than one country at the same time in the globalising world. Indeed, the party autonomy principle might be particularly useful in offline multistate infringement cases. Instead of applying many different state laws, the parties may agree on a single applicable law through the party autonomy principle. In our opinion, these

soft law provisions that are regulated by the leading institutes of law on intellectual property rights, should be taken into account by legislative bodies. Moreover, the current national rules relating to the law applicable on the infringement of intellectual property rights should be revised allowing the choice of law considering the rights of third parties.



## Fikri Mülkiyet Haklarının İhlaline Uygulanacak Hukukta “Soft Law” Tarafından Hukuk Seçimine Yer Verilmesi

### I. Giriş

Maddi olmayan eşya üzerinde kurulan mutlak olarak nitelendirilen fikri mülkiyet haklarına uygulanacak hukukta, ülkesellik prensibi hâkimdir. Bu prensip uyarınca, milletlerarası özel hukukta fikri mülkiyet haklarına ilişkin bir uyuşmazlık çıkması halinde, hangi ülkenin hukukuna göre koruma talep ediliyorsa, uyuşmazlık o hukuka göre çözümlenecektir. Koruma ülkesinin uygulanacak hukuk olarak kabul edilmesi (*lex loci protectionis*) ülkesellik prensibinin bir görünümüdür. Bununla birlikte gerek Türk milletlerarası özel hukukunda ve gerek karşılaştırmalı hukukta fikri mülkiyet haklarının ihlaline uygulanacak hukuk bakımından sınırlı bir hukuk seçiminin kabul edildiği görülmektedir. Milli hukuklardaki milletlerarası özel hukuk düzenlemelerinin yanında fikri mülkiyet haklarının ihlaline uygulanacak hukukta hukuk seçimine uluslararası metinlerde de yer vermeye başlanmıştır. Milletlerarası özel hukukta bağlayıcı olmayan, hükümetler ya da hükümet dışı organizasyonlar tarafından düzenlenen kurallar bütünü, *soft law* olarak adlandırılmaktadır<sup>1</sup>. Çalışmamızda ele alacağımız *soft law* teşkil eden *de lege feranda* hukuk kuralları, Amerikan Hukuku Enstitüsü’nün Fikri Mülkiyete İlişkin Uluslararası Uyuşmazlıklarda Yetkili Yargı Mercii ve Kanunlar İhtilafı Prensipleri (“ALI Prensipleri”), Avrupa Max-Planck Grubu’nun Fikri Mülkiyet Haklarında Kanunlar İhtilafı Prensipleri (“CLIP Prensipleri”), Fikri Mülkiyet Haklarında Yetkili Yargı Mercii, Kanunlar İhtilafı, Yabancı Hükümlerin Tanınması ve Tenfizine İlişkin Japon Şeffaflık Tasarısı (“Japon Şeffaflık Tasarısı”) Kore ve Japon Waseda Üniversitesi Global COE Projesi’nin Milletlerarası Özel Hukuk Derneği tarafından düzenlenen Ortak Prensipleri (“Ortak Kore Japon Prensipleri”) ve Uluslararası Hukuk Derneği Fikri Mülkiyet ve Milletlerarası Özel Hukuk Komitesi tarafından hazırlanan Milletlerarası Özel Hukukta Fikri Mülkiyet Haklarına İlişkin Rehber Taslağı (“Taslak İLA Rehberi”), fikri mülkiyet haklarının ihlaline uygulanacak hukukta hukuk seçimine yer veren hükümler içermektedir. Tüm bu prensiplere rağmen Avrupa Birliği Hukukunda fikri mülkiyet haklarının ihlaline uygulanacak hukukta hukuk seçimi hala kabul edilmemekte ancak bu durum doktrinde eleştirilmektedir. Çalışmamızın amacı, fikri mülkiyet haklarının ihlaline uygulanacak hukukta gerçekleşen söz konusu prensipler ve tasarılar ışığında hukuk seçimine hangi ölçüde yer verildiğini tespit etmektir.

### II. Fikri Hak Statüsü Olarak *Lex Loci Protectionis*

Dünya üzerindeki hukuk sistemlerinin çoğunda ve milletlerarası sözleşmelerde<sup>2</sup> fikri mülkiyet hakkının ihlaline uygulanacak hukukta *lex loci protectionis*, fikri hak statüsü olarak kabul edilmiştir<sup>3</sup>.

1 Bryan H. Druzin, ‘Why does Soft Law Have any Power Anyway?’(2016) Asian Journal of International Law 1, 1.

2 Edebiyat ve Sanat Eserlerinin Korunmasına İlişkin Bern Sözleşmesi m. 5(2), Telif Hakları Evrensel (Cenevre) Sözleşmesi m. 4

3 B. Bahadır Erdem, *Patent Hakkının Korunmasına ve Patent Hakkına İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk* (2nd edn, Beta 2002) 100; Esra Dardağan Kibar, ‘Fikri Haklar Alanında Uygulanacak Hukuk Sorunu’ in Bilgin Tiryakioğlu, Mesut Aygün and Ali Önal (eds), *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu* (Yetkin 2016) 442.

Türk milletlerarası özel hukukunda da, 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (“MÖHUK”)<sup>4</sup> m. 23/1 uyarınca, fikri mülkiyete ilişkin haklar, hangi ülkenin hukukuna göre koruma talep ediliyorsa, o hukuka tabidir denilerek koruma ülkesi, diğer bir deyişle *lex loci protectionis* bağlama noktası olarak kabul edilmiştir. Böylelikle fikri mülkiyet hakkının varlığı, ortaya çıkması, elde edilmesi, içeriği, devri, sona ermesi ve diğer fikri mülkiyet hakkına ilişkin sorunlar, fikri hak üzerinde korumanın talep edildiği ülke olan koruma ülkesinin hukuku tarafından çözümlenecektir<sup>5</sup>.

Fikri mülkiyet hakları ile bu hakların bulunduğu ülke arasında doğal bir bağ bulunmakta ve ülkesellik prensibi de buradan doğmaktadır<sup>6</sup>. Korumanın talep edildiği ülke hukukunun uygulanması anlamına gelen ülkesellik prensibi, uluslararası hukuk alanında dolaylı yoldan ulusal hukuk yaklaşımını içinde barındırmaktadır<sup>7</sup>.

Burada kısaca “korumanın talep edildiği ülke hukuku” bağlama noktasından neyin anlaşılması gerektiği üzerinde durulmalıdır. Zira bu bağlama noktası, ilk etapta başvurulacak mahkemenin hukukuna işaret ettiği şeklinde anlaşılmaktadır. Bununla birlikte bizim de katıldığımız görüşe göre, korumanın talep edildiği ülke hukuku, fikri mülkiyet hakkının korunması için başvurulacak mahkemenin hukuku değildir. Söz konusu görüşe göre, korumanın talep edildiği ülke hukuku ile kastedilen, fikri mülkiyet hakkının varlığının tanındığı ülke hukukudur ve ancak bu şekilde ülkesellik prensibi ile fikri mülkiyet hakkı üzerinde koruma sağlanacaktır<sup>8</sup>.

İletişim teknolojisinde ve özellikle bilginin dijitalleşmesi uydu transferinde yaşanan değişiklikler fikri haklar ihlalini ve istismarını da etkilemiştir. Yazılım lisansları, müzik ve markalar saniyeler içinde tüm dünyada yayıldığı için, dünyanın herhangi bir yerinde yaşayan kullanıcılar izinsiz bir şekilde telifli içeriğe erişebilmekte ya da birçok ülkede korunan markayı veri indirmesi sonucu ihlal etmektedir. Böylelikle, fikri hakların birden çok ülkede dağıtılması, fikri hak ihlallerinin de internet üzerinde birden çok devlette gerçekleşmesi anlamına gelmektedir. Doktrinde, iletişim teknolojisinde aynı anda birden fazla yerde gerçekleşen fikri hak ihlallerinde ülkesellik prensibinin uygulanmasının giderek güçleştiği savunulmaktadır<sup>9</sup>.

4 Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 5718, Kabul Tarihi: 27.11.2007, RG 12.12.2007/26728.

5 Ergin Nomer, *Devletler Hususi Hukuku* (22nd edn, Beta 2017) 312; Aysel Çelikel and B Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk* (15th edn, Beta 2017) 359; Gülören Tekinalp and Ayfer Uyanık, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları* (12th edn, Vedat 2016) 266; Cemal Şanlı, Emre Esen and İnci Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk* (7th edn, Beta 2019) 260; Rona Aybay and Esra Dardağan, *Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı)* (2nd edn, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2008) 248; Günseli Öztekin Gelgel, *Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Birliği Düzenlemesi* (Beta 2006) 179-180; Vahit Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk* (6th edn, Savaş 2020) 395; Hacı Can and Ali Gümrah Toker, *Milletlerarası Özel Hukuk* (3rd edn, Adalet 2018) 438; Yavuz Kaplan, *İnternet Ortamında Fikri Hakların Korunmasına Uygulanacak Hukuk* (Seçkin 2004) 171.

6 Erdem (n 3) 35-38; Öztekin Gelgel (n 5) 180.

7 Jürgen Basedow, ‘Foundations of Private International Law in Intellectual Property’ in Jürgen Basedow, Toshiyuki Kono and Axel Metzger (eds), *Intellectual Property in the Global Arena* (Mohr Siebeck 2010) 10.

8 Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 5) 261.

9 Basedow (n 7) 11.

Avrupa Birliği milletlerarası özel hukukunda Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Roma II Tüzüğü’nde (“Roma II Tüzüğü”), fikri mülkiyet hakkının ihlaline uygulanacak hukuka ilişkin özel bir düzenleme getirilmiş ve ilgili düzenlemede fikri mülkiyet haklarının ihlalden doğan uyuşmazlıklarda koruma talebinde bulunulan devletin hukukunun uygulanacağı kabul edilerek ülkesellik prensibi benimsenmiştir<sup>10</sup>. Roma II Tüzüğü’nde haksız fiillere uygulanacak hukuku belirleyen genel kuralda hukuk seçimine imkân tanınmışken, fikri mülkiyet haklarının ihlaline uygulanacak hukukta söz konusu hukuk seçimine yer verilmemiştir. Roma II Tüzüğü m. 8(3) düzenlemesinde, hukuk seçimine ilişkin olan Tüzüğün 14’üncü maddesinin açıkça uygulanmayacağı kabul edilmiştir<sup>11</sup>.

Avrupa Birliği Komisyonu’ndaki Roma II Tüzüğü hazırlık çalışmaları sırasında m. 8 düzenlemesinin hukuk seçimine uygun olmadığı belirtilmiştir. Fikri mülkiyet haklarının kamu düzeni ile yakın ilişkili olması ve ekonomik politikalarda önemli bir rol oynaması fikri mülkiyet haklarının ihlaline uygulanacak hukukta hukuk seçimine imkân tanınmamasının sebebi olarak gösterilmiştir<sup>12</sup>. Bunun yanında, fikri mülkiyet haklarının ihlaline uygulanacak hukukta hukuk seçimine yer verilmesinin koruma yeri hukukuna ve de sonuç olarak ülkesellik prensibine aykırı olacağı doktrinde ifade edilmiştir<sup>13</sup>.

Roma II Tüzüğü’nde fikri mülkiyet haklarının ihlaline uygulanacak hukukta hukuk seçimine imkân tanınmaması doktrinde eleştirilmiştir. Bir fikri mülkiyet hakkının birden fazla Avrupa Birliği ülkesinde ihlal edilmesi halinde, uygulanacak hukuk olarak birden çok ülke hukuku gündeme gelecektir. Ortaya çıkacak bu durumun hem uyuşmazlığın tarafları hem de hakimler için kaos yaratacağı ifade edilmiştir, bu durumu önlemek amacıyla ise ihlal gerçekleşikten sonra hukuk seçimine imkân tanınması doktrinde önerilmektedir<sup>14</sup>.

Doktrinde Roma II Tüzüğü’nde fikri mülkiyet haklarının ihlalde hukuk seçimine yer verilmesi gerektiğini ileri süren bir görüş de, birden fazla Avrupa Birliği üye ülkesini ilgilendiren bir uyuşmazlıkta, taraflar arasında önceden bulunan bir sözleşme ilişkisi varsa, fikri mülkiyet hakkının ihlaline de sözleşmeye uygulanacak hukukun

10 Öztekin Gelgel (n 5) 175; Zeynep Derya Tarman, ‘Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma II Tüzüğü (AT 864/2007)’ in Işıl Özkan, Ceyda Süral, Uğur Tütüncübaşı (eds), *Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku* (Adalet 2016) 417.

11 Fügen Sargin, *İnternet Aracılığıyla Gerçekleşen Marka İhlalleri Hakkında Milletlerarası Yetkiyi Haiz Mahkemeler ve Uygulanacak Hukuk* (Yetkin 2005) 265.

12 Andrew Dickinson, *The Rome II Regulation: The Law Applicable to Non-Contractual Obligations* (Oxford University Press 2008) 470; Toshiyuki Kono and Paulius Jurcys, ‘General Report’ in Toshiyuki Kono (ed), *Intellectual Property and Private International Law* (Hart Publishing 2012) 152; Rati Matulionyte, ‘Calling for Party Autonomy in Intellectual Property Infringement Cases’ (2013) 9(1) *Journal of Private International Law* 77, 83; Katharina de la Durantaye, ‘Infringement of Intellectual Property Rights’ in Graf-Peter Calliess (ed) *Rome Regulations* (Wolters Kluwer 2015) 641.

13 Andreas Vogeler, *Die freie Rechtswahl im Kollisionsrecht der außervertraglichen Schuldverhältnisse* (Mohr Siebeck 2013) 116.

14 Dick van Engelen, ‘The Netherlands’ in Toshiyuki Kono (ed) *Intellectual Property and Private International Law* (Hart Publishing 2012) 866.

uygulanması gerektiğini ve Roma II Tüzüğü'nün bu yönde revize edilmesini önermektedir<sup>15</sup>.

Bunun yanında, fikri mülkiyet hakkının ihlalinden doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukukta hukuk seçiminin kabul edilmemesi yönünde ileri sürülen gerekçelerin hiçbirinin, Avrupa Birliği'nin yeknesak nitelikteki Topluluk fikri mülkiyet haklarına ilişkin uyuşmazlıklarda tarafların üye devlet ülke hukuklarını seçemeyecek olmasını açıklayamadığı ve bu alanda hukuk seçimine izin verilmesi ile Topluluk fikri mülkiyet haklarının cazip hale getirilerek, birden fazla üye devleti ilgilendiren ihtilafların kolaylıkla çözüme kavuşturulabileceği doktrinde ileri sürülmüştür<sup>16</sup>.

### III. Fikri Mülkiyet Hakkı İhlallerine Uygulanacak Hukukta Hukuk Seçimine Yer Verilmesi

#### A. Hukuk Seçimine Yer Verilmesinin Nedenleri

Doktrinde, fikri mülkiyet haklarının ihlalinden doğan taleplere uygulanacak hukukta hukuk seçimine yer verilmesi öncelikle haksız fiillere uygulanacak hukukta hukuk seçimi imkânı tanınması ile açıklanmaya çalışılmıştır. Haksız fiillere uygulanacak hukukta hukuk seçimine imkân tanınması yönünde doktrinde görüşler bulunduğu gibi, hukuk seçimine izin verilmemesi yönünde de görüşler bulunmaktadır.

Haksız fiillere uygulanacak hukukta hukuk seçimine izin verilmemesini savunan görüş bunu üç gerekçe ile açıklamaktadır. Birincisi, haksız fiil ilişkisinde taraflar haksız fiil gerçekleşmeden önce çoğunlukla birbirlerine yabancı olmaları nedeniyle hukuk seçiminde bulunamayacaklardır. İkinci gerekçe ise aralarında önceden mevcut olan bir hukuki ilişkinin varlığı (özellikle sözleşmenin) halinde de mevcut hukuki ilişkiye uygulanacak hukukun haksız fiile de uygulanacak olması halidir<sup>17</sup>. Son olarak da fikri mülkiyet haklarının kamu düzenini ilgilendirmesinden dolayı, ihlalinden doğan tüm uyuşmazlıklar hakkında hukuk seçimine imkân tanınmaması gerektiği de ileri sürülen gerekçeler arasındadır<sup>18</sup>.

Bu görüşlerin yanında, haksız fiillere uygulanacak hukukta hukuk seçimine yer verilmesi gerektiğini savunan yazarlar da bulunmaktadır. Bu yazarlara göre haksız fiil gerçekleştiikten sonra zarar görenin her zaman zarar veren ile bir hukuk seçme imkânı vardır. Bunun yanında taraflar hukuk seçiminde bulunarak, uygulanacak hukuka

15 Axel Metzger, 'Community IP Rights&Conflict of Laws – Community Trademark, Community Design, Community Patent – Applicable Law for Claims for Damages' in Josef Drexl and Annette Kur (eds), *Intellectual Property and Private International Law – Heading for the Future* (Hart Publishing 2005) 223.

16 Dickinson (n 12) 470; de la Durantaye (n 12) 641; Eike Schaper, 'Choice-of-Law Rules in the EU – Special Issues with Respect to Community Rights – Infringement of Community Trade Marks and Applicable Law' in Josef Drexl and Annette Kur (eds), *Intellectual Property and Private International Law – Heading for the Future* (Hart Publishing 2005) 212.

17 Thomas Kadner Graziano, 'Freedom to Choose the Applicable Law in Tort – Articles 14 and 14(3) of the Rome II Regulation' in John Ahern, William Binchy (eds), *The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-contractual Obligations: A New International Litigation Regime* (Martinus Nijhoff Publishers 2009) 114.

18 Matulionyte (n 12) 82.

ilişkin şüpheleri ortadan kaldırarak hukuki kesinliği sağlayabileceklerdir. Son olarak da taraflar hukuk seçiminde bulunarak gerek sözleşmesel ve gerekse sözleşme dışı borç ilişkilerini tek bir hukuk sistemine bağlı kılabileceklerdir<sup>19</sup>.

Karşılaştırmalı hukuka bakıldığında haksız fiillere uygulanacak hukukta genellikle taraflara hukuk seçme imkânının tanındığı görülmektedir. Çalışmamız kapsamında incelediğimiz Roma II Tüzüğü, bir haksız fiil türü olan fikri mülkiyet haklarının ihlaline uygulanacak hukukta hukuk seçimine yer vermemekle beraber haksız fiillere uygulanacak hukukta hukuk seçimini kabul etmiştir. Roma II Tüzüğü'nün m. 14 düzenlemesine göre, taraflar haksız fiilin meydana gelmesinden sonra (*ex post*) uygulanacak hukuku seçebileceklerdir. Roma II Tüzüğü taraflara sadece *ex post* hukuk seçme imkânını tanımakla yetinmemiş, bunun yanında tarafların ticari bir faaliyet ilişkisi içinde olması halinde, haksız fiilin meydana gelmesinden önce de (*ex ante*) hukuk seçiminde bulunabileceklerini kabul etmiştir<sup>20</sup>.

Bir haksız fiil türü olarak fikri mülkiyet hakkının ihlalinden doğan taleplere uygulanacak hukukta hukuk seçimine yer verilmesi gerektiğini ileri süren görüş de kaynağını haksız fiillere uygulanacak hukukta hukuk seçimi imkânından almaktadır. Japon Şeffaflık Tasarısı'nı hazırlayan grup, fikri mülkiyet hakkının ihlalinden doğan taleplerin kamu düzeni ile ilgisinin zayıf olmasından dolayı tarafların bu tip uyuşmazlıklarda hukuk seçme imkânına sahip olması görüşündedir<sup>21</sup>. ALI Prensipleri'nin raportör notunda da fikri mülkiyet hakkının ihlalinden doğan taleplerin en etkin tarafların iradeleri doğrultusunda seçtikleri hukuk tarafından karşılanabileceği belirtilmiştir<sup>22</sup>. Böylelikle, haksız fiillere uygulanacak hukukta olduğu gibi fikri mülkiyet hakkının ihlalinden doğan taleplere uygulanacak hukukta da taraflara hukuk seçme imkânı tanınarak hukuki kesinlik, açıklık ve öngörülebilirlik sağlanabilecektir<sup>23</sup>. Bunun yanında taraflar arasında birden fazla hukuki uyuşmazlık bulunması halinde, bu uyuşmazlıklara tek bir hukukun uygulanmasının daha uygun, etkili ve ekonomik olacağı da doktrinde ifade edilmektedir<sup>24</sup>.

## B. Milli Kanunlarda Hukuk Seçimine Yer Verilmesi

### 1. İsviçre Hukuku

Gerek milletlerarası sözleşmelerde ve gerekse karşılaştırmalı hukukta fikri mülkiyet hakkının ihlaline ilişkin kanunlar ihtilafı kurallarında koruma ülkesi hukuku bağlama

19 Graziano (n 17) 115; Matulionyte (n 12) 81; Th.M. de Boer, 'Party Autonomy and Its Limitations in the Rome II Regulation' (2007) 9 Yearbook of Private International Law 19, 19-20.

20 Öztekin Gelgel (n 5) 116; Zeynep Derya Tarman, *Haksız Rekabetten ve Aldatıcı Reklamlardan Doğan Uyuşmazlıklarda Uygulanacak Hukuk* (Beta 2011) 74.

21 Matulionyte (n 12) 82.

22 *The American Law Institute, Principles of the Law, Intellectual Property* (American Law Institute Publishers 2008) 133.

23 Matulionyte (n 12) 82.

24 Rita Matulionyte, *Law Applicable to Copyright* (Edward Elgar 2011) 232.

noktası genellikle kabul edilmiş olsa da bazı kanunlar ihtilafı kurallarında fikri hak ihlallerine uygulanacak hukukta hukuk seçimine de yer verilmektedir. Bunun en eski örneğini İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m.110(2)'de yer alan hüküm oluşturmaktadır. Doktrinde bu hüküm, tamamlayıcı nitelikte hukuk seçimi olarak ifade edilmektedir<sup>25</sup>. Söz konusu hükme göre, fikri mülkiyet hakkın ihlaline ilişkin haksız fiilden doğan taleplerde taraflar her zaman, haksız fiil teşkil eden olaydan sonra, mahkemenin hukukunun uygulanmasını kararlaştırabileceklerdir. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, hukuk seçiminin sadece fikri mülkiyet hakkının ihlalinden doğan talepler hakkında geçerli olacaktır. Yoksa fikri mülkiyet hakkının ihlaline uygulanacak hukukta hukuk seçimi söz konusu olamayacaktır<sup>26</sup>.

Görüldüğü üzere İsviçre MÖHUK m. 110(2) düzenlemesi ile fikri hak ihlallerinden doğan taleplere uygulanacak hukukta hukuk seçimi iki yönden sınırlandırmıştır. Taraflar bu konuda hukuk seçme imkânına sahip olmakla beraber, sadece *lex fori* ile sınırlı bir hukuk seçiminde bulunabileceklerdir. Doktrinde, yabancı bir fikri mülkiyet hakkı ihlaline ilişkin hukuk seçiminin sadece ilgili uyumsuzluğun İsviçre mahkemeleri önünde görülmesi halinde bir anlam taşıyacağı ileri sürülmüştür<sup>27</sup>.

İsviçre MÖHUK m. 110(2) düzenlemesinde, hukuk seçiminin zamanı bakımından da bir sınır getirilmiştir. Taraflar ancak zararın meydana gelmesinden sonra mahkemenin hukukunun uygulanmasını kararlaştırabileceklerdir. Doktrinde bu hükmün, taraflar bakımından güvenliğin sağlanması nedeniyle getirildiği belirtilmiştir<sup>28</sup>. İsviçre MÖHUK'da yer alan söz konusu düzenleme doktrinde, aynı davada birden fazla koruma ülkesi hukukunun ihlal edilmesi halinde, tek bir hukukun uygulanması bakımından hâkime kolaylık sağlayabilecek bir düzenleme olarak değerlendirilmiştir<sup>29</sup>.

## 2. Çin Hukuku

İsviçre MÖHUK'un yanında Çin hukukunda da 2010 yılında kabul edilen Yabancılık Unsuru Taşıyan Özel Hukuk İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Kanun (*The Law of the People's Republic of China on the Application of Laws to Foreign-related Civil Relations*) ile İsviçre MÖHUK m. 110(2) hükmüne paralel bir düzenlemeye yer verilmiştir. Söz konusu kanunun m. 50(2) hükmüne göre taraflar, fikri mülkiyet hakkının ihlalinden sonra mahkemenin hukukunu uygulanacak hukuk olarak seçebileceklerdir. Çin hukukunda yer alan bu düzenlemenin İsviçre MÖHUK m. 110(2)'dan farkı, hukuk seçiminin hangi kapsamda etki doğuracağı yönündedir.

25 Öztekin Gelgel (n 5) 187.

26 Frank Vischer, 'Art. 110' in Daniel Girsberger, Anton Heini and Max Keller (eds), *Zürcher Kommentar zum IPRG* (2nd edn, Schulthess) 1154; Marta Pertegas Sender, *Cross-Border Enforcement of Patent Rights* (Oxford University Press 2002) 237.

27 Vischer (n 26) 1154.

28 Erdem (n 3) 121.

29 ibid 123.

Nitekim Çin hukukuna göre hukuk seçimi hem fikri mülkiyet hakkının ihlaline hem de fikri mülkiyet hakkına ilişkin tüm hususlarda sınırlama olmaksızın geçerli olacaktır<sup>30</sup>.

### 3. Türk Hukuku

Türk milletlerarası özel hukukunda MÖHUK m. 23(2) düzenlemesi ile fikri mülkiyet hakkının ihlaline uygulanacak hukukta, İsviçre MÖHUK düzenlemesinde olduğu gibi sınırlı hukuk seçimine yer verilerek, ihlalden sonra mahkemenin hukukunun uygulanmasına imkân tanınmıştır. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, hukuk seçiminin fikri hakkın ihlal edilip edilmediği hususunda değil, fikri hak ihlalinden doğan talepler bakımından geçerli olacağıdır<sup>31</sup>. Fikri mülkiyet hakkının ihlalinden doğan taleplere örnek olarak tazminata, zararın giderilmesine, ihlalin önlenmesine ya da durdurulmasına yönelik talepler gösterilebilir<sup>32</sup>.

#### C. *Soft Law* Tarafından Hukuk Seçimine Yer Verilmesi

##### 1. CLIP Prensipleri'nde Hukuk Seçimi

Avrupa Max-Planck Grubu'nun Fikri Mülkiyet Haklarında Kanunlar İhtilafı Prensipleri'nin m. 3:102 düzenlemesinde, fikri mülkiyet hakkının varlığına, geçerliliğine, kapsamına ve süresine ve fikri mülkiyet hakkına ilişkin bütün diğer hususlara koruma ülkesi hukukunun (*lex protectionis*) uygulanacağı kabul edilmiştir. Bununla birlikte CLIP Prensipleri'nin m. 3:103 düzenlemesinde tarafların hukuk seçiminde bulunabileceği haller sayılmıştır. Söz konusu düzenlemeye göre taraflar fikri mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmelere uygulanacak hukukta (m. 3:501), fikri mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmelerde işçi ile işveren arasında bir iş ilişkisinin bulunması halinde uygulanacak hukukta (m. 3:503), fikri mülkiyet hakkının ihlal edilmesi durumunda tarafların bulunacağı taleplere uygulanacak hukukta (3:606) ve de fikri mülkiyete ilişkin teminat haklarına uygulanacak hukukta (3:801) hukuk seçiminde bulunabileceklerdir. Çalışmamızda sadece fikri mülkiyet hakkının ihlaline uygulanacak hukuk konu edindiğinden burada m. 3:606 düzenlemesi üzerinde durulacaktır.

CLIP Prensipleri incelendiğinde, fikri mülkiyet hakkının ihlalinden doğan taleplere uygulanacak hukukun kapsamı bakımından hukuk seçiminin sadece fikri mülkiyet hakkının ihlalinde başvurulacak yasal yollar kabul edildiği görülmektedir. Bunun yanında doktrinde CLIP Prensipleri'nin, Avrupa Birliği milletlerarası özel hukukundan ve İsviçre MÖHUK düzenlemesinden de ileri giderek hukuk seçimi konusunda yenilikçi hükümler getirdiği ileri sürülmektedir<sup>33</sup>.

30 Matulionyte (n 12) 79; Alex Mills, *Party Autonomy in Private International Law* (Cambridge University Press 2018) 436.

31 Nomer (n 5) 313; Doğan (n 5) 396.

32 Erdem (n 3) 120.

33 Matulionyte (n 12) 89; Thomas Richter, *Parteiautonomie im Internationalen Immaterialgüterrecht: Eine rechtsvergleichende Untersuchung de lege lata und de lege ferenda* (Mohr Siebeck 2017) 203.

CLIP Prensipleri'nin m. 3:601 düzenlemesinde, ihlal ve hukuki imkânlar başlıklı bölümde aksi öngörülmedikçe, fikri mülkiyet hakkının ihlaline, korumanın talep edildiği her bir ülke hukukunun uygulanacağı kabul edilmiştir. Bununla birlikte, CLIP Prensipleri liberal bir bakış açısı benimseyerek 3:606(1) düzenlemesinde fikri mülkiyet hakkının ihlaline dair uyuşmazlıkta tarafların, ihlale ilişkin başvurulacak hukuki imkânlarla uygulanacak hukukta ihlal gerçekleşmeden önce ya da gerçekleşikten sonra hukuk seçiminde bulunabilecekleri kabul edilmiştir<sup>34</sup>. Fikri mülkiyet hakkının ihlalinde hukuki imkânların neler olduğu CLIP Prensipleri'nin 3:605 düzenlemesinde belirtilmiştir<sup>35</sup>. CLIP Prensipleri uyarınca taraflar, uygulanacak hukuk olarak istedikleri hukuku seçebileceklerdir. Burada seçilen hukuk ile uyuşmazlık arasında bir bağlantı aranmadığı gibi *soft law* hukuk kurallarının da hukuk seçimine dahil olduğu doktrinde kabul edilmektedir<sup>36</sup>.

CLIP Prensiplerinin 3:606(2) düzenlemesine göre fikri mülkiyet hakkı ihlalinin, taraflar arasındaki sözleşme gibi önceden bulunan bir ilişki ile sıkı irtibatlı olması durumunda, fikri mülkiyet hakkı ihlalinin de önceki ilişkiye uygulanacak hukuka tabi olacağı kabul edilmiştir. Ancak taraflar arasındaki ihalden önce bulunan hukuki ilişkiye uygulanacak hukukun fikri mülkiyet hakkının ihlaline de uygulanabilmesinin iki istisnası bulunmaktadır. Bunlardan ilki tarafların, aralarındaki önceki hukuki ilişkiye uygulanan hukukun fikri hak ihlaline uygulanmayacağı yönünde açıkça anlaşmış olmalarıdır. İkinci istisna ise, halin şartlarından açıkça anlaşıldığı üzere ihlal talebinin başka bir ülke ile daha sıkı irtibatlı olması durumudur. Bu iki olasılıktan birinin bulunması halinde taraflar arasında önceden bulunan hukuki ilişkiye uygulanacak hukuk uygulama alanı bulamayacaktır.

CLIP Prensiplerinin 3:606(2) düzenlemesinde tarafların aralarında daha önceden bulunan hukuki ilişki ile fikri hak ihlalinin sıkı ilişkili olması ve bu ilişkinin de sözleşmeden kaynaklanması halinde, sözleşmeye uygulanacak hukukun fikri mülkiyet hakkının ihlalinden doğan taleplere de uygulanacağını kabulü, bu konuda dolaylı bir hukuk seçimi ifade etmektedir. Nitekim taraflar doğrudan bir hukuk seçiminde bulunmamakta, ancak fikri mülkiyet hakkı ihlalinin önceki hukuki ilişki ile sıkı ilişki içinde bulunması halinde, o ilişkiye uygulanacak hukukta subjektif bağlama noktası kabul edilmesi halinde fikri mülkiyet hakkının ihlalinden doğan taleplere uygulanacak hukukta da hukuk seçimi geçerli olacaktır.

34 Axel Metzger, 'Applicable Law under the CLIP Principles: A Pragmatic Reevaluation of Territoriality' in Jürgen Basedow, Toshiyuki Kono and Axel Metzger (eds), *Intellectual Property in the Global Arena* (Mohr Siebeck 2010) 176.

35 CLIP Prensipleri'nin 3:605 düzenlemesine göre fikri hak ihlalinde başvurulacak hukuki imkânlar şu şekilde sayılmıştır: 1) Tebdir kararları, zararlar ve zarara sebep olan bilgi hakkının ihlali de dahil olmak üzere doğan tazminatlar, 2) Hak ihlali kapsamına girmeden fikri mülkiyet hakkının ihlal edilmesinden doğan sözleşme dışı yükümlülükleri ilgilendiren ölçüde sebepsiz zenginleşmeye ve vekaletsiz iş görmeye (*negotiorum gestio*) dayanan talepler, 3) Miras dahil olmak üzere zararların ya da diğer yasal yolları talep etme hakkının başkasına devredilip edilemeyeceği hususu 4) Borcu sonlandıran çeşitli yollar, zamanaşımı ve hak düşürücü süre.

36 Matulionyte (n 24) 232.



## 2. ALI Prensipleri'nde Hukuk Seçimi

Hukukun yalınlaştırılması, aydınlatılması ve adaletin daha iyi gerçekleştirilmesi amacı ile kurulan Amerikan Hukuk Enstitüsü'nün<sup>37</sup>, fikri mülkiyet hakkına ve hakkın ihlaline uygulanacak hukukta Avrupa ve Amerika yaklaşımlarını bir arada düzenleyen ve ALI Prensipleri olarak kısaltılan kuralları, her ne kadar bağlayıcı olmasalar da ulusal hukuklarda yer alan düzenlemeleri tamamlayıcı özelliğe sahiptirler<sup>38</sup>.

ALI Prensipleri'nin temel özelliği, fikri mülkiyet hakkının ihlaline uygulanacak hukukta taraf iradesine yer vermiş olmasıdır. Bununla birlikte ALI Prensipleri hukuk seçiminden önce genel kural olarak ülkesellik prensibini kabul etmiş ve fikri mülkiyet hakkının varlığına, geçerliliğine, süresine, niteliğine, ihlaline ve ihlalden doğan taleplere tescil edilmiş fikri mülkiyet hakları için, tescilin yapıldığı yer hukukunun, bunun dışında kalan fikri mülkiyet hakları için ise korumanın talep edildiği ülke hukukunun uygulanacağı m. 301 düzenlemesinde belirtmiştir. Böylelikle ALI Prensipleri'ne göre fikri mülkiyet hakkının ihlaline uygulanacak hukukta sicile kayıtlı olan ve olmayan fikri mülkiyet hakları ayırımına yer verilmiştir<sup>39</sup>.

ALI Prensipleri'nin m.302(1) düzenlemesinde ise fikri mülkiyet hakkının ihlaline uygulanacak hukukta tarafların hukuk seçiminde bulunabilecekleri kabul edilmiştir. Aynı düzenlemenin ikinci fıkrasında ise, tarafların hukuk seçiminde bulunamayacağı konulara ilişkin bir liste verilmiştir. Bu listeye göre; fikri mülkiyet hakkının geçerliliğine, varlığına, niteliğine, devredilebilirliğine, süresine, tescil edilip edilmediğine, lisanslara ve hakkının devrinin şekli geçerliliğine ilişkin ihtilaflarda taraflar hukuk seçiminde bulunamayacaklardır<sup>40</sup>. Böylelikle, söz konusu liste dışında kalan her fikri mülkiyet hakkının ihlaline ilişkin konularda taraflar hukuk seçiminde bulunabileceklerdir<sup>41</sup>. Buna göre örneğin, fikri mülkiyet hakkının ihlalinden doğan sorumluluğa ilişkin internet servis sağlayıcısına karşı açılan davada birden fazla koruma devleti hukukunun uygulama alanı bulması halinde, ALI Prensipleri uyarınca taraflar hukuk seçiminde bulunarak tek bir hukukun uygulanmasına karar verebileceklerdir. Bununla birlikte fikri mülkiyet hakkının varlığı, kapsamı, korumanın süresi gibi hususlar yine farklı koruma devleti hukukları tarafından belirlenecektir<sup>42</sup>.

## 3. Japon Şeffaflık Tasarısı'nda Hukuk Seçimi

Fikri Mülkiyet Haklarında Yetkili Yargı Mercii, Kanunlar İhtilafı, Yabancı Hükümlerin Tanınması ve Tenfizine İlişin Japon Şeffaflık Tasarısı'nın m. 301(1)

37 Ergun Özsunay, *Karşılaştırmalı Hukuka Giriş* (Sulhi Garan Matbaası 1976) 191.

38 Elisabeth Fiordalisi, 'The Tangled Web: Cross-Border Conflicts of Copyright Law in the Age of Internet Sharing' (2015) 12(2) *Loyola University Chicago International Law Review* 197, 210; Richter (n 33) 204.

39 Sargın (n 11) 275.

40 ALI Prensipleri'nin m. 302(2) düzenlemesinde yer alan bu sınırlamanın geniş olduğu ve irade serbestisi prensibinin etkisini daralttığı doktrinde ifade edilmiştir. Basedow (n 7) 13.

41 Matulionyte (n 24) 234; Mills (n 30) 434; Fiordalisi (n 38) 210.

42 Matulionyte (n 24) 238.

düzenlemesinde, fikri mülkiyet hakkının ihlalinin doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukukta bağlama noktası olarak ihlalin sonuçlarının meydana geldiği ya da gelebileceği yer hukuku kabul edilmiştir<sup>43</sup>. Bununla birlikte aynı düzenlemenin ikinci fıkrasında, fikri mülkiyet hakkı ihlalinin taraflar arasındaki sözleşmenin ihlalinin kaynaklanması halinde, sözleşmeye uygulanacak hukukun fikri mülkiyet hakkının ihlaline de uygulanacağı kabul edilmiştir.

Japon Şeffaflık Tasarısı, ilk etapta sübjektif bağlama noktası olarak taraf iradesine yer vermemekle birlikte, m. 304(1) düzenlemesinde, fikri mülkiyet hakkının ihlalinin sonra ihlalin oluşumuna ve ihlalden doğan taleplere uygulanacak hukukun taraflarca değiştirilebileceği kabul edilmiştir.

#### 4. Ortak Kore Japon Prensipleri'nde Hukuk Seçimi

Kore ve Japon Waseda Üniversitesi Global COE Projesi'nin Milletlerarası Özel Hukuk Derneği tarafından düzenlenen Ortak Prensipleri'nde<sup>44</sup>, tarafların her zaman fikri mülkiyet hakkının ihlaline uygulanacak hukuk konusunda hukuk seçiminde bulunabilecekleri kabul edilmiştir. Ortak Kore Japon Prensipleri'nde konu bakımından herhangi bir kısıtlama bulunmamakla birlikte, fikri mülkiyet hakkının varlığı, geçerliliği, devredilebilirliği gibi fikri mülkiyet hakkının özünü ilgilendiren konularda yapılan hukuk seçiminin sadece uyuşmazlığın tarafları arasında etki doğuracağı ayrıca düzenlenmiştir.

#### 5. Taslak ILA Rehberi'ne Göre Hukuk Seçimi

Uluslararası Hukuk Derneği Fikri Mülkiyet ve Milletlerarası Özel Hukuk Komitesi tarafından hazırlanan Milletlerarası Özel Hukukta Fikri Mülkiyet Haklarına İlişkin Rehber Taslağı'nda, fikri mülkiyet hakkının ihlaline uygulanacak hukukta ana kural olarak ülkesellik prensibi kabul edilmekle beraber Taslağın m. 25(2) düzenlemesinde fikri mülkiyet hakkının ihlalinin doğan taleplere uygulanacak hukukta tarafların hukuk seçiminde bulunabileceği de kabul edilmiştir<sup>45</sup>.

### IV. Hukuk Seçiminin Sınırları

#### A. Uygulanacak Hukuk Bakımından

MÖHUK m. 23(2) düzenlemesine göre, fikri mülkiyet hakkının ihlaline uygulanacak hukukta hukuk seçimi ancak mahkemenin hukuku ile sınırlandırılmıştır. Yine İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m.110(2) düzenlemesinde göre de, fikri mülkiyet hakkın ihlaline ilişkin haksız fiilden doğan taleplerde taraflar her

43 Ryu Kojima, Ryo Shimanami and Mari Nagata, 'Applicable Law to Exploitation of Intellectual Property Rights in the Transparency Proposal' in Jürgen Basedow, Toshiyuki Kono and Axel Metzger (eds), *Intellectual Property in the Global Arena* (Mohr Siebeck 2010) 185-186.

44 Matulionyte (n 12) 91.

45 International Law Association, 'Sydney Conference' (2018) <[https://www.ila-hq.org/images/ILA/DraftReports/DraftReport\\_IntellectualProperty.pdf](https://www.ila-hq.org/images/ILA/DraftReports/DraftReport_IntellectualProperty.pdf)> Erişim Tarihi 21 February 2020.

zaman, haksız fiil teşkil eden olaydan sonra, mahkemenin hukukunun uygulanmasını kararlaştırabileceklerdir. Çin hukukunda da, tarafların mahkemenin hukukunu uygulanacak hukuk olarak seçebilecekleri kabul edilerek, sınırlı hukuk seçimine yer verilmiştir.

Milli hukuklarda yer alan söz konusu sınırlı hukuk seçimi doktrinde eleştirilmiş ve hukuk seçimini mahkemenin hukuku bağlama noktası ile sınırlamanın gerekli olup olmadığı sorgulanmıştır. Doktrindeki bir görüşe göre, fikri mülkiyet hakkının ihlallerine uygulanacak hukukun kamu düzeni ile sıkı sıkıya bir ilişkisinin bulunmaması nedeniyle sadece mahkemenin hukuku ile sınırlı bir hukuk seçimine yer verilmemesi gerektiği ileri sürülmüştür. Aynı görüş, fikri mülkiyet hakkının ihlali gerçekleşmeden önce de taraflara hukuk seçimi imkânı tanınarak aralarındaki sözleşmesel ilişkiye uygulanacak hukuku seçebilme imkânının tanınması gerektiğini vurgulamaktadır<sup>46</sup>.

Bununla birlikte çalışmamız kapsamında ele aldığımız bütün *soft law* metinlerinde, tarafların seçecekleri hukuk bakımından bir sınırlandırılmanın yer almadığı tespit edilmiştir. Böylelikle CLIP Prensipleri, ALI Prensipleri, Japon Şeffaflık Tasarısı, Ortak Kore Japon Prensipleri ve Taslak ILA Rehberi'nde taraflar diledikleri hukuku seçebileceklerdir.

## B. Hukuk Seçiminin Zamanı Bakımından

Fikri mülkiyet hakkının ihlalinden doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukukta hukuk seçimini öngören düzenlemeler, hukuk seçiminin ne zaman yapılacağı konusunda farklılık göstermektedir. Örneğin Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Kanunumuz'un m. 23(2) hükmüne göre, fikri mülkiyet hakkının ihlaline uygulanacak hukukta taraflara tanınan hukuk seçimi imkânına, hukuk seçiminin zamanı bakımından bir sınırlama getirilmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre ancak fikri mülkiyet hakkının ihlalinden sonra taraflar mahkemenin hukukunun uygulanmasını kararlaştırabileceklerdir. İsviçre ve Çin milletlerarası özel hukukunda da, fikri mülkiyet hakkının ihlalinden doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukukta hukuk seçimi yapılırken zaman bakımından Türk hukukunda olduğu gibi sınırlama getirilmiştir.

Çalışmamız kapsamında ele aldığımız *soft law* metinleri de fikri mülkiyet hakkının ihlalinden doğan uyuşmazlıklarda tarafların yapacağı hukuk seçiminin zamanı bakımından farklı düzenlemeler getirmektedir. CLIP Prensipleri, ALI Prensipleri ve Ortak Kore Japon Prensipleri'ne göre, fikri mülkiyet hakkının ihlalinden doğan uyuşmazlıklarda taraflar hem ihlalden önce hem de ihlalden sonra hukuk seçiminde bulunabileceklerdir. Bununla birlikte Japon Şeffaflık Tasarısı, zayıf tarafı korumak amacıyla sadece fikri mülkiyet hakkının ihlalinden sonra taraflara hukuk seçme imkânı tanımıştır.

46 Matulionyte (n 12) 91.

Haksız fiillere uygulanacak hukuka bakıldığında hukuk seçiminin genellikle haksız fiil gerçekleştirildikten sonra yapıldığı görülmektedir. Bunun gerekçesi doktrinde, haksız fiillerin aniden ortaya çıkması ve tarafların ilk defa haksız fiil gerçekleştikten birbirleri ile karşılaşması olarak açıklanmaktadır<sup>47</sup>. Bununla birlikte, tarafların haksız fiil gerçekleşmeden önce hukuk seçiminde bulunmasını gerektiren durumlar da söz konusu olabilir. Örneğin, tarafların aralarında önceden satım ya da hizmet sözleşmesi gibi bir borç ilişkisinin mevcut ya da muhtemel olması ve bu borç ilişkisinden sözleşme dışı bir borcun doğma ihtimalinin bulunması durumunda, tarafların haksız fiile uygulanacak hukuku önceden seçme imkânı gündeme gelebilecektir<sup>48</sup>. Böyle bir olasılıkta taraflar, sözleşmelerinde ileride haksız fiilden doğacak ihtilafların da sözleşmeye uygulanacak hukuka tabi olacağını belirterek önceden bir hukuk seçiminde bulunabileceklerdir. Bu nedenlerle Roma II Tüzüğü'nün m. 14(1)(b) düzenlemesinde, tarafların ticari bir faaliyet ilişkisi içinde olması halinde ve zarara sebep olan fiilin gerçekleşmesinden önce serbestçe müzakere etmek şartıyla, haksız fiilin meydana gelmesinden önce (*ex ante*) hukuk seçiminde bulunabilecekleri kabul edilmiştir. İlgili düzenlemede haksız fiilin meydana gelmesinden önce hukuk seçiminin tarafların arasında ticari bir faaliyet ilişkisinin bulunması hali ile sınırlanmasının, tüketici veya işçi gibi zayıf tarafın korunması amacıyla kabul edildiği doktrinde ifade edilmektedir<sup>49</sup>.

Taraflar arasında bu yönde bir hukuk seçimi bulunmasa da Roma II Tüzüğü'nde haksız fiile uygulanacak hukuka ilişkin genel kuralda yer alan “daha sıkı ilişkili hukuk” kuralı ile haksız fiilin taraflar arasında önceden bulunan hukuki ilişki ile daha sıkı ilişkili olması halinde bu hukukun uygulanabileceği ileri sürülmektedir<sup>50</sup>.

Roma II Tüzüğü'nde haksız fiillere uygulanacak hukuka ilişkin genel kural fikri mülkiyet haklarının ihlallerine uygulanacak hukuk bakımından geçerli olmadığı için, Avrupa Birliği milletlerarası özel hukukunda fikri mülkiyet haklarının ihlalinde istisna kuralına da yer verilemeyecektir.

Avrupa Birliği milletlerarası özel hukukunda fikri mülkiyet hakkının ihlaline uygulanacak hukukta istisna kuralına yer verilmemekle birlikte, uygulamada çoğunlukla fikri mülkiyet hakkının ihlalinin altında bir sözleşmenin yer aldığı görülmektedir. Bu nedenle CLIP Prensipleri'nde fikri mülkiyet hakkının ihlalinde taraflar arasında önceden bulunan hukuki ilişkinin fikri mülkiyet hakkının ihlali ile sıkı ilişkili olması halinde, önceki hukuki ilişkiye uygulanan hukukun, fikri mülkiyet hakkının ihlaline uygulanabileceği kabul edilmiştir. Böylelikle CLIP Prensipleri, fikri mülkiyet hakkının ihlaline uygulanacak hukukta önceden hukuk seçimine de dolaylı yoldan imkân tanımış olmaktadır<sup>51</sup>.

47 ibid 91; Uğur Tütüncübaşı, *Akit Dışı Borç İlişkilerinde Hukuk Seçme Serbestisi* (Adalet 2018) 97.

48 ibid 97-98; Graziano (n 17) 117.

49 ibid 120-121.

50 Öztekin Gelgel (n 5) 117; Tarman, *Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk* (n 10) 406; Matulionyte (n 12) 92.

51 ibid 92.

Taslak İLA Rehberi'nde ise fikri mülkiyet hakkının ihlalinden doğan taleplere uygulanacak hukukta hukuk seçiminin ne zaman yapılacağına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

### **C. Hukuk Seçiminin Zayıf Tarafın Korunması ve Üçüncü Kişilere Etkisi Bakımından İncelenmesi**

Fikri mülkiyet haklarının ihlaline uygulanacak hukukta hukuk seçimi tanıyan düzenlemelere getirilen en önemli eleştirilerden biri, bu alanda hukuk seçimine yer verildiği takdirde üçüncü kişilerin haklarının söz konusu hukuk seçiminden nasıl etkileneceği veyahut etkilenip etkileneceği yönündedir. Fikri mülkiyet haklarının ihlaline uygulanacak hukukta hukuk seçiminin üçüncü kişilere etkisi, zayıf tarafın korunması ve üçüncü kişilerin hakları bakımından iki yönlü incelenmelidir.

#### **1. Zayıf Tarafın Korunması Bakımından Hukuk Seçimi**

Çalışmamız kapsamında incelenen *soft law* düzenlemelerinde zayıf tarafı korumak amacıyla doğrudan uygulanan kurallara ve kamu düzeni istisnasına yer verilmiştir. Doğrudan uygulanan kurallar ile kamu düzeni istisnası, devletin kamu menfaatinin yoğun bir şekilde ön planda tutulduğu düzenlemelerdir. Bununla birlikte, çalışmamızda daha önce de bahsettiğimiz üzere, fikri mülkiyet haklarının ihlalinden doğan taleplere uygulanacak hukukta özellikle sorumluluğa ve maddi tazminata ilişkin ihtilafların kamu menfaatini ilgilendirmediği doktrinde kabul edilmektedir.

Kamu düzeni istisnasına açıkça CLIP Prensipleri ile Taslak İLA Rehberi'nde yer verilmiştir. CLIP Prensipleri'nin m. 3:902 düzenlemesinde, Prensiplere göre herhangi bir devlet hukukuna ait kural uygulanırken, söz konusu kuralın sadece *lex fori*'nin kamu düzenine aykırı olması halinde reddedilebileceği kabul edilmiştir. Taslak İLA Rehberi'nin m. 28 düzenlemesi de CLIP Prensipleri ile paraleldir.

Uygulanacak hukukun bir sınırı olarak doğrudan uygulanan kurallara CLIP Prensipleri'nde ve Taslak İLA Rehberi'nde yer verilmiştir. Söz konusu iki *soft law* metni de hem *lex fori*'nin doğrudan uygulanan kurallarına hem de üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarına ilişkin hükümler içermektedir. Her şeyden önce CLIP Prensipleri'nin m. 3:901 (2) düzenlemesinde doğrudan uygulanan kuralların ne olduğuna ilişkin bir tanıma yer verilmiştir. Buna göre doğrudan uygulanan kurallar; kamu menfaatini koruyan, devletin politik, sosyal ve ekonomik anlayışına ilişkin olan, içeriği itibariyle kapsamına giren her konuda uygulanan kurallardır.

CLIP Prensipleri'nin m. 3:901(3) düzenlemesinde, *lex fori*'nin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanmasının Prensipler tarafından hiçbir şekilde kısıtlanamayacağı kabul edilmiştir. CLIP Prensiplerinin m. 3:901(1) düzenlemesinde de üçüncü devletin

doğrudan uygulanan kurallarına yer verilmiştir. Söz konusu hükme göre, uyuşmazlık ile sıkı ilişki içerisinde bulunan başka bir devlet hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına da etki tanınabilecektir. Üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınabilmesi için söz konusu kuralların niteliği, amacı ve uygulanmasının ya da uygulanmamasının sonuçları dikkate alınmalıdır. Taslak ILA Rehberi'nin m. 29(1) düzenlemesi de, CLIP Prensipleri'nde olduğu gibi *lex fori*'nin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanmasının hiçbir şekilde kısıtlanamayacağını kabul etmiştir. Taslak ILA Rehberi'nin m. 29(2) düzenlemesinde ise, Rehber'in gösterdiği hukuk uygulanırken uyuşmazlık ile sıkı ilişki içerisinde bulunan herhangi bir devlet hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına da etki tanınabileceği kabul edilmiştir.

ALI Prensipleri'nin m. 323 düzenlemesinde, uyuşmazlıkla ilgili ilişki içerisinde bulunan devletin doğrudan uygulanan kurallarına mahkeme tarafından etki tanınabileceği kabul edilerek zayıf tarafı korumak amacıyla getirilen kurallara etki tanıma imkânı sağlanmıştır<sup>52</sup>.

ALI Prensipleri'nin m. 302(5)(a) düzenlemesinde genel işlem şartlarında hukuk seçimine ilişkin yer alan düzenlemeler, sözleşmeyi düzenlemeyen zayıf taraf için ancak sözleşmenin yapıldığı esnada makul ise ve kolayca erişilebiliyorsa aynı zamanda mahkeme ve taraflar için sonradan atıf yapılması mümkünse geçerli olacaktır<sup>53</sup>. ALI Prensipleri, hukuk seçimine ilişkin düzenlemenin makul olup olmadığının tespitinde dikkate alınacak kriterleri de aynı düzenlemenin (b) bendinde belirtmiştir. Buna göre; taraflar arasındaki yakın ilişki, sözleşmenin maddi içeriği, seçilen Devlet hukuku, tarafların yerleşim yeri ve menfaati, sözleşmenin düzenlenmesinde yer almayan tarafın olanakları ve kültürü dikkate alınarak belirlenecektir.

Bir tarafın zayıf taraf olduğu fikri mülkiyet hak ihlaline ilişkin ihtilaflarda, kamu düzeni istisnasına ve doğrudan uygulanan kurallara her durumda başvurulmayacağı doktrinde ifade edilmiştir. Söz konusu görüşe ancak koruma devletinin hukukunun hukuk seçiminden etkilenen zayıf tarafı koruyamaması halinde kamu düzeni istisnasına ve doğrudan uygulanan kurallara başvurulmalıdır<sup>54</sup>.

Fikri mülkiyet hakkının ihlalden doğan taleplere uygulanacak hukukta tarafların hukuk seçiminde bulunması halinde, zayıf tarafı koruyucu bir diğer düzenlemeye Japon Şeffaflık Tasarısı'nda da yer verilmiştir. Japon Şeffaflık Tasarısı'nın m. 301(2) düzenlemesine göre, fikri mülkiyet hakkı ihlalinin taraflar arasındaki sözleşmenin ihlalden kaynaklanması halinde, sözleşmeye uygulanacak hukukun fikri mülkiyet hakkının ihlaline de uygulanacağı kabul edilmiştir. Böylelikle sözleşmeye uygulanacak hukuk, fikri mülkiyet hakkının ihlalinin gerçekleşmesinden sonra uygulama alanı

---

52 ibid 160.

53 *The American Law Institute, Principles of the Law, Intellectual Property* (American Law Institute Publishers 2008) 132.

54 Matulionyte (n 12) 94.

bulduğu için, hukuk seçimi de ihlalden sonra gerçekleşmiş olacaktır. Doktrinde bu düzenlemenin zayıf tarafı korumak amacıyla kabul edildiği ileri sürülmektedir<sup>55</sup>. Benzer bir yaklaşıma, çalışmamızda ele aldığımız üzere Roma II Tüzüğü'nde haksız fiillere uygulanacak hukukta hukuk seçimi bakımından da yer verilmiştir. Roma II Tüzüğü, her ne kadar fikri mülkiyet hakkının ihlaline uygulanacak hukukta hukuk seçimine yer vermese de, haksız fiile uygulanacak genel kuralın yanında m. 14 düzenlemesinde hukuk seçimine yer vermiş ve m.14(1)(b) düzenlemesinde de tarafların ticari bir faaliyet ilişkisi içinde olması ve zarara sebep olan fiilin gerçekleşmesinden önce serbestçe müzakere etmeleri şartıyla, haksız fiilin meydana gelmesinden önce (*ex ante*) hukuk seçiminde bulunabileceklerini kabul etmiştir. Sonradan hukuk seçimine ilişkin söz konusu sınırlamanın zayıf tarafı korumak amacıyla getirildiğine çalışmamızda değinmiştik. Bunun yanında doktrinde, Roma II Tüzüğü m. 14(1)(b) düzenlemesinin fikri mülkiyet haklarının ihlaline uygulanması olasılığında; söz konusu hükmün, lisanslı içeriği hem çevrimiçi hem de çevrimdışı kullanmak isteyen bireysel kullanıcıları koruyacağı savunulmaktadır<sup>56</sup>.

## 2. Üçüncü Kişiler Üzerindeki Etki Bakımından Hukuk Seçimi

Fikri mülkiyet hakkının ihlaline uygulanacak hukukta hukuk seçimine yer veren düzenlemelerde en çok tartışılan hususlardan biri de bu hukuk seçiminin üçüncü kişilere karşı etkili olup olmadığıdır. Çalışmamızda incelediğimiz *soft law* metinlerinin çoğunda, hukuk seçiminin üçüncü kişilere karşı etki doğurmayacağı yönünde düzenlemelere yer verilmiştir.

ALI Prensipleri'nin m. 302(3) düzenlemesinde, tarafların hukuk seçimi yönünde yapacağı anlaşmanın üçüncü kişilerin hakları üzerinde aleyhe bir etki doğurmayacağı belirtilmiştir. ALI Prensipleri'nde yer alan bu düzenleme, irade serbestisi prensibine mümkün olduğunca yer vererek irade serbestisi prensibi ile kamu menfaati arasındaki dengeyi korumak yönünde değerlendirilmiştir<sup>57</sup>.

Ortak Kore Japon Prensipleri'nin m. 302(2) düzenlemesinde, tarafların aralarında hukuk seçimine ilişkin yapacağı anlaşmanın, üçüncü kişilerin kazanılmış hakları üzerinde etki doğurmayacağı kabul edilmiştir. Japon Şeffaflık Tasarı'nın m. 304(1) düzenlemesine göre ise, fikri mülkiyet hakkının ihlaline ilişkin ihtilaflarda taraflar, fikri mülkiyet hakkının ihlali meydana geldikten sonra ihlalin oluşumuna ve ihlalden doğan taleplere uygulanacak hukuku değiştirebileceklerdir. Bununla birlikte uygulanacak hukukun değişmesi halinde üçüncü kişilerin hakları ihlal ediliyorsa böyle bir durumda hukuk değişikliğinin üçüncü kişiye karşı ileri sürülemeyeceği kabul edilerek üçüncü kişinin hakları koruma altına alınmıştır.

55 ibid 94.

56 ibid 95.

57 Kojima, Shimanami and Nagata (n 43) 204; Fiordalisi (n 38) 211.

Hukuk seçiminin üçüncü kişiler üzerinde etkili olmayacağı yönünde *soft law* metinlerde incelediğimiz kurallara yer verilmiş olmakla birlikte, bu konuda sessiz kalan düzenlemeler de vardır. Örneğin, CLIP Prensipleri’nde hukuk seçiminin üçüncü kişiler üzerindeki etkisine ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Milli hukuk sistemlerine bakıldığında, fikri mülkiyet hakkının ihlalinden doğan taleplere uygulanacak hukukta sınırlı hukuk seçime yer veren İsviçre hukuku, Çin hukuku ve Türk hukukunda, tarafların yapacağı hukuk seçiminin üçüncü kişilere etkisine ilişkin bir hükme yer verilmemiştir.

Hukuk seçiminin üçüncü kişiler üzerinde etkili olup olmayacağına ilişkin bir hükme yer verilmemesinin sebebi olarak doktrinde, genel olarak sözleşmelerin sadece taraflar arasında geçerli olacağı gösterilmiştir. Bunun yanında aynı görüş, hukuk seçiminin, zarar meydana gelmeden önce ya da sonra yapılacak hukuk seçiminin üçüncü kişiler üzerinde bir etki doğurmayacağını da ileri sürmektedir. Görüş iddiasını, sözleşmelere uygulanacak hukukta tarafların seçtiği hukukun üçüncü kişiler üzerinde etki doğurup doğurmayacağı meselesine ilişkin hükme Roma I Tüzüğü’nde yer verilmemiş olması ile açıklamaktadır<sup>58</sup>. Roma I Tüzüğü m. 3(2)’ye göre, sözleşmenin kurulmasından sonra tarafların hukuk seçimine ilişkin bir değişiklik yapması halinde üçüncü kişilerin bu değişiklikten etkilenmeyeceği ifade edilmiştir. Bunun dışında tarafların seçtiği hukukun üçüncü kişiler üzerindeki etkisine ilişkin bir düzenlemeye verilmemiştir.

## Sonuç

Fikri mülkiyet haklarının ihlaline uygulanacak hukukta ülkesellik prensibi kabul edilerek koruma devletinin hukukunun uygulanacağı gerek Türk milletlerarası özel hukukunda ve gerekse karşılaştırmalı hukukta kabul edilmiştir. Bunun yanında başta İsviçre olmak üzere milli hukuk sistemlerinde sınırlı hukuk seçimi olarak koruma ülkesi hukukunun yanında mahkemenin hukukunun da seçilebileceği kabul edilmiştir. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunumuz’un m. 23 düzenlemesinde de İsviçre hukukunda yer alan sınırlı hukuk seçimine yer verilmiştir.

Milli hukuklarda yer alan bu sınırlı hukuk seçimi, bir devlet hukuku teşkil etmeyen milletlerarası hukuk kurallarında daha da genişleyerek kabul edilmeye başlanmıştır. Çalışmamızda ele aldığımız Amerikan Hukuku Enstitüsü tarafından hazırlanan ALI Prensipleri, Avrupa Max-Planck Grubu’nun Fikri Mülkiyet Haklarında CLIP Prensipleri, Japon Şeffaflık Tasarısı, Ortak Kore Japon Prensipleri ve Taslak ILA Rehberi’nde fikri mülkiyet haklarının ihlalinden doğacak uyuşmazlıklarda tarafların hukuk seçiminde bulunabilecekleri kabul edilmiştir. Söz konusu metinler tarafları ve mahkemeleri bağlayıcı kurallar olmamakla birlikte yol gösterici hukuk kuralları içermektedir. Nitekim CLIP Prensipleri’nin önsözünde açıkça bu

58 Matulionyte (n 12) 95.



kuralların yorumlayıcı ve tamamlayıcı model kurallar olduğu, uyuşmazlıkların çözümünde mahkemeler ve hakemler tarafından milletlerarası özel hukukun fikri mülkiyet haklarına ilişkin genel prensipleri olarak dikkate alınabileceği ve tarafların aralarındaki sözleşmesel ve sözleşme ötesindeki ilişkilerini düzenlerken bu kurallara başvurabileceği belirtilmiştir.

Çalışmamızda incelediğimiz *soft law* düzenlemelerinin ortak yanı, fikri mülkiyet hakkının ihlalden doğan taleplere uygulanacak hukukta taraf iradesine yer verilmiş olmasıdır. Bununla birlikte, söz konusu kuralların hepsinde taraf iradesine getirilen sınırlamalar bakımından çeşitli farklılıklar mevcuttur. Örneğin CLIP Prensipleri sadece fikri mülkiyet hakkının ihlalden doğan taleplere uygulanacak hukukta hukuk seçimini kabul etmiş iken, ALI Prensipleri’nde hangi tür uyuşmazlıkların hukuk seçimine tabi olmadığı bir liste olarak verilmiş ve onun dışında kalan tüm fikri mülkiyet hakkına ilişkin uyuşmazlıklarda tarafların hukuk seçebileceği kabul edilmiştir. Hukuk seçiminin ne zaman yapılacağı da çalışmamızda ele aldığımız hukuk kurallarında farklı düzenlenmiştir. ALI Prensipleri, CLIP Prensipleri ve Ortak Kore Japon Prensipleri hem fikri mülkiyet hakkının ihlalden önce (*ex ante*) hem de sonra (*ex post*) tarafların hukuk seçiminde bulunabileceğini kabul etmiş iken, Japon Şeffaflık Tasarısı’nda sadece fikri mülkiyet hakkının ihlalden sonra hukuk seçiminin yapılabileceği kabul edilmiştir.

Fikri mülkiyet haklarının ihlalden uygulanacak hukukta hukuk seçimi tanınması halinde, söz konusu hukuk seçiminin üçüncü kişilerin haklarının üzerinde nasıl bir etki yaratacağı doktrinde irade serbestisi prensiplerine yöneltilen eleştirilerden biri olmuştur. Çalışmamızda ele aldığımız hukuk kurallarına bakıldığında gerek zayıf tarafın korunması ve gerekse üçüncü kişilerin hakların etkilenmemesi için çeşitli düzenlemeler kabul edilmiştir. Söz konusu metinlerde zayıf tarafın korunması amacıyla kamu düzeni istisnasına ve doğrudan uygulanan kurallara yer verilmiş ve CLIP Prensipleri dışındaki metinlerde üçüncü kişilerin yapılan hukuk seçiminden etkilenmeyeceği açıkça kabul edilmiştir.

Fikri mülkiyet haklarının ihlalden doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukukta gerek milli hukuklarda ve gerek çalışmamız kapsamında incelediğimiz *soft law* metinlerde öncelikle ülkesellik prensibi hâkim olmakla birlikte, globalleşen dünyada aynı anda birden fazla ülkede bir fikri mülkiyet hakkının ihlal edilmesi olasılığının bulunmasından dolayı taraflara sınırlı da olsa hukuk seçimi imkânı tanınması gereği ile karşılaşılmıştır. Kanaatimizce, fikri mülkiyet haklarına ilişkin hukukun önde gelen enstitüleri tarafından hazırlanmış olan bu metinler, kanun koyucular ve uygulayıcılar tarafından dikkate alınmalı ve mevcut milli düzenlemeler, ülkesellik prensibi yanında üçüncü kişilerin haklarını ihlal etmeyecek biçimde hukuk seçimine imkân tanıyarak revize edilmelidir.

**Hakem Değerlendirmesi:** Dış bağımsız.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

**Finansal Destek:** Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.

**Conflict of Interest:** The author has no conflict of interest to declare.

**Grant Support:** The author declared that this study has received no financial support.

---

## Bibliyografya/Bibliography

*The American Law Institute, Principles of the Law, Intellectual Property* (American Law Institute Publishers 2008).

Aybay R and Dardağan E, *Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı)* (2nd edn, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2008).

Basedow J, 'Foundations of Private International Law in Intellectual Property' in Jürgen Basedow, Toshiyuki Kono and Axel Metzger (eds), *Intellectual Property in the Global Arena* (Mohr Siebeck 2010) 3-29.

de Boer T M, 'Party Autonomy and Its Limitations in the Rome II Regulation' (2007) 9 Yearbook of Private International Law 19-29.

Can H and Toker A G, *Milletlerarası Özel Hukuk* (3rd edn, Adalet 2018).

Çelikel A and Erdem B B, *Milletlerarası Özel Hukuk* (15th edn, Beta 2017)

Dardağan Kibar E, 'Fikri Haklar Alanında Uygulanacak Hukuk Sorunu' in Bilgin Tiryakioğlu, Mesut Aygün and Ali Önol (eds), *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu* (Yetkin 2016) 439-454.

Dickinson A, *The Rome II Regulation: The Law Applicable to Non-Contractual Obligations* (Oxford University Press 2008).

Doğan V, *Milletlerarası Özel Hukuk* (6th edn, Savaş 2020).

Druzin B H, 'Why does Soft Law Have any Power Anyway?' (2016) Asian Journal of International Law 1-18.

de la Durantaye K, 'Infringement of Intellectual Property Rights' in Graf-Peter Calliess (ed) *Rome Regulations* (Wolters Kluwer 2015) 626-642.

van Engelen D, 'The Netherlands' in Toshiyuki Kono (ed) *Intellectual Property and Private International Law* (Hart Publishing 2012) 851-875.

Erdem B B, *Patent Hakkının Korunmasına ve Patent Hakkına İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk*, (2nd edn, Beta 2002).

Fiordalisi E, 'The Tangled Web: Cross-Border Conflicts of Copyright Law in the Age of Internet Sharing' (2015) 12(2) Loyola University Chicago International Law Review 197-213.

Graziano T K, 'Freedom to Choose the Applicable Law in Tort – Articles 14 and 14(3) of the Rome II Regulation' in John Ahern, William Binchy (eds), *The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-contractual Obligations: A New International Litigation Regime* (Martinus Nijhoff Publishers 2009) 113-132.

Kaplan Y, *İnternet Ortamında Fikri Hakların Korunmasına Uygulanacak Hukuk* (Seçkin 2004).

Kojima R, Shimanami R and Nagata M, 'Applicable Law to Exploitation of Intellectual Property Rights in the Transparency Proposal' in Jürgen Basedow, Toshiyuki Kono and Axel Metzger (eds), *Intellectual Property in the Global Arena* (Mohr Siebeck 2010) 181-228.

- Kono T and Jurcys P, 'General Report' in Toshiyuki Kono (ed), *Intellectual Property and Private International Law* (Hart Publishing 2012) 1-216.
- Matulionyte R, *Law Applicable to Copyright* (Edward Elgar 2011).
- Matulionyte R, 'Calling for Party Autonomy in Intellectual Property Infringement Cases' (2013) 9(1) *Journal of Private International Law* 77-99.
- Metzger A, 'Community IP Rights&Conflict of Laws – Community Trademark, Community Design, Community Patent – Applicable Law for Claims for Damages' in Josef Drexl and Annette Kur (eds), *Intellectual Property and Private International Law – Heading for the Future* (Hart Publishing 2005) 215-225.
- Metzger A, 'Applicable Law under the CLIP Principles: A Pragmatic Reevaluation of Territoriality' in Jürgen Basedow, Toshiyuki Kono and Axel Metzger (eds), *Intellectual Property in the Global Arena* (Mohr Siebeck 2010) 157-178.
- Mills A, *Party Autonomy in Private International Law* (Cambridge University Press 2018).
- Nomer E, *Devletler Hususi Hukuku* (22nd edn, Beta 2017).
- Özsunay E, *Karşılaştırmalı Hukuka Giriş* (Sulhi Garan Matbaası 1976).
- Öztekin Gelgel G, *Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Birliği Düzenlemesi* (Beta 2006).
- Portegas Sender M, *Cross-Border Enforcement of Patent Rights* (Oxford University Press 2002).
- Richter T, *Parteiautonomie im Internationalen Immaterialgüterrecht: Eine rechtsvergleichende Untersuchung de lege lata und de lege ferenda* (Mohr Siebeck 2017).
- Sargın F, *İnternet Aracılığıyla Gerçekleşen Marka İhlalleri Hakkında Milletlerarası Yetkiyi Haiz Mahkemeler ve Uygulanacak Hukuk* (Yetkin 2005).
- Schaper E, 'Choice-of-Law Rules in the EU – Special Issues with Respect to Community Rights – Infringement of Community Trade Marks and Applicable Law' in Josef Drexl and Annette Kur (eds), *Intellectual Property and Private International Law – Heading for the Future* (Hart Publishing 2005) 201-213.
- Şanlı C, Esen E and Ataman-Figanmeşe İ, *Milletlerarası Özel Hukuk* (7th edn, Beta 2019).
- Tarman Z D, *Haksız Rekabetten ve Aldatıcı Reklamlardan Doğan Uyuşmazlıklarda Uygulanacak Hukuk* (Beta 2011).
- Tarman Z D, 'Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma II Tüzüğü (AT 864/2007)' in Işıl Özkan, Ceyda Süral, Uğur Tütüncübaşı (eds), *Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku* (Adalet 2016) 399-427.
- Tekinalp G and Uyanık A, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları* (12th edn, Vedat 2016).
- Tütüncübaşı U, *Akit Dışı Borç İlişkilerinde Hukuk Seçme Serbestisi* (Adalet 2018).
- Vischer F, 'Art. 110' in Daniel Girsberger, Anton Heini and Max Keller (eds), *Zürcher Kommentar zum IPRG* (2nd edn, Schulthess) 1156-1158.
- Vogeler A, *Die freie Rechtswahl im Kollisionsrecht der außervertraglichen Schuldverhältnisse* (Mohr Siebeck 2013).





## Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Pechstein Kararı Çerçevesinde CAS'ın Tarafsızlığı ve Bağımsızlığı

### The Impartiality and Independency of the Court of Arbitration for Sport within the Framework of ECHR Pechstein Ruling

Hatice Özdemir Kocasakal<sup>1</sup>

#### Öz

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), uluslararası düzeyde bir sporcu olan Claudia Pechstein tarafından Spor Tahkim Mahkemesi (CAS) 'nin tarafsız ve bağımsız bir tahkim kurumu olmadığı, dolayısıyla adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiasıyla yaptığı başvuruyu oyçokluğu ile reddetmiştir. CAS'ın spor dünyasındaki yerini sağlamlaştırarak bu karar, birçok eleştiriyi de beraberinde getirmiştir. Karara muhalif kalan iki hâkim tarafından da dile getirilen bu eleştirilerin odak noktası, Mahkeme'nin bu kararı ile mahkemelerin tarafsızlığı ve bağımsızlığı konusunda geliştirmiş olduğu kendi içtihadından ayrılmış olmasıdır. Bu çalışmanın konusu, AİHM'in kendi içtihadı ile ortaya koymuş olduğu prensipler çerçevesinde Pechstein Davasında vermiş olduğu kararı eleştirel bir bakış açısıyla incelemek ve CAS'ın gerçekten tarafsız ve bağımsız bir yargı mercii olarak kabul edilebilmesi için yapılması gereken değişiklikler konusunda bazı önerilerde bulunmaktır.

AİHM'e yapılan başvurunun diğer gerekçesi, Pechstein hakkında yapılan yargılamada talepte bulunulmuş olmasına rağmen duruşmaların kamuya açık yapılmamış olmasıdır. AİHM, bu konuda başvuruyu oybirliği ile kabul etmiş ve CAS'ta duruşmaların gizli yapılmış olmasının adil yargılanma hakkının ihlali niteliğinde olduğu sonucuna ulaşmıştır. Çalışmamızda bu konu ile ilgili kısa açıklamada bulunulacak ve CAS kurallarında bu doğrultuda yapılan değişiklikler hakkında bilgi verilecektir.

#### Anahtar Kelimeler

CAS, Pechstein, Adil yargılanma hakkı, Mahkemelerin tarafsızlığı ve bağımsızlığı, Tahkim ve adil yargılanma hakkı

#### Abstract

European Court of Human Rights (ECtHR) rejected, by a majority vote, the application of Claudia Pechstein, an international athlete, who claimed that Court of Arbitration for Sport (CAS) is not an impartial and independent arbitration institution, thus CAS has violated her right to fair trial. Many criticism has been brought against this judgment of the ECtHR, which solidified CAS's role in the world of sport. The focal point of this criticism, which was also expressed by two ECtHR judges who wrote dissenting opinions, is the fact that ECtHR was estranged from its own case law with respect to courts' impartiality and independency. The subject matter of this article is the examination of the ECtHR's judgment in the Pechstein case with a critical view in light of principles laid down in the case law of the ECtHR and the proposition of potential revisions to be made by CAS in order to be accepted as an impartial and independent judicial mechanism.

Another ground for Pechstein's application to the ECtHR was that CAS hearings were held privately despite Pechstein's request for public hearings. ECtHR unanimously upheld this application and found the breach of right to fair trial. This article also analyses this issue and informs the audience on the amendments made in the CAS rules in this vein.

#### Keywords

CAS, Pechstein, Right to fair trial, Impartiality and independency of courts, Arbitration and due process

\* Sorumlu Yazar: Hatice Özdemir Kocasakal (Prof.), Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: hkocasakal@gmail.com ORCID: 0000-0001-5754-9406

Atf: Özdemir-Kocasakal H, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Pechstein Kararı Çerçevesinde CAS'ın Tarafsızlığı ve Bağımsızlığı" (2020) 40(1) PPIL 79. <https://doi.org/10.26650/ppil.2020.40.1.0031>



### **Extended Summary**

The reason for ECtHR's rejection of Pechstein's allegations that CAS is not an impartial and independent judicial institution and that there has been a violation of Article 6 of the ECHR is in complete contradiction to the Court's own case law on this subject matter. Indeed, the fact that the Council is a structure dominated by international federations and that this structure has powers- such as the determination of the list of arbitrators, the selection of heads of arbitration chambers and indirectly the chairman of the arbitral tribunal, the election of the general secretary- creates a situation in favour of international federations taking part in arbitration proceedings and an unfair situation against the athletes who will be on the other side of the proceedings. Such disproportionate powers granted to international federations indicate the need to acknowledge that CAS does not appear to be an impartial and independent judicial authority and that there are reasonable suspicions as to its impartiality. Despite this, the ECtHR's search for proof for the international federation (ISU)'s taking part in the drawing up of the arbitrator's list or for the removal of CAS arbitrators' impartiality in the *Pechstein* case means that the ECtHR decided contrary to its case law on the matter of impartiality.

In our opinion, the real rationale for this judgment of the ECtHR is to be found in the importance of CAS for the sports world and the interests of international federations in the continuation of this system and in ensuring that the rules set forth by the IOC and its international federations are consistently implemented without the intervention of state courts. Recognizing these features of the CAS should not eliminate the need to adopt measures ensuring a more impartial and independent appearance, especially in disciplinary disputes which athletes are party to.

Some suggestions may be made to address CAS's lack of impartial appearance in light of the dissenting opinion to the ECtHR judgement, and also in light of the Munich Court Appeal's judgment, as well as in views expressed in the literature: a- First of all, the structure of the Council should be changed and individuals and organizations other than international federations, such as athletes, clubs, coaches and trainers, who may be parties to sports disputes, should also take part in the selection of Council members. Considering that CAS has mandatory jurisdiction over disciplinary disputes and that athletes are usually a party to these disputes, it should be ensured that athletes are effective in directly electing Council members

During the course of this long-term plan on structural change, it could be possible to reduce the Council's influence over the drawing up of the arbitrators' list, or to adopt arrangements ensuring that athletes are directly influential in the formation of this list. The amendment of the Statute of CAS in 2019 is an inadequate step, as the Council controls the members of the newly constituted membership commission

which is now in charge of proposing arbitrators to the closed list, and it is still the Council who makes the final decision regarding the arbitrators' list.

Permitting the selection of off-list persons as arbitrators must be considered as an alternative solution. Closed list practice is supported by two reasons: The first reason is that sports disputes require expertise and that this requirement is complied with by selecting experts when creating the list. This reason is not convincing because parties can freely choose their arbitrators in other technical disputes. Besides, there is no doubt that parties that are in the position of selecting their own arbitrators will take due consideration in choosing an expert of the field. The second reason for the closed list practice is to ensure consistency in CAS's case law and therefore equality/justice among athletes. It is stated that the arbitrators on the list are regularly informed of the CAS case law. However, there is literature arguing that this method is not very effective, that all 300 arbitrators on the list do not have detailed information about CAS case law, and that it could also be possible to achieve the same objective by providing information about this case law to everyone interested in sports arbitration. Furthermore, this information may be made by the CAS secretariat after the selection of the arbitrator, not in advance, or at the scrutiny phase by the CAS general secretary. It is not impossible to agree with the view that the objective of ensuring consistency can also be achieved by establishing a list of persons who will serve as chairman or sole arbitrator and regularly informing them of the CAS's case law and allowing other arbitrators to be elected off the list.

It is also necessary to change the regulation that the arbitrator, who will serve as the chairman or sole arbitrator, will be appointed by the head of the chamber chosen by the Council. Such a change will ensure the impartial formation of the arbitral tribunal. Here, as in the method proposed as a solution to the closed list practice, a list of arbitrators that will serve as chairman or sole arbitrator can be created, and a method may be thought of, such as selecting arbitrators from this list in turn or by drawing.

The rule giving the impression that the CAS secretary general intervenes on the substance of the arbitrator's decision (in draft form) should be changed and it should be clearly set forth that the secretariat can only make revisions in terms of form and cannot propose any substantive change. It is particularly important to make such a change, given that the CAS's secretary general is appointed by the Council. In fact, the common reason for the closed list practice and the secretary general's scrutiny over the award is to ensure that the award is consistent with the CAS's case law. This can be achieved in different ways, by providing information to the arbitral tribunal, particularly after the formation of the arbitral tribunal, on the relevant CAS case law.

## Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Pechstein Kararı Çerçevesinde CAS'ın Tarafsızlığı ve Bağımsızlığı

### Giriş

Uluslararası Sürat Pateni Federasyonu (*ISU-International Skating Union*) tarafından hakkında verilen disiplin kararı aleyhine bir yandan Spor Tahkim Mahkemesi'ne (Court of Arbitration for Sport/ CAS) ve İsviçre Federal Mahkemesi'ne diğer yandan Alman mahkemelerine yaptığı başvurularla uzun süredir kendisinden bahsettiren *Claudia Pechstein*, nihayetinde 11 Kasım 2010 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)'ne başvuru yapmıştır. AİHM, *Pechstein*'in başvurusunu Romen futbolcu Adrian Mutu tarafından 13 Temmuz 2010 yılında yapılan başvuru ile birlikte değerlendirerek 2 Ekim 2018 tarihinde kararını vermiştir<sup>1</sup>.

*Pechstein*'in CAS kararından sonra gerek Alman mahkemelerine gerekse İsviçre Federal Mahkemesi'ne ve onun akabinde AİHM'e yaptığı başvuruların en önemli gerekçesi CAS'ın kurum olarak tarafsız ve bağımsız bir yargı mercii niteliği taşınamaması, dolayısıyla bu anlamda *adil yargılanma hakkının* ihlal edilmiş olmasıdır. Bu nedenle çalışmamızda, AİHM tarafından verilen karar özellikle bu açıdan bir değerlendirmeye tabi tutulacaktır.

Konunun daha iyi ortaya konulabilmesi için *Pechstein* Davası'nın AİHM'e başvuru aşamasına kadar olan süreci hakkında bilgi verilmesi uygun olacaktır. Bu nedenle çalışmamızda önce bu süreçten kısaca bahsedilecek<sup>2</sup> daha sonra AİHM'e başvuru gerekçeleri ve AİHM' in bu gerekçelere ilişkin değerlendirmeleri ayrı ayrı ele alınacaktır.

Alman vatandaşı *Claudia Pechstein*, uluslararası federasyonun (ISU) üyesi olan Alman Sürat Pateni Federasyonu'na bağlı olarak sportif faaliyet gösteren bir sürat patencisidir. Olimpiyat oyunlarında beş kere madalya kazanmış olan *Pechstein*, "tüm zamanların en çok madalya almış kış sporcusu" unvanını elinde bulundurmaktadır<sup>3</sup>.

*Pechstein*, 2000-2009 yılları arasında ISU tarafından birçok doping testine tabi tutulmuş ve bu testler sonucunda, kanındaki bir maddenin (*reticulocytose*) seviyesinin

1 Cour Européenne des droits de l'homme, 3. Section, Affaire *Mutu et Pechstein c. Suisse* (Requêtes nos 40575/10 et 67474/10), Arrêt, Strasbourg 2 Octobre 2018. Kararın metni için bkz. <https://hudoc.echr.coe.int>.

Kararda CAS'ın tarafsız ve bağımsız bir yargı mercii olduğunu tespit eden çoğunluk kararına iki hâkim tarafından muhalefet şerhi yazılmıştır. Muhalefet şerhi de kararın devamında yayımlanmıştır. AİHM kararına karşı *Pechstein* tarafından yapılan başvuru Büyük Daire tarafından 05.02.2019 tarihinde reddedilmiş ve karar, AİHS m. 44/2,c uyarınca kesinleşmiştir.

2 *Pechstein* Davasının, AİHM'e başvuru sürecine kadar olan aşamalarının özeti için bkz. *Requête no: 67474/10, Claudia PECHSTEIN contre la Suisse, introduite le 11 novembre 2010, Exposé des faits et questions*, [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-117166#{"itemid":\["001-117166"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-117166#{). Bu konuda yapılan açıklamalar, söz konusu metinden alınmıştır. Bu süreç hakkında ayrıca bkz. Mathias WITTINGHOFER and Sylvia SCHENK, *A Never Ending Story: Claudia Pechstein's Challenge to the CAS*, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/06/14/a-never-ending-story-claudia-pechsteins-challenge-to-the-cas/> (01.06.2018).

3 *Pechstein*'in katıldığı olimpiyat oyunları, aldığı ödüller ve kırdığı rekorlar hakkında bkz. <https://www.olympic.org/claudia-pechstein>; <https://www.britannica.com/biography/Claudia-Pechstein> (10.04.2019).



normalin çok üstünde olduğu tespit edilmiştir. 2009 Dünya Şampiyonası öncesi yapılan testlerde de (6 Şubat ve 18 Şubat 2009) aynı sonucun çıkması üzerine ISU, *Pechstein* aleyhine disiplin komitesine başvurmuş; Komite, 1 Temmuz 2009 tarihinde sporcu hakkında, 9 Şubat 2009 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere, iki yıl müsabakadan men kararı vermiştir.

*Pechstein* ve Alman Sürat Pateni Federasyonu, 21 Temmuz 2009 tarihinde karar aleyhine CAS' a temyiz başvurusunda bulunmuştur. CAS 25 Kasım 2009 tarihinde verdiği karar ile temyiz başvurusunu reddetmiş ve ISU'nun 2 yıl müsabakadan men kararını onamıştır.

*Pechstein*, 7 Aralık 2009 tarihinde CAS kararının iptali talebiyle İsviçre Federal Mahkemesi'ne başvurmuştur. Bu başvuruda, CAS'ın tarafsız ve bağımsız bir yargı mercii olmadığı;

Hakem heyeti başkanının daha önceki yargılamalarda dopinge karşı çok katı tutum sergilemesi dolayısıyla tarafsız olmadığı;

CAS genel sekreterinin hakem kararına sonradan müdahale ettiği ve açık duruşma yapılmadığı ileri sürülerek kararın iptali talep edilmiştir.

İsviçre Federal Mahkemesi, 10.02.2010 tarihinde verdiği karar ile iptal başvurusunu reddetmiştir<sup>4</sup>. Bunun üzerine *Pechstein*, bir yandan AİHM'e başvurmuş; diğer yandan Münih Bölge Mahkemesinde, ISU ve ona bağlı Alman federasyonu aleyhine, CAS tarafından haksız olarak 2 yıl müsabakadan men edildiğini, bu süreç içinde müsabakalara katılmadığı için yaklaşık 4 milyon Avro zarara uğradığını iddia ederek tazminat davası açmıştır.

Münih Mahkemesi 26.2.2014 tarihli kararı ile davalılar tarafından (*Pechstein* ile Federasyon arasındaki tahkim anlaşmasına dayanarak) ileri sürülen tahkim itirazını kabul etmiş ve yetkisizlik kararı vermiştir<sup>5</sup>.

Münih Mahkemesinin yetkisizlik kararı aleyhine kendisine başvuru Münih İstinaf Mahkemesi (*Oberlandesgericht*) 15 Ocak 2015 tarihinde, *Pechstein*'ın yapmış olduğu tahkim anlaşmasının geçerli olmadığını; geçersiz bir tahkim anlaşması ile Alman mahkemelerinin yetkisinin kaldırılamayacağını; uyuşmazlığın esası hakkında karar

4 Mahkemenin başvuru red gerekçeleri aşağıda ilgili kısımlarda açıklanacaktır.

5 Karar hakkında bkz. Despina MAVROMATI, *The Legality of the Arbitration Agreement in favour of CAS under German Civil and Competition Law, The Pechstein Ruling of the German Federal Tribunal (BGH) of 7 June 2016*, 2016/1, Bulletin TAS/ CAS Bulletin, 28; WITTINGHOFER/SCHENK (n 2) 2; Christian KEIDEL, *A guide to the Higher Regional Court's decision in the Pechstein case*, [https://www.lawinsport.com/content/articles/item/a-guide-to-the-higher-regional-court-s-decision-in-the-pechstein-case,\(05.06.2018\)](https://www.lawinsport.com/content/articles/item/a-guide-to-the-higher-regional-court-s-decision-in-the-pechstein-case,(05.06.2018)) 1.

Karardaki tespitlere aşağıda ilgili bölümlerde yer verilecektir.

verme yetkisinin bulunduğunu tespit eden bir karar vermiştir<sup>6</sup>. Bu karar 7 Haziran 2016 tarihinde Alman Federal Mahkemesi tarafından bozulmuştur<sup>7</sup>.

*Pechstein*, CAS kararı aleyhine açmış olduğu iptal davası Federal Mahkeme tarafından reddedilince son hukuki çare olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)'ne başvurmuştur. AİHM'e başvuru gerekçeleri, iptal davası açılırken ileri sürülen gerekçelerle örtüşmektedir. Gerçekten de, *Pechstein*, AİHM'e başvurusunda, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)'nin adil yargılanma hakkı ile ilgili 6. maddesinin ihlâl edildiğini iddia etmiş ve bu iddiasını şu gerekçelere dayandırmıştır:

ISU disiplin komitesinin ve CAS'ın tarafsız ve bağımsız olmaması;

Hakem heyeti başkanının daha önceki yargılamalarda dopinge karşı çok katı tutum sergilemesi dolayısıyla tarafsız olmaması,

CAS genel sekreterinin hakem kararına sonradan müdahale etmiş olması,

Disiplin komitesinde, CAS' ta ve Federal Mahkeme'de açık duruşma yapılmamış olması,

CAS kararının yeniden gözden geçirilmesine imkân verecek bir hukuki yol olmaması ve Federal Mahkeme sadece çok sınırlı bir inceleme yapma yetkisini haiz olduğu için adil yargılanma hakkının ihlâl edilmiş olması,

CAS'da izlenen prosedürün masumiyet karinesini ihlâl etmesi.

Çalışmamızda özellikle CAS'ın tarafsız ve bağımsız bir yargı kurumu olmamasının gerekçesi olarak *Pechstein* tarafından ileri sürülen iddialar, davalı İsviçre Hükümeti'nin bu iddialara karşı verdiği cevaplar ve AİHM'nin değerlendirmeleri, konuya ilişkin AİHM içtihadı ve doktriner görüşler çerçevesinde ayrıntılı olarak ele alınacak; diğer gerekçeler hakkında kısa açıklamalar yapılmakla yetinilecektir. Ancak öncelikle, AİHM'nin, bir tahkim kurumu olan CAS tarafından verilen kararın AİHS m.6'ya uygunluk açısından denetimini yapma yetkisinin olup olmadığı hakkında kısa bir değerlendirme yapılacaktır.

6 Kararın İngilizce tercümesi için bkz. [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2561297](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2561297) veya <https://www.asser.nl/SportsLaw/Blog/post/the-pechstein-ruling-of-the-olg-munchen-a-rough-translation>.

Karar hakkında bkz. Peter BERT, *Sports Arbitration: Munich Court Finds Arbitration Clause Invalid in Pechstein Case*, <http://www.disputeresolutiongermany.com/2014/02/sports-arbitration-munich-court-finds-arbitration-clause-invalid-in-pechstein-case/> (05.07.2019); Peter BERT, *Sports Arbitration – Munich Court of Appeals Does Not Recognize CAS Arbitral Award in Pechstein Case*, <http://www.disputeresolutiongermany.com/2015/01/sports-arbitration-munich-court-of-appeals-does-not-recognize-cas-arbitral-award-in-pechstein-case/> (05.07.2019).

7 Federal Mahkeme kararının İngilizce tercümesi için bkz. *English translation of the judgement of the German Federal Court of Justice, of 7 June, 2016 – KZR 6/15, 2016/1*, Bulletin TAS/ CAS Bulletin, 43-60. Kararın özeti ve değerlendirilmesi için bkz. MAVROMATI (n 5) 29 vd.

## I. AİHS m. 6' nın tahkim yargılamaları açısından uygulanabilirliği

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS), taraf devletlerin, bu Sözleşme ile öngörülen temel hak ve hürriyetleri ihlal eden davranışlarına karşı bireylere koruma sağlamak amacıyla hazırlanmıştır<sup>8</sup>. Dolayısıyla Sözleşme'nin asıl amacı, âkit devletler (onları temsil eden resmî kurumlar) tarafından gerçekleştirilecek hak ihlallerine karşı güvence oluşturmaktır.

Sözleşme'nin “Adil Yargılanma Hakkı” başlıklı 6.maddesinin ilk fıkrası şu şekildedir:

*Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir. Karar alenî olarak verilir. Ancak, demokratik bir toplum içinde ahlak, kamu düzeni veya ulusal güvenlik yararına, küçüklerin çıkarları veya bir davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veyahut, aleniyetin adil yargılamaya zarar verebileceği kimi özel durumlarda ve mahkemece bunun kaçınılmaz olarak değerlendirildiği ölçüde, duruşma salonu tüm dava süresince veya kısmen basına ve dinleyicilere kapatulabilir.*

Görüldüğü gibi madde, devlet mahkemelerinde yapılan yargılamalarda adil yargılanma hakkının güvence altına alınması için uyulması gereken ilkeleri belirlemektedir. Tahkim ise, yargılama yapma konusunda resmi bir sıfatı bulunmayan, -özel- kişiler (hakem) tarafından gerçekleştirilen bir yargılama yöntemidir. Diğer yandan tahkim, -kural olarak- tarafların irade serbestisi çerçevesinde işleyen bir yargılama yöntemidir; bir hukuki uyuşmazlığın, devlet mahkemeleri yerine tahkim yoluyla çözümlenebilmesi için uyuşmazlığın taraflarının bu yönde iradelerinin bulunması (tahkim anlaşması) gerekir.

AİHS m.6'nın, devlet mahkemelerinde gerçekleştirilen yargılamalarda adil yargılanma hakkını güvence altına alması ve tahkim anlaşması ile tarafların devlet mahkemelerine başvurmama konusunda anlaşmış olmaları karşısında öncelikle şu soruya cevap aranması gerekmektedir: Acaba tahkim anlaşması yaparak devlet mahkemelerine başvurma hakkından vazgeçen taraflar, aynı şekilde AİHS m.6 ile sağlanan adil yargılanma hakkına ilişkin teminatlardan da vazgeçmiş sayılırlar mı?

Diğer yandan AİHS m.6'da, adil yargılanma hakkının ihlal edilmemesi için mahkemenin *kanunla kurulmuş olması* aranmaktadır. Bu maddenin tahkim yargılamaları için uygulanabilmesi için tahkim mahkemelerinin “kanunla kurulmuş” mahkeme niteliğini taşıyıp taşımadığının da belirlenmesi gerekmektedir.

8 Sözleşme'nin 1. maddesinde, âkit devletlere, kendi yetki alanında bulunan kişilere, Sözleşme'nin I. Bölümünde tanımlanan hak ve özgürlükleri güvence altına alma yükümlülüğü getirilmektedir. Dolayısıyla Sözleşme ile tanımlanan hak ve özgürlükleri sağlama, âkit devletlerin yükümlülüğündedir. Sözleşmenin resmi Türkçe tercümesi için bkz. [https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_TUR.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf).

Bu iki soruya cevap verilebilmesi çok ayrıntılı inceleme yapılmasını gerektirmektedir. Biz burada, makalenin sınırlarını aşmamak adına, sadece *Pechstein* Davasında AİHM kararı ve iki hâkim tarafından yazılan muhalefet şerhinde bu konu ile ilgili olarak üzerinde durulan hususlarla sınırlı olarak inceleme yapmayı uygun görüyoruz.

### A. “Kanunla Kurulmuş Mahkeme” Kavramına Tahkim Mahkemeleri (CAS) Dahil midir?

*Pechstein* Davasında AİHM, AİHS m.6/ f.1’ de öngörülen *mahkemeye erişim hakkının* sağlanmış olması için mutlaka klasik anlamda devletin yargı sistemine entegre olmuş bir *mahkeme* olmasına gerek olmadığını; özel kişiler arasındaki malvarlığına ilişkin uyuşmazlıkların çözümü için tahkim mahkemeleri oluşturulmasının bu hakkın ihlali anlamına gelmediğini belirtmiştir<sup>9</sup>.

Mahkemeye göre, m.6’ da yer alan “kanunla kurulmuş mahkeme” ifadesi, mahkemenin varlığının ve yetkisinin yasal temeli yanında somut olarak bir uyuşmazlık hakkında karar verecek “hakimlerin” de kanunla belirtilen sınırlamalara uygun olarak belirlenmesini ifade eder. Dolayısıyla sadece yargısal organların kuruluşu ve yetkisine ilişkin yasal hükümler değil aynı zamanda belirli bir yargılamayı yapan heyette yer alabilecek hakimleri belirleyen hükümler de bu maddede geçen “kanun” kapsamına girer<sup>10</sup>.

Mahkeme, maddede geçen “mahkeme” (*tribunal*) ifadesinin, yargılama yapma yetkisini haiz ve taraflara ve yürütme organına karşı bağımsız olma gibi gerekliliklere uyan tüm organları kapsadığını belirtmiş ve her ne kadar bir vakıf<sup>11</sup> tarafından kurulmuş olsa da, CAS’ın hukuk kuralları çerçevesinde ve kendisine sunulan tüm hukuki ve fiili unsurları dikkate alarak yargılama yaptığını ve uyuşmazlıkları çözdüğünü; kararlarının yargısal bir karar niteliği taşıdığını ve bu kararlar aleyhine belirli durumlarda Federal Mahkeme’ye müracaat edilebildiğini; Federal Mahkeme’nin de, CAS kararlarının bir devlet mahkemesi tarafından verilmiş kararlar gibi sonuç doğurduğunu kabul ettiğini belirtmiş ve CAS’ın, m. 6/f.1’ de yer alan “kanunla kurulmuş mahkeme” görünümünde olduğu sonucuna ulaşmıştır<sup>12</sup>.

İki hâkim tarafından yazılan muhalefet şerhinde ise, CAS’ın kanunla kurulmuş mahkeme niteliğinde olmadığı belirtilmiştir. Muhalefet şerhinde bunun gerekçesi olarak AİHM tarafından verilen *Suda c. République Tchèque* davasındaki<sup>13</sup> değerlendirmelere

9 Karar paragraf 94.

10 Karar paragraf 138.

11 CAS, 1994 yılından itibaren Uluslararası Spor Tahkim Konseyi (*International Council of Arbitration for Sport*) adında, İsviçre Hukukuna göre vakıf niteliğini haiz bir kuruma bağlı olarak faaliyet göstermektedir. Konsey hakkında bkz. aşağıda paragraf 64-68.

12 Karar paragraf 139.

13 Requête no 1643/06, Arrêt Strasbourg 28 octobre 2010.

dayanılmıştır. Bu davada, başvuran hakem mahkemesine başvurma iradesini *serbestçe* açıklamamıştı; Mahkeme de iki gerekçeye dayanarak hakem mahkemesinin *kanunla kurulmuş mahkeme* olmadığını kabul etmişti: hakemlerin bir şirket tarafından belirlenen listede yer alan kişiler olması ve mahkemenin yetkisinin bir tahkim şartına dayanması. Muhalefet şerhinde, CAS tahkiminde bu karardakine benzer bir durum olduğu; CAS'ın, İsviçre Hukukuna göre kurulmuş bir vakıf olan Konseye bağlı, tüzel kişiliği olmayan bir tahkim kurumu olduğu; CAS'ın gerek yargı organizasyonunun çerçevesinin gerekse konu ve yer bakımından yetkisinin kanun ile belirlenmesi gerektiği; tarafların iradesi olmadan, yargısal yetki kullanan özel hukuk kurumları açısından kanunla kurulmuş olma kriterinin ayrıntılı bir şekilde incelenmesi gerektiği vurgulanmıştır.

Doktrinde ise, AİHS m. 6'da yer alan “kanunla kurulmuş olma” kriterinin, devletler tarafından belirli uyumsuzlukları çözmek üzere oluşturulmuş *istisnai (olağanüstü) mahkemeleri* dışlama amacı taşıdığı<sup>14</sup>; bu kriterin “tahkimi” de kapsayacak şekilde geniş yorumlanması gerektiği ifade edilmektedir. Gerçekten de, her ne kadar tahkim yargılamasını gerçekleştirecek olan hakemler taraflarca seçilse dolayısıyla kanunla kurulmuş mahkeme olmasa da, tahkimin kurum olarak işleyişinin kanun ile düzenlendiği ve tahkim yargılamasının meşruiyetini, iç hukuklarda yer alan yasal düzenlemelerden aldığı; mahkemeyi karakterize eden şeyin yerine getirdiği yargılama fonksiyonu (hukuk kurallarına dayanarak ve belirli bir usul çerçevesinde kendi yetkisi kapsamındaki uyumsuzlukları çözmek) olduğu ve tahkim mahkemelerinin de bu anlamda yargılama fonksiyonu yerine getirdiği; hakem kararına karşı kanun ile öngörülen bir başvuru mekanizması bulunduğu; tüm bu hususların hakem heyetinin geniş anlamda m.6 ile öngörülen kanun ile kurulan mahkeme kapsamına girdiğini gösterdiği<sup>15</sup>; bu nedenle şekli bir ayırım yaparak sadece devlet tarafından kurulan mahkemelerin m.6 kapsamına alınmasının ve tahkim mahkemelerinin kapsam dışı bırakılmasının yerinde olmadığı ifade edilmektedir<sup>16</sup>.

14 Aynı yönde, P. Lambert, « L'arbitrage et l'article 6, § 1, de la Convention européenne des droits de l'homme », in *L'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'homme*, p. 19, Cécile CHAINAIS, *Exigences du procès équitable et arbitrage : existence et essence du droit à un procès arbitral équitable*, in, *Convention européenne des droits de l'homme et droit de l'entreprise*, Laure Milano (dir.), Nemesis/Anthemis, 2016,265-322, [https://www.researchgate.net/publication/320229736\\_Exigences\\_du\\_procès\\_équitable\\_et\\_arbitrage\\_existence\\_et\\_essence\\_du\\_droit\\_a\\_un\\_procès\\_arbitral\\_équitable\\_in\\_L\\_Milano\\_dir\\_Convention\\_européenne\\_des\\_droits\\_de\\_l'homme\\_et\\_droit\\_de\\_l'entreprise\\_NemesisAnth](https://www.researchgate.net/publication/320229736_Exigences_du_procès_équitable_et_arbitrage_existence_et_essence_du_droit_a_un_procès_arbitral_équitable_in_L_Milano_dir_Convention_européenne_des_droits_de_l'homme_et_droit_de_l'entreprise_NemesisAnth) (05.12.2018)281, dipnot 46'dan naklen; Sébastien BESSON, *Arbitration and Human Rights*, 2006, Volume 24, Issue 3, ASA Bulletin, 395, 401.

15 LAMBERT, CHAINAIS (n 14) 281'den naklen; BESSON (n 14) 402; Bilgehan YEŞİLOVA, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi*, Güncel Yayınevi, İzmir 2008, 141-142. Bu görüş hakkında bkz. KAYALI (n 31) 29.

16 François KNOEPFLER, *Les Droits de L'Homme et L'Arbitrage*, Swisslex RSDIE 2007, 463, 467 ve atf yapılan yazarlar özellikle Pierre Lambert.

Ancak konuyu şekli açıdan değerlendiren bazı yazarlar, tahkimin devlet tarafından kabul edilmesinin, hatta kontrol edilmesinin ve hakemlerin yargısal fonksiyon yerine getirmesinin, hakemlerin yetkilerini taraf iradesinden aldığı gerçeğini değiştirmeyeceğini ileri sürmektedirler (Charles JAROSSON, *L'arbitrage et la Convention Européenne des Droits de l'Homme*,1989/4, *Revue de l'Arbitrage*, 573, 579). Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi'nin, hakem mahkemesi üyelerinin taraflarca seçilmesi nedeniyle “kanunla kurulmuş mahkeme” kapsamına girmeyeceği (ATF 112 Ia 166); anayasa ve uluslararası anlaşmalar gereği herkesin kanunla kurulmuş bir mahkemede dava açma hakkı bulunduğu ancak tahkim anlaşması yapmak suretiyle bu haktan feragat edilebileceği (ATF 128 III 50) dolayısıyla AİHS m. 6'nın tahkim mahkemeleri açısından uygulanmayacağı yönünde kararları bulunmaktadır (KNOEPFLER (n 16) 469'dan naklen).

Kanaatimizce tahkimin, devletlerin hukuk sistemlerinde buna imkân veren düzenlemeler ve bu düzenlemelerle çizilen sınırlar içinde gerçekleşen bir yargı mekanizması olması, “kanunla kurulan mahkeme” kriterine uygunluk açısından yeterli görülmelidir. Gerçekten de, hakemlerin mahkemeler gibi yargılama faaliyeti yerine getirmesine, hakem kararlarının kendi mahkemeleri tarafından denetlenmesine ve bu kararların mahkeme kararları gibi sonuç doğurmasına imkân veren, devletlerin hukuk sistemlerinde yer alan düzenlemelerdir. CAS da bu anlamda İsviçre Hukuku çerçevesinde kurulmuş ve faaliyet gösteren, kararlarına karşı İsviçre Federal Mahkemesi’ne başvuru imkânı tanınmış olan bir yargı merciidir. Dolayısıyla tahkimin iradi niteliğinden ve hakemlerin taraflarca seçilmesinden hareketle, tahkim kurumlarının AİHS m.6 anlamında kanunla kurulmuş mahkeme kriterine uymadığı sonucuna ulaşılmamalıdır.

## B. Tahkim Anlaşması ile AİHS m.6’nın Sağladığı Güvencelerden Vazgeçilmiş Olur mu?

AİHM içtihadında, bireylerin mahkemeye başvurma hakkından, dolayısıyla AİHS m.6 ile “mahkemelerde” yapılan yargılamalarda taraflara sağlanan adil yargılanma hakkından (bu hakkın bazı unsurlarından) feragat edilebileceği; ancak bunun için, feragatin herhangi bir yasal zorunluluk veya baskı olmaksızın yapılması gerektiği; aksi takdirde AİHS m.6’nın ihlal edilmiş olacağı kabul edilmektedir<sup>17</sup>. Benzer şekilde, tahkim anlaşması yapmak suretiyle mahkemeye başvurma hakkından feragat edildiğinin; dolayısıyla AİHS m. 6’nın ihlal edilmediğinin kabul edilebilmesi için tahkim anlaşmasının *serbest irade* ile yasal bir zorunluluk veya baskı olmadan yapılmış olması gerekir<sup>18</sup>. Dolayısıyla tarafların serbest iradesine dayanmayan, kanun gereği zorunlu kılınmış bir tahkim<sup>19</sup> söz konusu ise, AİHS m. 6 ile öngörülen teminatlarla bu tahkim yargılamasında da uyulması gerekir<sup>20</sup>.

AİHM içtihadı ile ortaya konulan bu prensipler, *Pechstein* Davasında da tekrarlanmış ve tahkimin kanun gereği zorunlu kılındığı, taraflara başka bir yargı yoluna başvurma olanağı tanınmadığı durumlarda tahkim yargılamasında m.6/f.1’deki teminatların

17 Sibel İNCEOĞLU, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler* (4.Bası, Beta, İstanbul 2013), 154-155.

18 İNCEOĞLU (n 17) 154; Adam SAMUEL, *Arbitration, Alternative Dispute Resolution Generally and the European Convention on Human Rights*, (2004, Volume 21 Issue 5) Journal of International Arbitration, 413, 419.

AİHM tarafından *Deweer* davasında (*Deweer v. Belgium, Application no.6903/75, 27 February 1980*, paragraf 49) verilen kararda, mahkemeye başvurma hakkının mutlak olmadığı, bazı koşullarla bu haktan vazgeçilebileceği; tahkim anlaşması yapılmasının vazgeçme anlamına geldiği, bunun prensip olarak Sözleşme ile yasaklanmadığı, ancak vazgeçme iradesinin herhangi bir baskı olmaksızın (*absence of constraint*) ortaya konulması gerektiği ifade edilmiştir.

19 Tahkim, irade serbesti çerçevesinde oluşan ve işleyen bir uyumsuzluk çözüm yöntemi olduğu için, tarafların iradesi dışında başvuru yöntemleri “tahkim” olarak adlandırmak yerinde değildir. Bu tür mekanizmalar, belirli uyumsuzlukların çözümü için oluşturulmuş “özel yetkili mahkemeler” gibi değerlendirilmelidir. Ancak Türk Hukukunda olduğu gibi bazı ülke hukuk sistemlerinde de belirli açılardan tahkim yargılamasına özgü kuralların uygulanacağı “zorunlu tahkim” adı altında yargı mercii örneklerine rastlanmaktadır (Bu konuda bkz. Ziya AKINCI, *Milletlerarası Tahkim*, 4.Baskı, Vedat, İstanbul 2016, 6; Nuray EKŞİ, *Spor Tahkim Hukuku*, Beta İstanbul 2015,139-140; JAROSSON (n 16) 581-582).

20 Application No. 28101/95 *Nordström-Janzo and Nordström-Lehtine v. the Netherlands*, paragraf 32.

sağlanması gerektiği; ihtiyari tahkimde ise tarafların tahkim anlaşması yapmak suretiyle m.6 ile sağlanan usuli teminatlardan<sup>21</sup> vazgeçmiş sayılacakları, ancak bu vazgeçmenin geçerli olabilmesi için tahkim iradesinin serbestçe, meşru bir şekilde ve tereddütsüz ortaya konulması gerektiği vurgulanmıştır<sup>22</sup>.

Nitekim doktrinde de AİHS m.6'nın zorunlu yani *kanun ile empoze edilen tahkim* açısından doğrudan uygulanacağı<sup>23</sup> kabul edilmektedir. Gerçekten de kanunen belirli uyuşmazlıkların çözülmesi için oluşturulmuş ve tarafların söz konusu uyuşmazlığın çözümü için başvurmak zorunda oldukları *özel mahkeme*<sup>24</sup> niteliği taşıyan zorunlu tahkim kurumları, bir nevi mahkeme (devlet yargısı) işlevi gördüğünden<sup>25</sup>, AİHS m. 6'nın *zorunlu* tahkim kurumları açısından *doğrudan* uygulanması gerektiği kabul edilmelidir.

Diğer yandan, ihtiyari tahkim açısından AİHS m.6'nın ihlal edilmemiş sayılması için (tahkim iradesinin serbestçe ve tereddütsüz açıklanması gereği dışında) hakem kararının *mahkeme* tarafından denetiminin sağlanması<sup>26</sup> ve bu denetimin etkin bir şekilde yerine getirilmesi de gerekli görülmektedir<sup>27</sup>. Devlet mahkemeleri tarafından yapılan bu denetimde, hakemlerin AİHS m. 6 ile öngörülen teminatlara uygun hareket edip etmediklerinin incelenmesi ve tahkime ilişkin yasal düzenlemelerde bu denetimin yapılmasına olanak sağlayacak hükümlere yer verilmesi gerektiği<sup>28</sup>; bugün birçok ülke mevzuatında yer alan “kamu düzenine aykırılık” gerekçesinin bu anlamda kullanılabilmesi kabul edilmektedir<sup>29</sup>.

21 AİHM içtihadında, AİHS m. 6 ile teminat altına alınan hakların bazılarının (aleni duruşma yapılması gibi) tahkimin niteliği ile bağdaşmadığı; dolayısıyla tahkim anlaşması yapılması ile sadece bu tür haklardan feragat edilmiş olacağı kabul edilmektedir (Application No. 28101/95 *Nordström-Janzo and Nordström-Lehtine v. the Netherlands*; Application no. 31737/96 *SUOVANIEMI and others v. Finland*, 23 February 1999).

22 Karar paragraf 96-97 ve paragraf 103.

23 BESSON (n 14) 398; KNOEPFLER (n 16) 465; SAMUEL (n 18) 432.

24 KNOEPFLER (n 16) 465.

25 BESSON, (n 14) 398; Klara SVOBODOVA, *Application of the Article 6(1) of the ECHR in International Commercial Arbitration*, [https://dfkonline.sze.hu/images/egyedi/doktori/%C3%A1ll\\_%C3%A9s\\_jog\\_alap\\_%C3%A9rt%C3%A9kei\\_2010/2.%20k%C3%B6tlet%C3%A1ra.pdf\(01.06.2018\) 110](https://dfkonline.sze.hu/images/egyedi/doktori/%C3%A1ll_%C3%A9s_jog_alap_%C3%A9rt%C3%A9kei_2010/2.%20k%C3%B6tlet%C3%A1ra.pdf(01.06.2018) 110); SAMUEL (n 18) 41.

26 Hakem kararlarının mahkemeler tarafından denetimi iki şekilde olmaktadır: Tahkim yeri mahkemelerinin, hakem kararı aleyhine açılan iptal davası dolayısıyla yaptıkları denetim ve hakem kararının yabancı bir ülkede yerine getirilmesi amacıyla açılan tenfiz davalarında tenfiz hâkimisi tarafından yapılan denetim.

27 Application No. 28101/95 *Nordström-Janzo and Nordström-Lehtine v. the Netherlands*.

28 KNOEPFLER (n 16) 469.

29 AİHM Komisyonu, 1995 yılında verdiği bir kararda, *hakem kararlarının hangi gerekçelerle iptal edileceğinin AİHS'e taraf devletlerin mevzuatında farklı şekillerde düzenlenebileceğini; âkit devletlerden AİHS m. 6 ile öngörülen teminatlara uyulmamasını bir iptal sebebi olarak öngörmesinin beklenemeyeceğini zira bu teminatlardan bazılarının (örneğin aleni duruşma) tahkimin niteliği ile bağdaşmadığını belirtmiş; somut davada Hollanda Hukukunda kamu düzenine aykırılığın bir iptal sebebi olarak düzenlendiğini; nitekim hakemlerden birinin tarafsız ve bağımsız olmasının bu gerekçe ile iptal başvurusu yapılmasına olanak sağladığını ve somut olayda da bu başvurunun yapıldığını; ancak hakemin gerçekten tarafsız ve bağımsız olmadığı ispat edilemediği için bu başvurunun reddedildiğini tespit ederek AİHS m. 6/1 açısından bir ihlal olmadığına karar vermiştir (Application No. 28101/95 *Nordström-Janzo and Nordström-Lehtine v. the Netherlands*). AİHM'in konuya ilişkin içtihadı hakkında bkz. CHAINAIS (n 14) 282-283. Türk Hukukunda da, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) m. 5 anlamında “Türk kamu düzeni” kavramının “milletlerarası kamu düzenini” içerecek şekilde anlaşılması gerektiği ve bu bağlamda özellikle AİHS hükümlerine ve bu Sözleşme çerçevesinde geliştirilen AİHM içtihadına aykırı nitelik taşıyan yabancı hukuk hükümlerinin uygulanmayacağı kabul edilmektedir (Cemal ŞANLI/ Emre ESEN/İnci ATAMAN-FİGANMEŞE, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 7.Bası, Beta, 2019, dipnot 137).*

Gerçekten de tahkim yargılamasında AİHS m.6'nın ihlal edilmiş olması doğrudan bir iptal sebebi oluşturmasa da, bu madde ile öngörülen adil yargılanma hakkına ilişkin ilkeler *kamu düzeninden* olduğu için bunlar ihlal edilerek verilen hakem kararı aleyhine kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle iptal davası açılabileceği kabul edilmektedir<sup>30</sup>.

Sonuç olarak, tahkim yargılamasının yapıldığı yer mahkemelerinin (iptal davası dolayısıyla) ve hakem kararının tenfiz edileceği ülkenin mahkemelerinin (tenfiz davası dolayısıyla), bir hakem kararının kendi ülkelerinde icra edilebilirliği konusunda karar verirken, söz konusu hakem kararının verildiği tahkim yargılamasında AİHS m.6 ile öngörülen teminatlara uyulup uyulmadığını kontrol etmeleri ve herhangi bir ihlalin varlığı halinde kararın kendi ülkelerinde yerine getirilmesine engel olmaları gerekir. Aksi halde söz konusu mahkemelerin bağlı olduğu devletlerin AİHS çerçevesinde sorumluluğu söz konusu olur. Dolayısıyla her ne kadar AİHM, tahkim yargılamasında m.6'nın ihlali açısından *doğrudan* bir denetim yapmasa da tahkim yargılaması sonucunda verilen kararın icrası konusunda karar verecek olan devlet mahkemelerinin bu konudaki denetimi etkin bir şekilde yapıp yapmadıkları açısından bir inceleme yapabilmektedir<sup>31</sup>. Bu durum AİHS m.6'nın tahkim yargılamaları açısından *dolaylı olarak* uygulandığı şeklinde yorumlanmaktadır<sup>32</sup>.

Nitekim *Pechstein* Davasında, Davalı İsviçre Hükümeti, CAS'ın devletten bağımsız bir organizasyonu ve kuralları olduğunu, CAS'ın bir eksikliği dolayısıyla İsviçre Devletinin sorumluluğuna gidilemeyeceğini, dolayısıyla m.6'nın CAS'ta yapılan yargılamalar açısından uygulanmayacağını ileri sürmekle birlikte İsviçre mevzuatı uyarınca CAS kararları Federal Mahkeme tarafından kontrol edildiğinden, CAS'ın AİHS m.6'da yer alan usuli teminatlara uymak durumunda kaldığını; bu yüzden AİHS m.6'nın CAS'ta gerçekleşen yargılamalarda *dolaylı olarak* uygulanacağını; eğer Federal Mahkeme, kararı kontrol yetkisi çerçevesinde bu teminatlara uygunluk açısından gerekli denetimi yapmamış ve eksiklikleri gidermeyi unutmussa İsviçre Devletinin sorumlu olacağını belirtmiştir<sup>33</sup>.

AİHM ise bu konuda şöyle bir değerlendirme yapmıştır: CAS, bir devlet mahkemesi veya resmi kurum niteliğinde olmayıp özel hukuk hükümlerine göre kurulmuş

30 Nathalie VOSER / Benjamin GOTTLIEB, *How the European Court for Human Rights Interferes in (Sports) Arbitration*, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/12/19/how-the-european-court-for-human-rights-interferes-in-sports-arbitration/> (09.04.2019). Ancak doktrinde, *doğrudan* hakemlerin bu teminatlara uyma yükümlülüklerinin olduğunu kabul etmenin tutarlılık açısından zorunlu olduğu yönünde görüşler de bulunmaktadır (CHAINAIS (n 14) 282-283).

31 Nitekim AİHM Komisyonu, ihtiyari tahkimde AİHS'nin, sadece *tahkim yargılamasında müdahale eden mahkemeler* açısından uygulama alanı bulacağını kabul etmiştir (Application no: 10881/84, *R. c. Suisse*, 4.03.1987, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-79128%22%5D%7D>). Ayrıca bkz. KNOEPFLER (n 16) 468; YEŞİLOVA (n 15) 158; Didem KAYALI, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı*, Seçkin, Ankara 2015, 27.

32 KNOEPFLER (n 16) 468-469; CHAINAIS (n 14) 289; KAYALI (n 31) 27.

33 Karar paragraf 54. Doktrinde de İsviçre Federal Mahkemesi'nin AİHS hükümleri ihlal edilerek verilen CAS kararlarını iptal etmemesinin İsviçre devletinin sorumluluğuna yol açtığı kabul edilmektedir (EKŞİ (n 19) 672-673 ve dipnot 922-923'de referans yapılan LUKOMSKI).



Konsey<sup>34</sup>'e bağlı bir tahkim kurumudur. Ancak AİHM'e yapılan başvurunun gerekçesi olan, hakem heyetinin *tarafsız/bağımsız olmaması ve yargılamanın usule aykırılığı* iddiaları, İsviçre MÖHK m. 190 ve 191<sup>35</sup> uyarınca iptal davasında Federal Mahkeme tarafından denetlenmesi gereken hususlardır. Federal Mahkeme, bu gerekçelerle yapılan başvuruyu reddetmek suretiyle hakem kararına İsviçre Hukuku açısından kesin hüküm etkisi tanımıştır. Dolayısıyla Federal Mahkeme bu açılardan gerekli denetimi yapmadı ise İsviçre Devletinin sorumluluğu söz konusu olacaktır. Mahkeme bu gerekçelerle söz konusu davada *kişi bakımından (rationae personae)* yetkisinin bulunduğunu kabul etmiştir<sup>36</sup>.

Görüldüğü gibi AİHM, kararın bu kısmında, CAS'ın ihtiyari veya zorunlu tahkim mercii olup olmaması ile ilgili bir değerlendirme yapmadan tahkim yargılamalarında İsviçre Devletinin AİHS anlamında sorumlu olabileceğini tespit etmiştir. Ancak yukarıda açıklandığı gibi, AİHM içtihadında ve doktrinde, AİHS m.6'nın zorunlu tahkim açısından *bütünüyle ve doğrudan* uygulanması gerektiği; ihtiyari tahkimde ise tahkim anlaşması ile bu maddenin öngördüğü bazı teminatlardan vazgeçilmiş sayılacağı ve diğer teminatlar açısından da *dolaylı* olarak uygulanacağı kabul edildiğinden CAS tahkiminin ihtiyari mi zorunlu mu olduğunun tespiti gerekmektedir.

### C. CAS Zorunlu Bir Tahkim Mercii Midir?

CAS'ın yetkisinin özellikle sporcular açısından ihtiyari (*voluntary/iradi*) veya zorunlu (*compulsory*) olup olmadığını değerlendirebilmek için bu yetkilendirmenin temelini oluşturan *tahkim şartının* sporcu açısından hangi koşullarda kabul edildiğini incelemek gerekir.

Her şeyden önce şu tespiti yapmak gerekir ki, sporcunun taraf olduğu sportif uyumsuzluklarda karşı taraf (uyumsuzluğun diğer tarafı) genellikle ulusal veya uluslararası federasyon, IOC, WADA<sup>37</sup> gibi bir sportif kuruluş olmaktadır. Dolayısıyla uyumsuzluğun tarafları, federatif veya olimpik yapı piramidinin (*IOC-uluslararası*

34 Konsey hakkında bkz. aşağıda paragraf 64-68.

35 İsviçre Federal Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu (MÖHK) m. 190 hakem kararının hangi gerekçelerle iptal edilebileceğini sınırlı olarak belirlemiştir. Buna göre, hakem kararı,

- a- Tek hakem usule aykırı olarak atandı veya hakem heyeti usule aykırı olarak oluşturuldu ise,
- b- Hakem heyetinin yetkisi konusundaki kararı hukuka aykırı ise,
- c- Hakem heyeti, talepten fazlasına karar verdi veya talep edilen hususlarda karar vermeyi unuttu ise,
- d- Tarafları eşitliği ilkesine veya onların hukuki dinlenilme hakkına riayet edilmesi ise,
- e- Hakem kararı kamu düzenine aykırı ise, iptal edilebilir.

Kanun'un 191. maddesi ise, iptal davasının sadece Federal Mahkeme'de açılabilceğini ve iptal davasında uygulanacak usulün Federal Mahkeme Kanunu m. 77'ye tabi olacağını öngörmektedir.

36 Mahkeme, uyumsuzluğun konu bakımından (*ratione materiae*) AİHS m. 6/f.1 kapsamına girip girmediğini, bu maddede öngörülen "medeni (civil) hak ve yükümlülükler" kavramına uygun bir konu olup olmadığını da incelemiş ve hakem kararı ile profesyonel sporcunun iki yıl müsabakalardan men edilmiş olmasının, onun mesleğini icra etme hakkı ile bağlantılı olduğunu, bu nedenle "civil" hakların söz konusu olduğunda tereddüt olmaması gerektiğini belirtmiştir (karar paragraf 58).

37 *World Anti-Doping Agency* (Dünya Dopingle Mücadele Ajansı). WADA hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. <https://www.wada-ama.org>.

*federasyon-ulusal federasyon-kulüp*) farklı seviyelerinde yer alan, aralarında alt-üst (bağlılık) ilişkisi bulunan dolayısıyla eşit konumda olmayan kişi ve kurumlardır<sup>38</sup>.

Bu eşitsizlik, tahkime başvurma iradesinin varlığı ve ifade edilmesi açısından da kendini göstermekte ve CAS tahkimi, bu yapıda daha üstte yer alan kuruluşlar (federasyon, IOC gibi) tarafından, kendilerinden daha altta yer alan kişilere (sporcu-kulüp) dayatılmaktadır. Gerçekten de sporcuların CAS tahkimini öngören tahkim şartını kabul etmeleri genellikle iki şekilde gerçekleşmektedir. İlk olasılık, sporcuya verilen lisanslarda veya sporcunun bir uluslararası müsabakaya katılmak için imzalamak zorunda olduğu müsabaka kayıt formlarında doğrudan CAS tahkiminin kabul edildiğine dair şartlara yer verilmesidir. İkinci olasılıkta ise, lisansla veya müsabaka kayıt formunda, sporcunun bağlı olduğu uluslararası federasyonun kurallarına uymayı taahhüt ettiğine dair ibarelere yer verilir ve CAS tahkimi, bu şekilde kendisine referans yapılan uluslararası federasyonun statüsünde öngörülür<sup>39</sup>.

Dolayısıyla bir federasyona bağlı olarak lisanslı oyuncu olabilmek veya federasyonun düzenlediği bir şampiyonaya veya uluslararası müsabakaya katılmak isteyen sporcu, federasyonun kendisine dayattığı koşulları ve bunlar arasında yer alan ve o şampiyona veya müsabaka esnasında ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklar açısından CAS'a yetki veren tahkim şartını kabul etmek zorundadır; aksi takdirde, lisans alması veya müsabakaya katılması mümkün değildir<sup>40</sup>.

Nitekim *Pechstein* Davasında da, uluslararası federasyonun (ISU) statüsünde, disiplin komitesi kararlarına karşı CAS'a temyiz başvurusunda bulunulabileceği öngörülmüş (m. 25/f.1) ve federasyona bağlı tüm sporcuların, federasyon ile ilgili uyuşmazlıklarda nihai ve bağlayıcı karar verme yetkisinin CAS'a ait olduğunu kabul ettiklerine dair bir hükme ( m. 131) yer verilmişti. Diğer yandan sporcuya imzalatılan sporcu kabul formunda (*athletes' admission form*) da, federasyon ile ilgili tüm uyuşmazlıkların münhasıran ve nihai olarak CAS tarafından çözümleneceği öngörülmüştü<sup>41</sup>.

İsviçre Federal Mahkemesi, bir profesyonel tenisçi (*Canas*) ile ilgili olarak 2007 yılında vermiş olduğu bir kararında<sup>42</sup> bu konu ile ilgili olarak ilginç ve kanaatimizce yerinde tespitlerde bulunmuştur. Mahkeme, rekabet sporunun, gerek ulusal gerekse uluslararası seviyede, çok hiyerarşik bir yapıya sahip olduğunu;

38 Federatif ve olimpik yapıya dahil kişi ve kuruluşlar ve bunlar arasındaki ilişkilerin niteliği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Sportif Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümü ve Spor Tahkim Mahkemesi*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s.7-22.

39 ÖZDEMİR KOCASAKAL (n 38) 150-151.

40 ÖZDEMİR KOCASAKAL (n 38) 150; Mertcan İPEK, *Pechstein v. International Skating Union – Court Of Arbitration For Sport At The Target*, C. 22, S.1, MÜHF-HAD, 511, 514.

41 Karar paragraf 50.

42 ATF 133 III 235, 22 Mars 2007, paragraf 4.3.2.2. [http://relevancy.bger.ch/php/cliir/http/index.php?lang=de&zoom=&type=show\\_document&highlight\\_docid=atf%3A%2F%2F133-III-235%3Ade](http://relevancy.bger.ch/php/cliir/http/index.php?lang=de&zoom=&type=show_document&highlight_docid=atf%3A%2F%2F133-III-235%3Ade).

yatay bir düzlemde kurulan sözleşmesel ilişkilerle, dikey bir düzlemde gerçekleşen sporcularla federasyonlar arasındaki ilişkilerin bu açıdan farklılık gösterdiğini; uluslararası ticarete ilişkin sözleşmelerde, taraflardan her birinin serbestçe iradesini ortaya koyduğunu ve diğer tarafa tabi olmadığını, oysa sporcuların federasyonların koydukları kurallara uymak durumunda olduğunu tespit etmiştir. Mahkeme, bir sporcunun, bağlı olduğu federasyon tarafından düzenlenen uluslararası bir müsabakaya katılmak istediğinde, o federasyonun statüsünde yer alan ve CAS tahkimini öngören şartı da kabul etmek dışında bir seçeneği olmadığını belirttiikten sonra, sporcunun böyle bir durumda kaldığı ikilemi güzel bir örnekle ortaya koymuştur: *Tahkime razı olmak veya sporu amatör olarak yapmak. Tahkim şartını kabul etmek veya sporu, kendi bahçesinde veya müsabakaları televizyondan izleyerek yapmak. Gerçek rakiplerle karşılaşmak isteyen veya tek gelir kaynağı (ödül, reklam gelirleri vs) sportif faaliyet olan profesyonel sporcular, istemeyerek de olsa tahkim şartını kabul etmek zorundadırlar*<sup>43</sup>.

Görüldüğü gibi, spor federasyonları, statülerine koydukları hükümlerle, o federasyonun düzenlediği müsabakalardan kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla (CAS) çözümleneceğini öngörmekte; sporcu ise, müsabaka kayıt formunda federasyonun kurallarına uymayı taahhüt etmekte, böylece *gerçek* bir iradesi olmadığı halde, müsabakaya katılabilmek için CAS tahkim şartını kabul etmek zorunda kalmaktadır. CAS'ın bu şekilde *zorunlu* tahkim niteliği daha çok disiplin uyuşmazlıkları çerçevesinde karşımıza çıkmaktadır. Sözleşmesel uyuşmazlıklarda taraflar (örneğin, kulüp-sporcu/teknik direktör) arasındaki sözleşme ile CAS'ın yetkisi kabul edildiği için zorunlu değil ihtiyari tahkim söz konusudur.

CAS tahkiminin sporcular açısından zorunlu olup olmadığı konusunda *Pechstein* ile İsviçre Hükümeti'nin iddia ve savunmaları şu şekilde idi:

İsviçre Hükümeti, AİHS m. 6/f.1 ile öngörülen hakların mutlak olmadığını, bu haklardan tahkim lehine vazgeçilebileceğini ancak bunun için tahkim konusundaki iradenin serbest ve net (*sans equivoque*) bir şekilde ortaya konulması, yani tahkimin *kanun ile zorunlu kılınmamış olması ve vazgeçmenin baskı altında olmaması* gerektiğini belirtmiş<sup>44</sup> ve *Pechstein*'in, disiplin komitesinin ve CAS'ın yetkisini

43 Doktrinde aynı yönde yapılan değerlendirmeler için bkz. KNOEPFLER (n 16) 465; Antonio RIGOZZI, *L'arbitrage international en matière de sport*, Helbing&Lichtenhahn, Bâle 2005, 179, 250; Antonio RIGOZZI / Fabrice Robert TISSOT, *Consent in Sports Arbitration: Its Multiple Aspects, Lessons from the Canas decision, in particular with regard to provisional measures*, <https://lk-k.com/wp-content/uploads/2015/10/RIGOZZI-ROBERT-TISSOT-in-ASA-Special-Series-41-Sports-Arb.-A-Coach-for-Other-Players-2015-Consent-in-Sports-Arb.-Its-Multiple-Aspects-pp.-59-94.pdf> (05.09.2019) 59 vd.; *The CAS List of Arbitrators: Lessons from the Pechstein case for Tokyo 2020*,

<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/01/06/booked-sports-arbitration/>.

Ancak Federal Mahkeme, *Canas* Kararında (paragraf 4.3.2.2), sporcular ile uluslararası federasyonlar arasındaki bu eşitsizliği sporcunun CAS kararına karşı iptal davası açma hakkından feragat ettiğine dair beyanları geçersiz sayarak telafi etmiştir (RIGOZZI/ TISSOT (n 43) 62- 63; Mathieu MAISONNEUVE, *Note: Claudia Pechstein v. International Skating Union (ISU), Higher Regional Court of Munich, Az. U 1110/14 Kart, 15 January 2015*, 3-2015, *Revue de l'Arbitrage* (909-921), 911).

44 Karar paragraf 77.

kabul ettiğini gösteren bir beyanname imzaladığını, tahkim anlaşmasına kendi isteği ile katıldığını; eğer müsabakaya katılmak için tahkim şartını imzalamak *zorunda kaldığı* doğru ise bunu beyannameyi imzalarken veya bir mahkemeye başvurarak ileri sürebileceğini fakat bunları yapmadığını; tarafların eşit olmamasının (sportif müsabakaya katılan ve bu müsabakayı organize eden taraflar) kendiliğinden tahkim anlaşmasını geçersiz hale getirmediğini; sporcunun tahkim anlaşmasını baskı altında imzalamadığını; kaldı ki hakem kararı aleyhine başvuru imkanının da bulunduğu belirtmiştir<sup>45</sup>.

*Pechstein* ise, AİHS m. 6 ile öngörülen usulî teminatlardan tahkim anlaşması yaparak feragat edilebilmesi için tahkime *serbest irade* ile rıza gösterilmesi gerektiğini; uluslararası federasyonların sahip oldukları tekeli, sporcuları tahkime zorlamak için kullandıklarını; aksi halde sporcuların uluslararası müsabakalara katılmalarının mümkün olmadığını; Hükümetin ileri sürdüğü gibi, tahkim şartını kabul etmeme ve mahkemelere başvurma olanağının bulunmadığını; mahkemeye başvurulsa ve mahkeme süresinde karar verse dahi bu kararın sadece kararın verildiği ülkede geçerli olacağını, oysa müsabakaların çok farklı ülkelerde gerçekleştiğini; Federal Mahkemenin de, sportif tahkimde sporcuların tahkim şartını kabul etmekten başka seçeneklerinin bulunmadığını kabul ettiğini; sonuç olarak *tahkim şartını baskı altında kabul ettiğini*, bu nedenle AİHS m.6/f.1’ de yer alan usulî teminatların kendisi hakkında yapılan CAS yargılaması açısından uygulanması gerektiğini ileri sürmüştür.

AİHM ise, Hükümetin CAS’ın kuruluş amacı ve sağladığı fonksiyona ilişkin açıklamalarına katıldığını ve sportif uyuşmazlıkların devlet yargısı dışında çözümlenmesinin ve bu kararlara karşı sınırlı da olsa devlet yargısına başvurma olanağı tanınmasının bu konuda uygun bir çözüm şekli olduğunu belirtmiştir.

Mahkeme, sporcunun ISU tarafından organize edilen müsabakalara katılabilmesi için tahkim şartını kabul etmek zorunda olduğunu, bunu İsviçre Hükümetinin ve Federal Mahkemenin de kabul ettiğini belirttikten sonra sporcuya, tahkim şartını kabul etmesi veya etmemesi halinde bir müsabaka yerine diğerine katılma seçeneğinin sunulmadığını; sunulan tek seçeneğin, *tahkim şartını kabul etmek ve böylece hayatını kazanacağı sportif faaliyetini uluslararası düzeyde icra etmek veya tahkim şartını kabul etmemek ve sportif faaliyeti bu düzeyde hayatını kazanacak şekilde icra etmekten vazgeçmek* olduğunu, dolayısıyla tahkim şartını kabul etmemesi halinde sporcunun meslek hayatına yönelik önemli bir kısıtlamaya maruz kalacağını; bu nedenle tahkim

---

45 Karar paragraf 86-87.

şartını serbestçe ve tereddütsüz kabul ettiğinin söylenemeyeceğini ifade etmiştir<sup>46</sup>.

Mahkeme, bu nedenlerle her ne kadar *kanunla değil de ISU düzenlemesi ile öngörülmüş olsa da*, CAS'a yetki veren tahkim şartının sporcu tarafından kabul edilmesinin, AİHM içtihadında kabul edilen *zorunlu tahkimin* özelliklerini taşıdığını; bu nedenle AİHS m.6/f.1' de yer alan usulî teminatlarla uyulması gerektiğini belirtmiştir<sup>47</sup>.

Mahkemenin bu değerlendirmesi doktrin tarafından da benimsenmekte, CAS tahkiminin *kanun ile empoze edilen tahkime benzediği*, bu nedenle AİHS m.6' daki teminatları taşıması gerektiği kabul edilmektedir<sup>48</sup>. Gerçekten de CAS'ın disiplin uyumsuzlukları açısından zorunlu tahkim mercii niteliği, İsviçre mevzuatından (veya başka bir ülkenin yasal düzenlemelerinden) değil uluslararası federasyonların veya IOC'nin ilgili düzenlemelerinden kaynaklanmaktadır<sup>49</sup>. Bu nedenle zorunlu tahkimde AİHM' nin denetim yetkisi ile ilgili yapılan tespitler CAS tahkimi için birebir uygulanamayacaktır. Şöyle ki, İsviçre Hukukunda yasal bir düzenleme ile CAS'ın zorunlu tahkim mercii olduğu kabul edilmiş olsa idi; CAS yargılamalarında AİHS m. 6'ya uygun hareket edilmemesinin İsviçre devletinin AİHS anlamında *doğrudan*

46 Karar paragraf 113-114.

*Pechstein*'in, ISU tarafından kendisine *dayatılan* tahkim şartını *gerçek* bir iradesi olmaksızın kabul etmesinin bu tahkim şartını geçersiz hale getirip getirmediği, *Pechstein* tarafından Almanya'da başlatılan yargı sürecinde ilk derece, istinaf ve temyiz mahkemesinin üzerinde değerlendirme yaptığı bir konu olmuştur.

Münih Bölge Mahkemesi, tekil konumundaki uluslararası federasyonun, düzenlediği müsabakalara katılmak isteyen profesyonel sporcuları bu anlaşmayı imzalamak zorunda bıraktığı; dolayısıyla sporcuların serbest iradeleri ile kabul ettikleri bir tahkim anlaşması bulunmadığı gerekçesiyle tahkim anlaşmasının geçersiz olduğu sonucuna ulaşmıştır. Ancak Mahkeme, *Pechstein*'in CAS yargılamasında tahkim anlaşmasının geçersizliği, dolayısıyla CAS'ın yetkisizliği konusunda bir itirazda bulunmamış olması (zaten CAS'a bizzat *Pechstein* başvurmuştu) gerekçesiyle CAS kararının *res judicata* olduğu sonucuna ulaşmıştır (WITTINGHOFFER/ SCHENK (n 2); MAISONNEUVE (n 43) 909-910).

Münih İstinaf Mahkemesi ise, tahkim şartının taraflardan birinin (ISU) iradesi doğrultusunda kabul edilmesinin, dolayısıyla sporcunun (*Pechstein*) gerçek bir iradesinin bulunmamasının *tek başına* tahkim şartının geçersizliğine yol açmayacağını belirtmiştir.

Alman Federal Mahkemesi, mahkeme yerine tahkime başvurma konusunda tarafların anlaşabileceklerini; ancak bu konudaki iradenin serbestçe ortaya konulması gerektiğini belirtmiş ve sporcuların tahkim anlaşmasını *serbest iradeleri ile* yaptıklarını belirtmiştir (paragraf 52-53). Mahkemeye göre, serbest iradenin olmaması için fiziksel veya manevi (*mental*) şiddet altında yapılması veya hile olması gerekir. Somut olayda sporcu, dünya şampiyonasına katılabilmek için tahkim şartını kabul etmiştir. Sporcunun tehdit, hile, korku altında bu şartı kabul ettiği söylenemez (paragraf 54-55). Mahkeme, sporcunun uluslararası müsabakalara katılabilmek yani profesyonel sporcu olarak faaliyetlerine devam edebilmek için ISU'nun koyduğu şartları ve bu arada tahkim şartını kabul etmek zorunda olduğunu, kabul etmese idi müsabakalara katılmasına izin verilmeyeceğini, dolayısıyla mesleki faaliyetini yerine getirilmesi konusunda getirilmiş bir kısıtlama olduğunu (paragraf 56-58) vurgulamakla birlikte, uluslararası federasyonların otonom yapıları gereği kendi sporları ile ilgili kuralları koyma hakları olduğu ve bu bağlamda federasyonların kurallarının yeknesak bir şekilde uygulanmasını ve sporcuların eşitliğini sağlamaya yönelik düzenlemeler yapabilecekleri, özellikle doping alanında sporcular arasında eşitliğin sağlanması, yarışmaların adil bir şekilde yapılabilmesi ve dopingle mücadele kurallarının yeknesak şekilde uygulanabilmesi için uyumsuzlukların tahkim yoluyla çözümlenmesinin gerekli olduğunu belirtmiştir (paragraf 59). Mahkeme, sportif uyumsuzlukların tahkim yoluyla çözümlenmesinin hem sporcuların hem uluslararası federasyonların çıkarına olduğunu (paragraf 62) bu nedenle hâkim durumun kötüye kullanılmasından bahsedilemeyeceğini belirtmiştir. Dolayısıyla aslında Federal Mahkeme, sporcunun tahkim şartını kabul etme konusunda gerçek iradesi olmadığını kabul etmesine rağmen, bu durumu CAS'ın yerine getirdiği önemli fonksiyonlarla (federasyonların kurallarının ve özellikle dopingle mücadeleyle ilişkin kuralların yeknesak bir şekilde uygulanması ve böylece sporcular arasında eşitliğin sağlanması) meşru hale getirerek tahkim anlaşmasının geçersiz olmadığı sonucuna ulaşmıştır.

47 Karar paragraf 115, paragraf 147.

48 KNOEPFLER (n 16) 466.

49 BESSON (n 14) 398. Bu nedenle yazar, CAS tahkiminin *compulsory* değil *forced arbitration* olduğunu belirtmektedir.

sorumluluğunu gerektireceği çok açıktı. Ancak CAS, spor federasyonlarının veya IOC'nin kuralları çerçevesinde zorunlu tahkim mercii olarak kabul edildiği için İsviçre Devletinin bu anlamda doğrudan sorumluluğuna gitme konusunda tereddüt duyulabilir. Öte yandan CAS'ın İsviçre'de bir tahkim kurumu olarak faaliyet göstermesine izin verilmesi ve CAS kararlarının Federal Mahkeme tarafından denetlenmesine imkân tanınması suretiyle, İsviçre Devletinin bu kurumun kendi hukuk sistemine entegre olmasına izin verdiği hususu da göz önünde bulundurulmalıdır. Sonuç olarak, İsviçre Devletinin kendi mevzuatı ile öngördüğü bir zorunlu tahkim mercii olmadığı için CAS yargılamalarında AİHS m. 6/f.1'in ihlal edilmesi halinde *doğrudan* sorumluluğuna gidilemese bile, en azından ihtiyari tahkimde olduğu gibi *dolaylı* sorumluluğunun söz konusu olacağı konusunda tereddüt duyulmamalıdır.

Sportif uyuşmazlıklar açısından CAS'ın *zorunlu tahkim mercii* olarak öngörülmesinin, sportif uyuşmazlıklara özgü iki gerekçesi bulunmaktadır: yeknesaklık ve eşitlik<sup>50</sup>. Gerçekten de uluslararası federasyonlar tarafından hazırlanan sportif kuralların yeknesak bir şekilde uygulanabilmesi ve aynı federasyona bağlı tüm sporcular açısından eşitliğin sağlanabilmesi için uyuşmazlıkların aynı mercii tarafından çözümlenmesi önemlidir. Uyuşmazlıkların farklı mercii tarafından çözümlenmesi, yeknesaklığı ve dolayısıyla sporcular açısından eşitliği bozabilecektir.

Nitekim *Pechstein* davasında İsviçre Hükümeti tarafından yapılan savunmada, CAS'ın sportif uyuşmazlıklar açısından taşıdığı önem ve zorunlu tahkim mercii olmasının gerekçeleri üzerinde durulmuştur. Savunmada özellikle uluslararası boyut taşıyan sportif uyuşmazlıkların İsviçre MÖHK m. 190/f.2'de yer alan usulî garantilere uygun bir şekilde, uzman bir yargı merciiinde, hızlı, ekonomik ve gerektiğinde gizli olarak çözümlenmesinin önemli olduğu; uluslararası müsabakalar açısından tahkim şartının müsabakaya katılan tüm sporcularla bireysel olarak müzakeresinin mümkün olmadığı, zira bu müsabakaların çok farklı ülkelerde, farklı ülkelerde merkezi olan kuruluşlar tarafından organize edildiği ve çok farklı ülkelere sporcuların katıldığı; bu müsabakalar çerçevesinde ortaya çıkacak uyuşmazlıkların yeknesak bir şekilde çözüme kavuşturulması mümkün olmazsa tüm aktörler için ciddi sorunların ortaya çıkacağı ve hukuk güvenliğinin ihlal edileceği belirtilmiştir<sup>51</sup>.

CAS'ın, uluslararası federasyonlar tarafından konulan kuralların yeknesak ve sporcular açısından eşitliği sağlayacak şekilde uygulanması gibi, spor hukuku açısından önemli görülen menfaatlere hizmet ettiği konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Ancak bu durumun sporcuların aleyhine olmaması için, yapısal olarak CAS'ın federasyonların çıkarlarını korumaya hizmet etmemesi, sporcuların aleyhine bir oluşum

50 Münih İstinaf Mahkemesinin *Pechstein* Davası ile ilgili olarak verdiği kararda (paragraf 89) bu yönde tespitleri ile ilgili değerlendirme için bkz. MAISONNEUVE (n 43) 911; İPEK (n 40) 515.

51 Karar paragraf 78.

içinde olmaması gerektiği de açıktır<sup>52</sup>. Özellikle sportif uyuşmazlıkların sporcuların temel hakları ile ilgili olduğu dikkate alındığında, sporcuların kendi çıkarları yerine federasyonların çıkarlarını koruyan bir kurumun yetkisini kabul etmek suretiyle devlet mahkemelerine başvurmaktan vazgeçmeleri kabul edilemez<sup>53</sup>.

Aşağıda CAS'ın kurum olarak sporcuların aleyhine bir yapılanma içinde olup olmadığı, diğer bir ifadeyle tarafsız ve bağımsız bir yargı mercii niteliği taşıyıp taşımadığı *Pechstein* tarafından bu konuda ileri sürülen iddialar çerçevesinde tespit edilmeye çalışılacaktır.

## II. CAS Tarafsız ve Bağımsız Bir Tahkim Mahkemesi Midir?

CAS'ın tarafsız ve bağımsız bir yargı mercii olup olmadığı konusunda bir değerlendirmede bulunabilmek için öncelikle bir yargı kurumunun tarafsız ve bağımsız olmasından kastedilenin ne olduğunu ortaya koymak gerekir. Yargılama yapan makamın tarafsız ve bağımsız olmaması, AİHS m.6/f.1 uyarınca adil yargılanma hakkının ihlali anlamına gelmektedir. AİHM'e bu gerekçe ile çok sayıda başvuru yapılmış ve AİHM bu konuda bir içtihat oluşturmuştur. CAS'ın tarafsız ve bağımsız bir tahkim mahkemesi olup olmadığını bu içtihat çerçevesinde ele almak uygun olacaktır.

### A. Bir Yargı Organının Tarafsızlığı ve Bağımsızlığı

Bir yargı organının bağımsızlığı, onun herhangi bir kişi veya organdan emir-talimat almaması, uyuşmazlık hakkındaki kararını etkileyecek veya baskı altında hissetmesine yol açabilecek herhangi bir ilişkisinin bulunmaması; yargılama yapma ve karar verme görevini tamamen özgür iradesi ve vicdani kanaati doğrultusunda gerçekleştirebilecek durumda olmasıdır<sup>54</sup>.

Devlete ait üç temel yetkiden biri olan yargılama yapma yetkisini devlet adına kullanan “mahkemeler” açısından bağımsızlık, devlete ait diğer yetkileri kullanan kişi/kurumlara karşı bağımsızlığı ifade eder. Bu çerçevede, mahkemenin bağımsızlığı, herhangi bir kişi, kurum veya organdan ve *özellikle yürütme ve yasama organından* emir-talimat almaması, onların baskısı altında kalmaksızın karar vermesi olarak tanımlanmaktadır<sup>55</sup>.

Tahkim kurumu, devletlerin, kendilerine ait olan yargılama yetkisinin resmi bir sıfatı olmayan “özel” kişiler tarafından kullanılmasına imkân vermeleri suretiyle gelişmiştir.

52 MAISONNEUVE (n 43) 912.

53 MAISONNEUVE (n 43) 916.

54 Süheyla BALKAR BOZKURT, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Bağımsızlık Yükümlülüğü*, On iki Levha, İstanbul 2016, 97-98, 115-116.

55 İNCEOĞLU (n 17) 166; BALKAR BOZKURT (n 54) 117.

Her devlet, kendi tekelinde olan bu yargı yetkisini hangi uyuşmazlıklar için, hangi sınırlar içinde bu özel kişilere devredeceğini, bu kişiler tarafından verilen kararların kendi hukuk sistemi içinde nasıl etki doğuracağını kendisi belirler. Dolayısıyla tahkim, bizzat devletlerin kendi hukuk sistemlerinde yaptıkları düzenlemelerle sınırlarını çizdikleri bir kurumdur. Diğer yandan, bir hukuki uyuşmazlığın mahkemeler yerine tahkim yoluyla çözümlenmesi için tarafların bu yönde iradelerine ihtiyaç vardır. Her ne kadar resmi sıfatı olmayan kişiler tarafından ve tarafların bu yöndeki iradelerinin varlığı halinde yerine getirilen bir faaliyet olsa da, nihayetinde hakemler, mahkemeler gibi, bir yargılama faaliyeti icra etmekte ve verdikleri kararlar ile taraflar arasındaki uyuşmazlığı sona erdirmektedirler. Bu nedenle, yargı kurumunun bağımsızlığını sadece devlet mahkemeleri ile sınırlı yorumlamamak; benzer bir işlev yerine getiren “tahkim” yargılamasını yapan kişiler (hakemler) açısından da olması gereken bir nitelik olarak değerlendirilmelidir<sup>56</sup>.

Mahkemeler açısından bağımsızlık, yasama ve özellikle de yürütme organının müdahalesine karşı geliştirilmiş bir kavram iken, hakemlerin bağımsızlığı, genellikle tarafsızlık ile birlikte değerlendirilmekte ve hakemlerin uyuşmazlığın taraflarına karşı “bağımsız” olması gerekliliğinden bahsedilmektedir<sup>57</sup>. Zira hakemlerin yargılama yetkisi, kaynağını taraf iradesinden almakta; hakemleri seçen ve onlara ücret ödeyen de yine taraflar olmaktadır<sup>58</sup>.

Tarafsızlık kavramı ise, yargılama işlevini yerine getiren kişinin yargılamanın her iki tarafına karşı eşit mesafede durmasını, taraf tutmamasını; davanın tarafları veya uyuşmazlık konusu ile ilgili olarak, davanın sonucunu etkileyecek bir önyargısının veya menfaatinin bulunmamasını ifade eder<sup>59</sup>. Görüldüğü gibi, bağımsızlık taraflarla hakem arasındaki ilişkileri esas alan daha çok somut olgulara dayanan bir kavramken, hakemin bir davadaki zihinsel durumunu esas alan tarafsızlık daha sübjektif bir kavramdır; bu nedenle ispatı daha zordur<sup>60</sup>.

AİHM, tarafsızlığı *sübjektif ve objektif* tarafsızlık olarak iki farklı açıdan değerlendirmektedir. Sübjektif (öznel) tarafsızlık, yargılama yapan kişinin *birey olarak* mevcut davadaki tarafsızlığını; davanın taraflarına karşı önyargılı ve taraflı bir tutum içinde olmamasını ifade eder<sup>61</sup>. Objektif (nesnel) tarafsızlık ise, yargılama yapan makamın *kurum olarak* kişide bıraktığı izlenimi (tarafsız görünüm) esas alır ve

56 Tarafsızlık ve bağımsızlık, yargılama faaliyetine (*jurisdiction*) o kadar sıkı şekilde bağlıdır ki, tahkimin özel bir yargılama faaliyeti olması, bu niteliğin hakemler açısından da uygulanması gereğini ortadan kaldırmaz. Yargılama faaliyetini yerine getiren kişi ister resmi ister özel kişi olsun tarafsız ve bağımsız olmak zorundadır (CHAINAIS (n 14) 310). Hakemlerin bağımsızlık yükümlülüğünün dayanağı konusunda ileri sürülen görüşler ve bunların ayrıntılı değerlendirmesi için bkz. BALKAR BOZKURT (n 54) 9-50; KAYALI (n 31) 26-52.

57 BALKAR BOZKURT (n 54) 95-97, 117; KAYALI (n 31) 20.

58 BALKAR BOZKURT (n 54) 97.

59 İNCEOĞLU (n 17) 166,188; BALKAR BOZKURT (n 54) 104; YEŞİLOVA (n 15) 177; KAYALI (n 31) 22.

60 BALKAR BOZKURT (n 54) 105, 116.

61 İNCEOĞLU (n 17) 188.



bu anlamda tarafsızlığın sağlanabilmesi için söz konusu makamın hak arayanlara güven veren, tarafsız bir *görünüme* sahip olması, tarafsızlığı sağlamak için alınan önlemlerin söz konusu makamın tarafsızlığı konusunda *her türlü kuşkuyu kaldıracak nitelikte* olması gerekli görülür<sup>62</sup>. Objektif tarafsızlıkta önemli olan, yargılama yapan kişinin tarafsızlığına ilişkin meşru kaygıları (endişeleri) giderecek güvencelerin sunulmuş olması; tarafların adil yargılanma yapılacağına dair beklentilerinin *dış görünüş* olarak karşılanmış olmasıdır<sup>63</sup>. Başvuranın mahkemenin bağımsız olmadığına dair kuşkularının *objektif olarak doğrulanması*, bu kuşkuların *makul olduğunu gösteren belirtilerin bulunması* halinde mahkemenin görünümü açısından bağımsız olmadığı kabul edilmektedir<sup>64</sup>.

Yargılama yapan kişinin, sübjektif olarak tarafsız olup olmadığı yani dava ile ilgili önyargılarının olup olmadığı veya taraf tutup tutmadığının somut olarak ispat edilmesi çok kolay olmadığından, somut olarak kanıtlanmadığı sürece *tarafsız* olduğu karine olarak kabul edilmekte<sup>65</sup>; sübjektif taraflılık yerine, objektif taraflılığın yani *“tarafsız olmadığı izlenimi”* nin ispatı yeterli görülmektedir<sup>66</sup>.

AİHM, hakimlerin bağımsız olup olmadığı ile ilgili değerlendirme yaparken, *mahkeme üyelerinin niteliği, atanma ve görevden alınma şekli, görev süresi, üyelere emir verme yetkisine sahip bir makamın olup olmadığı, dışarıdan gelecek müdahalelere karşı sahip olduğu güvenceler, bağımsız bir görünüm verip vermediği* gibi kriterlerden yararlanmakta<sup>67</sup> ve hakimlerin gerçekten bağımsız olmalarının yeterli olmadığını, bu kriterler çerçevesinde bağımsız olduklarının herkes tarafından tartışmasız (şüphesiz, tereddütsüz) bir şekilde görülmesi gerektiğini kabul etmektedir<sup>68</sup>.

AİHM içtihadı ile ortaya konulan bu prensipler Mahkeme'nin *Pechstein* Davasına ilişkin olarak verdiği kararda da tekrarlanmıştır. Gerçekten de Mahkeme,

Bir mahkemenin AİHS m.6 anlamında “bağımsız” olabilmesi için üyelerinin atanma şekli ve görev süresinin, dışarıdan gelen baskılara karşı koruyucu hükümlerin varlığının ve bağımsız bir görünüm verip vermediğinin (*apparence d'indépendance*) dikkate alınması gerektiğini<sup>69</sup>;

62 İNCEOĞLU (n 17) 188.

63 İNCEOĞLU (n 17) 190.

64 İNCEOĞLU (n 17) 178.

65 İNCEOĞLU (n 17) 189; Application no: 8588/79, 8589/79, *Bramelid and Malmström & Sweden*, 12. 12.1983, paragraf 34.

66 BALKAR BOZKURT (n 54) 106; YEŞİLOVA (n 15) 178.

67 İNCEOĞLU (n 17) 168.

68 AİHM, *Bramelid and Malmström & Sweden* davasında hakemlerin gerçekten bağımsız olmalarının yeterli olmadığını; aynı zamanda bağımsız olduklarının herkes tarafından tereddütsüz görülmesi gerektiğini belirtmiş ve adaletin sadece gerçekleşmesinin yeterli olmadığını, aynı zamanda gerçekleştiğinin görülmesi gerektiğini ifade eden İngiliz Hukuk deyiminin (*justice must not only be done; it must also be seen to be done*) AİHS m.6'nın temelinde yatan düşüncüyü ifade ettiğini vurgulamıştır (paragraf 35). Karar hakkında bkz. SAMUEL (n 18) 420.

69 Karar paragraf 140.

“Tarafsızlığın” ise, önyargının ve taraf tutmanın olmaması anlamına geldiğini; yerleşik AİHM içtihadında tarafsızlığın subjektif ve objektif açıdan değerlendirildiğini; subjektif değerlendirmenin, bir hâkimin kişisel inancını ve davranışını, hâkimin kişisel olarak taraf tutup tutmadığını veya önyargılı olup olmadığını esas aldığı; objektif değerlendirmede ise *mahkemenin oluşumu* dikkate alındığında tarafsızlığına yönelik tüm şüphelerin bertaraf edilmesinin gerekli görüldüğünü<sup>70</sup>;

Tarafsızlığın bu iki farklı yönünün her zaman kolay ayırdedilemeyeceğini; hâkimin subjektif olarak taraflı olduğunu ispat edecek delil bulunamadığında, objektif tarafsızlık şartının ilave bir garanti sağladığını<sup>71</sup>;

Bir İngiliz atasözünün (*justice must not only be done, it must also be seen to be done*) de söylediği gibi bu konuda “görünüm” ün de önemli olduğunu<sup>72</sup>;

Tahkim alanında hakemlerin tarafsızlığı ve bağımsızlığı kavramlarının esnek bir şekilde uygulanması gerektiğini; zira tahkim sisteminin temelini karar verecek kişilerin veya bir bölümünün bizzat taraflarca seçilmesine dayandığını<sup>73</sup> belirtmiştir.

Aşağıda, AİHM’ nin bizzat *Pechstein* Davasına ilişkin kararında da tekrarladığı bu prensipler çerçevesinde CAS’ın tarafsız ve bağımsız bir yargı mercii olup olmadığı değerlendirilecektir.

## B. CAS Açısından Durumun İncelenmesi

CAS’ın tarafsız ve bağımsız bir yargı kurumu olup olmadığı, *Pechstein* tarafından AİHM’e yapılan başvuruda bu konuda ileri sürülen gerekçeler çerçevesinde incelenecektir. Yukarıda da açıklandığı gibi, *Pechstein*, gerek İsviçre’de Federal Mahkeme’ye gerekse AİHM’e başvurusunda hem kurum olarak CAS’ın tarafsız ve bağımsız bir yargı mercii olmadığını hem de somut olarak yargılama yapan hakem heyetindeki heyet başkanının tarafsız olmadığını iddia etmişti. Aşağıda bu iddialar ayrı ayrı ele alınacaktır.

### 1. CAS’ın Oluşumu (Yapılanması) İtibariyle Sporcuların Aleyhine Bir Yargı Kurumu Olması

*Pechstein*, CAS’ın kurum olarak sporcuların aleyhine bir yapılanma içinde olduğu iddiasını farklı gerekçelere dayanarak ileri sürmüştür. Aşağıda bu gerekçeler ayrı başlıklar altında incelenecektir.

<sup>70</sup> Karar paragraf 141.

<sup>71</sup> Karar paragraf 142.

<sup>72</sup> Karar paragraf 143.

<sup>73</sup> Karar paragraf 146.

## a. Uluslararası Federasyonların Hakimiyeti Altında Bir Yargı Kurumu Olması

Uluslararası Olimpiyat Komitesi (*International Olympic Committee/IOC*) ve uluslararası federasyonların hakimiyeti, bir yandan CAS'ın kendisine bağlı olarak faaliyet gösterdiği Konsey'in oluşumunda diğer yandan CAS'ta görev yapan hakemlerin belirlenmesinde kendisini göstermektedir.

### aa. Konsey'in Uluslararası Federasyonların Hakimiyeti Altında Olması

CAS, 1984 yılında ilk faaliyete geçtiği şekliyle, IOC tarafından finanse edilen, üyelerinin önemli bir bölümü IOC tarafından seçilen, statüsü IOC tarafından hazırlanan (ve gerektiğinde değiştirilen), dolayısıyla gerek yönetimi gerekse finansmanı bakımından IOC'ye bağlı bir yargı kurumu olarak örgütlenmişti<sup>74</sup>. CAS'ın IOC ile olan bu bağları, onun özellikle IOC'nin taraf olduğu uyuşmazlıklarda tarafsız kalamayacağı yönünde iddialara yol açmış; hatta İsviçre Federal Mahkemesi, bir kararında bu iddialara hak vererek, CAS'ın IOC'nin taraf olduğu uyuşmazlıklar açısından tarafsız ve bağımsız bir yargı mercii olarak kabul edilebilmesi için IOC ile olan idari ve finansal bağların kaldırılması gerektiğini vurgulamıştır<sup>75</sup>.

Bu çerçevede, 1994 yılında, IOC ile CAS arasındaki yapısal ve finansal bağımlılığı ortadan kaldırmaya yönelik değişiklikler yapılmış ve o tarihe kadar IOC tarafından yerine getirilen idari ve mali yükümlülükleri üstlenmek üzere Spor Tahkim Konseyi (*International Council of Arbitration for Sport/ ICAS*) adı altında bir vakıf kurulmuştur<sup>76</sup>.

Yirmi üst düzey hukukçudan oluşan Konsey üyeleri şu şekilde belirlenmektedir<sup>77</sup>:

Dört üye, uluslararası federasyonlar tarafından (üç tanesi uluslararası yaz olimpiik oyunlar federasyonları-*ASOIF*); bir tanesi uluslararası kış olimpiik oyunlar federasyonları -*AIWF*- olmak üzere), kendi üyeleri arasından veya dışarıdan;

Dört üye, Milli Olimpiyat Komiteleri Birliği (ANOC) tarafından, kendi üyeleri arasından veya dışarıdan;

74 <https://www.tas-cas.org/fr/informations-generales/historique-du-tas.html>.

75 TF 4P.217/1992, 15 mars 1993, *Gundel c.FEI*, Kararın özeti için bkz. Recueil I, s. 545-559; <https://www.tas-cas.org/fr/informations-generales/historique-du-tas.html>. Karar hakkında ayrıca bkz. RIGOZZI (n 43) 273-276.

76 Konsey hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL (n 38) 160-162; <https://www.tas-cas.org/fr/informations-generales/historique-du-tas.html>.

77 CAS Statüsü m. S4, 2004 versiyonu. Konsey'in yapısına ilişkin bu maddede daha sonra herhangi bir değişiklik yapılmamıştır. Dolayısıyla halihazırda yürürlükte olan 2019 versiyonunda da Konsey üyelerinin seçimine ilişkin bu madde aynen yer almaktadır. CAS'ın Statüsü için bkz. <https://www.tas-cas.org/en/icas/code-statutes-of-icas-and-cas.html>.

CAS'ın internet sitesinde ve CAS ile ilgili eserlerde, CAS'ın ve Konsey'in statüsüne ilişkin hükümlerle (*Statutes of ICAS and CAS*), CAS'ta yapılan tahkim yargılamalarında uygulanacak usulî kuralların (*Procedural Rules*) tamamı için Kod (Code) kavramı kullanılmaktadır. Dolayısıyla Kod, iki bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde (m.S1-S28 arası) CAS'ın ve Konsey'in statüsüne ilişkin hükümler; ikinci bölümde ise (m. R29-R70 arası) tahkim yargılamasında uygulanacak usulî hükümler yer almaktadır.

Dört üye, Uluslararası Olimpiyat Komitesi (IOC) tarafından, kendi üyeleri arasından veya dışarıdan;

Dört üye, yukarıda belirtilen usullerde seçilen on iki Konsey üyesi tarafından, gerekli görüşler alındıktan sonra, *sporcuların çıkarlarını korumak amacıyla*;

Dört üye, yukarıda belirtilen usullerde seçilen on altı Konsey üyesi tarafından, diğer Konsey üyelerini belirleyen *kuruluşlardan bağımsız kişiler arasından* seçilir.

Görüldüğü gibi Konsey üyelerinin ilk on ikisi tamamen IOC ve ona bağlı uluslararası federasyonlar tarafından seçilmekte; kalan sekiz üyeyi de bu kişiler seçmektedir. Maddede, Konsey'in dört üyesinin, *sporcuların çıkarlarını korumak amacıyla* seçileceğinin belirtilmesi oldukça eleştiriye açıktır. Bu ifade, bir yandan bir kişinin bu amaçla nasıl seçilebileceğine dair soru işaretlerine yol açmakta; diğer yandan diğer üyelerin sporcuların çıkarlarını korumak amacıyla hareket etmeyeceği çıkarımında bulunmaya sebep olmaktadır. Son dört üyenin, ilk on iki üyeyi seçen sportif kuruluşlardan bağımsız kişiler arasından seçileceğinin öngörülmesi de, bu seçimi yapacak olan kişilerin bizatihi uluslararası federatif yapıya hâkim kuruluşlar tarafından seçilmiş olması karşısında yeterince güvence sağlayamamaktadır.

Sonuç olarak Konsey, IOC ve ona bağlı uluslararası federasyonların hakimiyetinde bir yapılanma içindedir. Sporcuların ve diğer sportif kişi ve kuruluşların (antrenör, teknik direktör, menajer, kulüp vs) temsilcilerinin Konsey'de yer alması mevcut yapı içinde mümkün görünmemektedir.

### **bb. Hakem Listesinin Konsey Tarafından Oluşturulması**

CAS tahkim kurumunun en önemli özelliklerinden biri, tahkim yargılamasında görev alacak hakemlerin mevcut bir listeden<sup>78</sup> seçilmek zorunda olması; listede yer almayan bir kişinin hakem olarak görev yapamayacak olmasıdır<sup>79</sup>. Kapalı liste uygulaması olarak ifade edilen bu durum, CAS'ın kuruluşundan bu yana eleştirilmiş<sup>80</sup>, ancak bugüne kadar değiştirilmesi yönünde bir adım atılmamıştır.

Hakem listesi, Konsey tarafından belirlenmektedir<sup>81</sup>. Statüye göre, Konsey bu listede yer alacak kişileri, Statü ile öngörülen nitelikleri<sup>82</sup> taşıyan ve isimleri kendisine

78 CAS'ta görev yapan hakemlerin (386 kişi) güncel listesi için bkz. <https://www.tas-cas.org/en/arbitration/liste-des-arbitres-liste-generale.html>. Futbol ile ilgili uyumsuzluklarda görev yapacak hakemler için ayrı bir liste (102 kişi) bulunmaktadır. Bkz. <https://www.tas-cas.org/en/arbitration/list-of-arbitrators-football-list.html>.

79 CAS Tahkim Kuralları m. R33/f2.

80 Bu eleştiriler hakkında bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL (n 38) 249-250; RIGOZZI (n 43) 278, 293-296.

81 CAS Statü m. S6, m. S13.

82 Statü'nün 2004 yılında yürürlükte olan versiyonunda, hakemlerin haiz olması gereken nitelikler, *hukuk eğitimi almış, spor hukuku ve/veya uluslararası tahkim konusunda yetkinliği ile tanınmış, genel olarak spor hakkında bilgi sahibi ve CAS'ın çalışma dillerinden birine hâkim olmak* olarak belirtilmiştir (CAS Statüsü m. S14). Aynı nitelikler Statü'nün 2019 versiyonunda da yer almaktadır.

önerilen kişiler arasından seçer. Listede yer alacak kişileri Konsey'e önerme yetkisi olan kuruluşlar ve bu kuruluşların hangi oranda öneride bulunacakları şu şekilde belirlenmiştir<sup>83</sup>:

1/5'i, IOC tarafından kendi üyeleri arasından veya dışarıdan önerilen kişiler arasından;

1/5'i, uluslararası federasyonlar (IFs) tarafından (kendi üyeleri arasından veya dışarıdan) önerilen kişiler arasından;

1/5'i, ulusal olimpiyat komiteleri tarafından (kendi üyeleri arasından veya dışarıdan) önerilen kişiler arasından;

1/5'i, uygun görülen araştırmalar yapıldıktan sonra, *sporcuların çıkarlarını korumak amacıyla* belirlenen kişiler arasından,

1/5'i bu maddeye göre hakem önerme yetkisine sahip kuruluşlardan *bağımsız kişiler arasından* seçilir<sup>84</sup>.

İşte Pechstein tarafından AIHM'e yapılan başvuruda, CAS Statüsündeki bu kurallar eleştirilmiş ve *hakemlerin, Konsey tarafından oluşturulan bir listeden seçilmek zorunda olduğu; listede yer alan hakemlerin büyük bölümünün federasyonlar tarafından seçildiği; listenin oluşumunun, federasyonlar karşısında sporcuların çıkarlarının dengeli bir şekilde temsiline olanak tanımadığı* ifade edilmiş ve *hakemlerin bu listeden seçilecek olmasının CAS'ın gerçek bir tahkim mahkemesi olarak kabul edilmesine engel olduğu; zira klasik tahkim yargılamasında tarafların hakemlerini serbestçe seçecekleri* belirtilmiştir<sup>85</sup>.

Pechstein'in bu iddialarına İsviçre Hükümeti tarafından verilen cevapta, *hakem listesinin taraflar için zorunlu olduğu; listenin sürekli güncellendiği ve geliştirildiği, listenin Konsey tarafından belirlenmesinin, hakemlerin federasyonlar lehine karar vermelerini gerektirmeyeceği; zira Konsey'in dengeli bir şekilde oluşturulduğu* ileri sürülmüştür<sup>86</sup>.

83 CAS Statüsü'nün AIHM'e başvuru yapıldığı tarihte (2010) yürürlükte olan 2004 versiyonu m. S14.

84 Statü'nün bu hükmü, 2012 yılında değiştirilmiş ve maddede yer alan oranlar kaldırılarak şu şekilde düzenlenmiştir: "*Konsey, özellikle IOC, uluslararası federasyonlar ve milli olimpiyat komiteleri tarafından isimleri ve nitelikleri kendisine bildirilen kişiler arasından seçer.*" Görüldüğü gibi maddede öncekinden farklı olarak kuruluşların öneride bulunacakları oranlar belirtilmemiş ve Konsey'e listenin oluşumunda daha geniş bir yetki tanınmıştır. Pechstein kararına muhalif kalan hakimler, mevcut düzenlemeyi, *sporcuların 1/5 oranında dahi temsiline imkân veren bir hüküm bulunmadığı* gerekçesiyle eleştirmektedirler (Muhalefet Şerhi paragraf 10).

2016 yılında yapılan değişiklikte ise, öneride bulunacak kuruluşlara, *sporcu komisyonları* da eklenmiştir: *Konsey, özellikle IOC, uluslararası federasyonlar, milli olimpiyat komiteleri ve bu kuruluşların sporcu komisyonları tarafından isimleri ve nitelikleri kendisine bildirilen kişiler arasından seçer.* Bu şekilde sporcuların komisyonlar aracılığıyla da olsa öneride bulunmalarına imkân tanınması olumlu bir gelişme olarak görülmelidir.

85 Karar paragraf 125.

86 Karar paragraf 129.

AİHM, bu iddia ve karşı iddiaları değerlendirirken başvuru konusu CAS yargılamasının yapıldığı tarihteki kurallar çerçevesinde Konsey'in yapısını ve hakem listesinin oluşumu üzerindeki etkilerini dikkate almıştır. Mahkeme, bu kurallara göre, Konsey'in hakemlerin sadece 1/5' ini, sporcuların taraf olduğu uyuşmazlıklarda muhatap olarak yer alabilecek sportif kuruluşlardan *bağımsız* kişiler arasından atayacağını; listede yer alacak kişileri Konsey'in belirlediğini, bizatihi Konseyi oluşturan kişilerin de bu sportif kuruluşlardan gelen kişiler olmasının, Konsey ile sporcuların (özellikle disiplin uyuşmazlıklarında) muhatap olacak kuruluşlar arasında bağlantı olduğunu gösterdiğini tespit etmiştir<sup>87</sup>.

AİHM, yine CAS Statüsüne göre, hakemlerin 4 yıl için seçildiğini; tekrar seçilmelerinin mümkün olduğunu ve bu konuda bir süre sınırlaması olmadığını; Konsey'in, görevlerini yerine getirmeyi reddeden veya bu konuda bir engeli olan veya Kod hükümlerine aykırı hareket eden hakemleri, özet bir gerekçeli karar ile *görevden alma yetkisine* sahip olduğunu<sup>88</sup> tespit etmiş ve somut uyuşmazlıkta, yargılamayı yapan hakemlerin (hatta *Pechstein*'in seçtiği hakemin) de Konsey tarafından belirlenen listeden seçildiğini; zaten Kod hükümlerinin (ICC Tahkim Tüzüğü m. 12'nin aksine) *liste dışından bir kişinin hakem olarak seçilmesine imkan tanımadığını* belirtmiştir<sup>89</sup>.

Mahkeme, CAS kuralları çerçevesinde Konsey ile hakem listesinde yer alan hakemler arasındaki bağlantıyı bu şekilde ortaya koyduktan sonra, *Pechstein*'in, kendisinin taraf olduğu somut uyuşmazlıkta karar veren *hakemlerin tarafsızlığından ve bağımsızlığından şüphe etmeyi gerektiren fiili unsurları* ortaya koyamadığını; sporcuların taraf olduğu uyuşmazlıkların diğer tarafı olan *sporitif kuruluşların, hakem listesinin oluşumunda etkileri olduğu* kabul edilebilirse de sadece bu etkinin varlığının, *hakem listesinde yer alan hakemlerin (objektif ve subjektif olarak) bireysel olarak bu kuruluşlara karşı tarafsız ve bağımsız olmayan hakemlerden oluştuğunu* kabul etmek için yeterli olmadığını<sup>90</sup> belirterek tarafsızlık ve bağımsızlık ile ilgili iddiaları (iki hakimin muhalif kalması nedeniyle oy çokluğu ile) reddetmiştir.

### cc. AİHM Kararının Konu ile İlgili Kısımının Değerlendirilmesi

Kanaatimizce Mahkeme'nin bu kararı, "tarafsızlık/bağımsızlık" ile ilgili olarak kendi geliştirmiş olduğu içtihadındaki temel ilkelerle uyuşmamaktadır. Gerçekten de, yukarıda açıklandığı gibi, AİHM içtihadında, yargı makamlarının tarafsız ve bağımsız olduklarının kabul edilebilmesi için, yargılama yapacak kişilerin seçilmesi veya görevden alınmasında izlenen yöntem, dışarıdan gelecek müdahalelere karşı

87 Karar paragraf 154.

88 CAS Tahkim Kuralları m. R35, görevini yerine getirmeyi reddeden veya bu konuda bir engeli ortaya çıkan veya yükümlülüklerini Kod hükümlerine uygun olarak yerine getirmeyen hakemlerin Konsey tarafından görevden alınabileceğini öngörmektedir.

89 Karar paragraf 155-156.

90 Karar paragraf 157.

sahip olduğu güvenceler, bağımsız bir görünüm vermesi gibi kriterler çerçevesinde bir değerlendirme yapılmakta ve hakemlerin *bağımsız olduklarının hiç tereddütsüz görülmesi*; bireysel olarak bir hakimin tarafsız olduğunun ispatından da öte *tarafsız olduğu izlenimini vermesi gerektiği* kabul edilmektedir<sup>91</sup>.

CAS'ta hakemlerin seçimine ilişkin kurallar ile AİHM'in hakemlerin tarafsızlığı ve bağımsızlığı konusundaki bu tespitleri bir arada değerlendirildiğinde, CAS'ın "tarafsız ve bağımsız" bir yargı mercii izlenimi vermediği sonucuna varılması gerekirdi. Zira,

CAS'ta görülen sporcuların taraf olduğu disiplin uyuşmazlıklarının diğer tarafı genellikle sporcu hakkında disiplin soruşturması yürüten ve karar veren uluslararası federasyon, ulusal olimpiyat komiteleri veya IOC, WADA gibi kuruluşlardır<sup>92</sup>.

CAS Statüsü çerçevesinde Konsey üyelerinin belirlenmesinde etkili olan yine aynı kuruluşlardır. Sporcuların Konsey üyelerinin belirlenmesinde herhangi bir rolü bulunmamaktadır<sup>93</sup>.

CAS hakem listesi doğrudan Konsey tarafından oluşturulmakta<sup>94</sup>; liste dışından bir kişinin hakem olarak görev yapmasına imkân tanınmamaktadır.

Konsey'in hakem listesinde yer alacak kişileri belirlemek dışında gerektiğinde bu kişileri listeden çıkarmak; ilk derece ve temyiz daire başkanlarını seçmek<sup>95</sup>; hakemlerin reddi ve görevden alınmaları konusunda karar vermek; CAS genel sekreterini seçmek ve görevine son vermek; Sekreteryanın faaliyetlerine nezaret etmek; CAS'ın finansmanını sağlamak gibi tahkim yargılaması üzerinde de etkili olabilecek oldukça önemli görev ve yetkileri bulunmaktadır<sup>96</sup>.

91 Bkz. yukarıda paragraf 57-60.

92 Hakemleri atayan sportif kuruluşların (uluslararası federasyonlar, IOC ve ulusal olimpiyat komiteleri) sporcuların taraf olduğu uyuşmazlıkların diğer tarafı olarak CAS yargılamasında yer alma olasılığı olan kuruluşlar olduğu; bu kuruluşların sporcuları değil, tahkim yargılamasında taraf olarak yer alan kuruluşları temsil ettiği yönündeki tespit için bkz. Muhalefet Şerhi paragraf 8.

93 Konsey'in ve CAS'ın üyelerinin çoğunluğunun sportif kuruluşların (uluslararası federasyonlar, IOC ve ulusal olimpiyat komiteleri gibi) temsilcileri olduğu; sportif kuruluşların Konsey'in oluşumu üzerinde ihmal edilmeyecek ölçüde etkili olduğu yönündeki tespit için bkz. Muhalefet Şerhi paragraf 9.

94 Muhalefet şerhinde, listede yer alan hakemlerin 3/5'inin, sportif kuruluşlar tarafından sunulan listeden; 1/5'inin sporcuların çıkarlarını korumak amacıyla, 1/5'inin ise sportif kuruluşlardan bağımsız kişilerden seçildiği; dolayısıyla sadece bu son 1/5'inin sportif kuruluşlara karşı bağımsız olduğunun söylenebileceği belirtilmekle birlikte sonuçta bu hakemlerin de yine söz konusu kuruluşların etkili altında olan Konsey tarafından seçildiği; bu durumun sadece bağımsız uzmanların değil, sporcuların çıkarlarını korumak amacıyla seçilen kişilerin de tarafsızlığını ve bağımsızlığını etkilediği vurgulanmaktadır (muhalefet şerhi, paragraf 10). Muhalefet şerhinde ayrıca, hakemlerin sadece 1/5'inin *sporitif kuruluşlardan bağımsız* kişiler arasında seçileceğinin öngörülmesinin de aslında diğerlerinin tarafsız olmadığını açıkça gösterdiği belirtilmektedir (Muhalefet Şerhi, paragraf 14).

95 CAS'ın daireleri ve daire başkanlarının hakem heyetinin oluşumundaki rolü hakkında bkz. aşağıda paragraf 90-92.

96 CAS Statüsü'nün *Pechstein* tarafından AİHM'e başvuru yapıldığı tarihte yürürlükte olan 2004 versiyonunun "Konsey'in Görevleri" başlıklı S6 maddesi. Konsey'in görevlerine ilişkin bu maddede 2019 yılında bazı değişiklikler yapılmış; özellikle üyelik (*membership*) ve red (*challenge*) komisyonları oluşturulmuş ve Konsey'in hakem listesinde yer alacak kişileri üyelik komisyonunun önerisi üzerine belirlemesi; hakemin reddi konusunda da red komisyonunun karar vermesi öngörülmüştür. Ancak yeni hakemlerin önerilmesi veya mevcut hakemlerin listeden çıkarılması konusunda Konsey'e önderide bulunacak olan üyelik komisyonu, iki Konsey üyesinden ve üç dairenin (ilk derece/temyiz/doping/mücadele dairesi) başkanından oluşmaktadır (Statü m.S7). Daire başkanları da Konsey tarafından atandığından, Konsey'in hakem listesinin oluşturulması konusundaki belirleyici rolünde herhangi bir değişiklik olmamıştır. Aynı şekilde hakemin reddi konusunda karar verecek olan red komisyonu da Konsey üyelerinden ve daire başkanlarından oluşmaktadır (Statü m.S7).

AİHM, CAS kuralları çerçevesinde yapmış olduğumuz tüm bu tespitleri, dolayısıyla Konsey'in *hakemlerin seçimi üzerinde etkili olduğunu* kabul etmesine rağmen, bu etkinin *somut olarak yargılama yapan hakemlerin tarafsızlığını veya bağımsızlığını* ortadan kaldıracak nitelikte olmadığı gerekçesiyle ihlal iddialarını reddetmiştir<sup>97</sup>. Diğer bir ifadeyle AİHM, hakemlerin seçiminde sportif kuruluşların etkisine ilişkin düzenlemelerden bağımsız olarak, bu etkinin, *somut olarak Pechstein* davasında görev yapan hakemlerin (veya listede yer alan hakemlerin çoğunluğunun) tarafsızlığını ve bağımsızlığını ortadan kaldıracak şekilde sonuç doğurduğunun ispat edilmesini aramış ve ispat edilemediği için başvuruyu reddetmiştir<sup>98</sup>.

Mahkemenin ulaştığı bu sonuç, kendi içtihadındaki temel ilkelere tamamen aykırıdır<sup>99</sup>. Zira CAS'ta görev yapacak hakemlerin, sporcunun taraf olduğu disiplin uyuşmazlıklarında diğer taraf olarak yer alan uluslararası federasyonların hakimiyetinde olan Konsey tarafından belirlenmesi, sporcuların hakem listesinin belirlenmesinde federasyonlar kadar etkili olamaması, sporcuların aleyhine federasyonların lehine haksız ve adaletsiz bir durum ortaya çıkarmaktadır<sup>100</sup>. Başlı başına bu durum, sporcular açısından CAS hakemlerinin tarafsız olmayacağı konusunda şüphe duyulmasını makul kılmaktadır. Gerçekten de, hakem listesinin oluşumuna ilişkin bu düzenlemeler karşısında, uluslararası federasyonların kendi görüşlerini benimseyen kişilerin hakem

97 Kararın 157. paragrafında yapılan bu tespite yönelik eleştiriler, muhalefet şerhinin 7. paragrafında yer almaktadır.

98 Nitekim Alman Federal Mahkemesi de, CAS'ın tarafsız ve bağımsız bir yargı mercii olduğu sonucuna varırken, tarafsızlığın tahkim yargılaması üzerinde somut sonuçlarının olması gerektiğini, mevcut davada bunun tespit edilemediğini (paragraf 36); federasyonun hakem seçiminde etkili olmasının, seçilen hakemin federasyonun temsilcisi gibi hareket edeceği anlamına gelmeyeceğini (paragraf 38) belirtmiştir. Federal Mahkeme, CAS kurallarında hakemlerin bağımsızlığını ve tarafsızlığını sağlayacak düzenlemeler bulunduğunu; hakemlerin seçildiklerinde tarafsızlık bildirisini imzalamaları, tarafsızlıklarını etkileyecek durumları bildirme yükümlülüklerinin bulunması, Konsey üyesi olamamaları, uyuşmazlığın taraflarının tarafsızlığından şüphe duydukları hakemin reddi talebinde bulunabilmeleri gibi düzenlemelerin bu amaca ulaşılmasını sağladığını; diğer yandan tarafsız olmayan bir hakem tarafından karar verilmesi halinde Federal Mahkeme'de iptal davası açılabilir olmasının da önemli bir teminat olduğunu belirtmiştir (paragraf 34). Dolayısıyla, Alman Federal Mahkemesi, kapalı hakem listesine ve listede yer alacak kişilerin Konsey tarafından seçilmesine rağmen CAS kurallarında sporcuların haklarını korumaya yönelik hükümler bulunduğu kanaatine ulaşmıştır. Mahkeme, federasyonların CAS yargılamasında etkin oldukları iddiasını, sporcuların ve federasyonların *dopingle mücadele konusunda ortak çıkarlarının varlığı* gerekçesiyle de bertaraf etmiştir.

99 Nitekim çoğunluk kararına muhalif kalan hakemler de, Mahkemenin hakemlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığına ilişkin yerleşik içtihadından ayrıldığını vurgulamakta ve yerleşik içtihat uyarınca organizasyonun genel yapısı görünürde tarafsızlığı ve bağımsızlığı sağlamaktan uzak ise, bireysel olarak hakemlerin tarafsız olmasının yeterli olmadığı; bir mahkemenin bağımsızlığının, üyelerin seçim şekli, görev süresi, dışarıdan gelecek baskılara karşı güvenceleri ve bağımsız görünüm verip vermediği gibi kriterlere göre belirlendiği; bu şekilde yapılacak bir değerlendirmede, özel olarak bir hakimin tarafsız veya bağımsız olup olmadığının araştırılmasına gerek kalmadığı belirtilmektedir. Muhalefet Şerhinde, AİHM'in, kira mahkemeleri ve iş mahkemeleri (*conseil de prud'homme*) ile ilgili başvurularda karar verecek olan kurulun dengeli bir şekilde oluşumuna dikkat ettiği ve örneğin sadece işverenlerin temsilcilerinden oluşan kurulları, *somut olaydaki temsilci tarafsız olsa dahi* kabul etmediği de vurgulanmaktadır (Muhalefet Şerhi paragraf 13).

Doktrinde de *Pechstein* Davasında AİHM'in yerleşik içtihadından ayrıldığı yönünde eleştiri yapılmaktadır (bkz. Antoine DUVAL, *The "Victory" of the Court of Arbitration for Sport at the European Court of Human Rights: The End of the Beginning for the CAS*, <https://www.asser.nl/SportsLaw/Blog/post/the-victory-of-the-court-of-arbitration-for-sport-at-the-european-court-of-human-rights-the-end-of-the-beginning-for-the-cas> (10.04.2019).

100 Muhalefet Şerhi, paragraf 11, 14.



olarak seçilmesini sağlayacakları yönünde makul bir şüphe duyulması doğaldır<sup>101</sup>. Hal böyle iken, AİHM'in şimdiye kadarki içtihadından ayrılarak bu durumu tek başına AIHS m.6'nın ihlali için yeterli görmemesi ve ayrıca somut olarak *Pechstein* davasında karar veren CAS hakemlerinin de tarafsız olmadığına ispat edilmesini aramasının gerekçelerine kararda rastlamak mümkün olmamıştır<sup>102</sup>.

#### dd. CAS'ın Uluslararası Federasyonlar Tarafından Finanse Edilmesi

*Pechstein* tarafından AİHM'e yapılan başvuruda, CAS'ın uluslararası federasyonlar tarafından finanse edildiği; bu nedenle CAS genel sekreteri tarafından atanan hakemin, federasyon lehine karar verme eğiliminde olduğu ifade edilmiştir<sup>103</sup>.

İsviçre Hükümeti bu iddiaya cevap olarak, *Konsey bütçesinin %60'ının olimpik harekete dahil farklı kuruluşlar tarafından, sporcuların disiplin kararları aleyhine ücretsiz olarak CAS'a temyiz başvurusunda bulunmalarına olanak tanımak için finanse edildiğini; geri kalan kısmın ise tahkim gideri olarak taraflardan tahsil edilen paralarla karşılandığını* ifade etmiştir. Hükümet cevabında ayrıca, devlet yargısının daima devletler tarafından finanse edildiğini; bizzat AİHM'in, *Konsey üyesi devletler tarafından finanse edildiğini ancak bu durumun, Mahkemenin, söz konusu devletlerin taraf olduğu uyuşmazlıklarda tarafsız olmayacağı anlamına gelmediğini* de vurgulamıştır<sup>104</sup>.

AİHM, CAS'ın finansmanı ile ilgili olarak İsviçre Hükümeti tarafından yapılan savunmayı yerinde bulmuş; devlet yargısının daima devlet tarafından finanse edildiğini, bu durumun devletin taraf olduğu uyuşmazlıklarda mahkemelerin tarafsız olmadığını kabul etmek için yeterli olmadığını vurgulamış ve CAS'ın sadece finansmanı ile ilgili bu durumun tarafsız ve bağımsız olmadığını söylemek için yeterli olmayacağını belirtmiştir.

101 Nitekim Münih İstinaf Mahkemesi, hakem heyetinin oluşumunda federasyonlarla sporcuların eşit etkiye sahip olmasını, hakem heyetinin tarafsızlığını tehdit eden bir durum olarak görmüş ve bu durumun, listede yer alan kişilerin federasyonlarla bağlantısından bağımsız olarak değerlendirilmesi gerektiğini; hakemlerin sporcular yerine uluslararası federasyonların görüşünü benimseyecek olmalarından kaynaklanan potansiyel bir risk bulunduğunu vurgulamıştır (MAISONNEUVE ( n 43) 915). Kararı değerlendiren MAISONNEUVE, uluslararası federasyonların ayrılmaz bir bütün oluşturmadığı ancak ortak çıkarları olduğunu, en azından olimpik hareket bünyesinde bağlantıları bulunduğunu, hukuk ile bağlantıları konusunda ortak bir anlayışa sahip olduklarını (sportif hareketin otonomisi prensibi gibi) belirterek bu kuruluşlar tarafından hakem olarak seçilen kişilerin *a priori* onların görüşünü paylaşıyor olmasından kaynaklanan genel bir risk bulunduğunu; yoksa sadece bir uyuşmazlıkta karar veren hakemin, uyuşmazlığın tarafı olan federasyon tarafından önerilmiş olmasından veya sportif kuruluşun CAS ile özel bir bağlantısının olmasından kaynaklanan bir risk olmadığını vurgulamıştır. Yazar, sportif kuruluşların Konsey üyesi olarak *kendi görüşlerini paylaşan* kişileri seçecekleri, bu kişilerin diğer Konsey üyelerini ve Konsey'in hakem listesinde yer alacak kişileri seçerken aynı düşünce yapısına sahip olan kişileri tercih edecekleri; bu düşünce yapısının da *sporcuların aleyhine* olabileceği varsayımından kaynaklanan bir tarafsızlık engeli bulunduğunu, bu varsayımların hiçbirinin kesin olmasa da "makul" (*plausible*) görülmesi ve bu olasılığın bertaraf edilmesi gerektiğini vurgulamaktadır (MAISONNEUVE ( n 43) 915).

102 Konsey'in yapısı ve hakem heyetinin oluşumundaki rolüne ilişkin düzenlemelerin, başvuranın endişelerinin *makul olarak kabul edilebilir* olduğunu gösterdiği; bu nedenle, somut uyuşmazlıkta karar veren hakemlerin tarafsız veya bağımsız olmadığına ayrıca ispat edilmesini aramanın yerinde olmadığı yönünde bkz. Muhalefet Şerhi paragraf 15.

103 Karar paragraf 124.

104 Karar paragraf 130.

Kanaatimizce CAS'ın masraflarının -kısmen de olsa- uluslararası federasyonlar tarafından karşılanması, federasyonların taraf olduğu uyuşmazlıklarda hakemlerin tarafsızlığı önünde bir engel olarak görülebilir. Şöyle ki, uluslararası nitelikli disiplin uyuşmazlıklarında sporculardan yargılama gideri alınmamakta<sup>105</sup>; bu giderler, İsviçre Hükümetinin cevabında belirtildiği gibi, uluslararası federasyonlar tarafından karşılanmaktadır. Yargılama giderlerine, hakemlere ödenen ücretler de dahildir. Diğer yandan, uluslararası disiplin uyuşmazlıklarında yargılamanın diğer tarafında sporcu hakkında disiplin yaptırımını uygulayan uluslararası federasyon bulunmaktadır. Dolayısıyla uyuşmazlığın taraflarından biri yargılama giderlerini finanse etmekte<sup>106</sup>; diğer taraf herhangi bir mali külfete girmemektedir. Bu durum, her ne kadar sporcuların CAS' a başvuru yapmalarına olanak sağlamak, dolayısıyla hak arama hürriyetini güvence altına almak gibi meşru bir amaca hizmet etse de finansmanı sağlayan tarafın lehine karar çıkacağı konusunda makul bir şüphe oluşturmaktadır.

Diğer yandan, İsviçre Hükümetinin cevabında belirtilen ve AİHM kararında benimsenen, devlet yargısı ile tahkim arasında finansman açısından benzerlik kurulması da çok yerinde değildir. İdare mahkemelerinde hâkim olarak görev yapan kişilerin maaşlarını devletten almalarının onların devlet lehine karar vermelerinde bir etken olmaması gerektiği şüphesizdir. Ancak özellikle yargının tarafsız olmadığı, hakimlerin özlük haklarının siyasi otorite tarafından düzenlendiği bir ülkede bu temenninin hayata geçmesini beklemek çok da gerçekçi olmayacaktır. Nitekim idare mahkemesi hakimlerinin devlet lehine, onu koruyucu şekilde karar verme refleksi içinde oldukları bilinen bir gerçektir ve bu gerçekte (yine yargı bağımsızlığının tam olarak sağlanamadığı ülkelerde) hakimlerin “işinden olmama” kaygısının hiç payı olmadığı söylenemez.

Bu bağlamda hakimlerle hakemler arasında bir benzerlik kurmak gerekirse, hakemlerin görev yapabilmelerinin diğer bir ifadeyle ücrete hak kazanabilmelerinin seçilmelerine bağlı olması, onların kendilerini “seçen” kişiye bağımlı hissetmelerine yol açabilir. Bir kişinin CAS'ta hakem olarak görev yapabilmesi için, yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı gibi, uluslararası federasyonların hâkim olduğu Konsey tarafından listeye alınması ve bunun öncesinde yine uluslararası federasyonlar tarafından Konsey'e önerilmesi gerekmektedir. Bu durum, sporcuların değil uluslararası federasyonların hakemleri “seçen” konumunda olduğunu göstermektedir. Uluslararası federasyonların bu şekilde hem CAS'ın finansmanını sağlaması hem hakem listesinin oluşumunda önemli rol üstlenmesi, sporcuların taraf olduğu disiplin uyuşmazlıklarında sporcular aleyhine üstünlüğe sahip olmalarına yol açmaktadır. Dolayısıyla, Konsey'in uluslararası federasyonlar tarafından finansmanı, Konsey'in yapısı ve hakem listesinin

105 CAS Tahkim Kuralları m. 65 uyarınca uluslararası federasyonların (veya diğer sportif kuruluşların) sadece disiplin kararına karşı temyiz başvuruları ücretsiz olup yargılama giderleri CAS tarafından karşılanmaktadır.

106 Burada kastedilen somut davada taraf konumundaki uluslararası federasyonun (ISU) finansmanı tamamen üstlenmiş olması değil, ISU da dahil tüm uluslararası federasyonların bu finansmanda rollerinin bulunmasıdır.

oluşumunda uluslararası federasyonların etkisi ile birlikte değerlendirildiğinde tarafsızlığı ortadan kaldıracı bir unsur olarak görülmelidir<sup>107</sup>.

### ee. Hakem Heyeti Başkanının CAS Genel Sekreteri Tarafından Atanması?

*Pechstein, hakemlerin seçiminde izlenen usule göre, tarafların birer hakem seçtiklerini; ancak üçüncü hakemin seçimi üzerinde herhangi bir etkileri olmadığını; heyet başkanı olan üçüncü hakemin, CAS sekretaryası özellikle genel sekreteri tarafından atandığını ileri sürmüştür*<sup>108</sup>.

İsviçre Hükümeti cevabında, CAS Tahkim Kuralları (m.R54) uyarınca üçüncü hakemin, sekreterlik tarafından değil temyiz dairesi tarafından ve taraf hakemlerinin görüşleri alındıktan sonra atandığını belirterek bu iddianın yerinde olmadığını ileri sürmüştür<sup>109</sup>.

AİHM kararında bu konuda bir değerlendirme yapılmamıştır. Dolayısıyla Mahkemenin neden bu durumu CAS'ın tarafsızlığı üzerinde etki edecek bir unsur olarak görmediğini tespit etmek mümkün olmamıştır.

Bu iddia ve savunmanın yerinde olup olmadığını CAS kuralları çerçevesinde değerlendirmek uygun olacaktır. Ancak öncelikle şunu tespit etmek gerekir ki, *Pechstein*'in iddia ettiği gibi hakem heyetinin oluşumunda CAS genel sekreterinin rolü bulunmamakta; ilgili daire başkanı bu konuda belirleyici olmaktadır. Burada cevaplanması gereken soru, ilgili daire başkanının nasıl belirlendiği ve bu kişinin hakem heyetinin oluşumuna müdahale etmesinin, tarafsızlığı engelleyici bir durum oluşturup oluşturmadığıdır.

CAS'da iki tür tahkim yargılaması yapılmaktadır: İlk derece ve temyiz tahkim yargılaması. Bu yargılamalar, kendilerine ait *Dairelerin (Chambre/Chamber)* nezaretinde yürütülmektedir<sup>110</sup>. Dolayısıyla ilk derece tahkim yargılaması için İlk Derece Tahkim Dairesi, temyiz tahkim yargılaması için de Temyiz Tahkim Dairesi, yargılamanın başından sonuna kadar Tahkim Kuralları ile belirlenmiş belirli konularda ve özellikle AİHM'e başvuruda dile getirilen, hakem heyetinin oluşumu konusunda görev almaktadır.

107 Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi (yukarıda dipnot 75'de bahsedilen) *Gundel* kararında, CAS'ın IOC'nin taraf olduğu uyuşmazlıklarda tarafsız olamayacağı sonucuna varırken CAS'ın IOC tarafından finanse edilmesini de gerekçe olarak belirtmişti.

108 Karar paragraf 124.

109 Karar paragraf 127.

110 2019 yılından itibaren Doping Mücadele Tahkim Dairesi (CAS Anti-Doping Division) adı altında yeni bir Daire oluşturulmuştur. Bu Daire, IOC, olimpiik programa dahil olan sporların uluslararası federasyonları, Uluslararası Analiz Kurumu (International Testing Agency) ve Doping Mücadele Kodu'nu imzalayan diğer kuruluşların, doping kurallarının ihlali ile ilgili ilk derece yargılamalarının CAS tarafından gerçekleştirilmesi konusunda CAS'a yetki vermeleri üzerine oluşturulmuştur. Bu çerçevede CAS Doping Mücadele Dairesi, söz konusu kuruluşların doping mücadele kurallarının ihlal edilip edilmediğinin tespiti ve gerektiğinde Kod ile öngörülen yaptırımların uygulanması için karar verme yetkisini haizdir (<https://www.tas-cas.org/en/arbitration/cas-anti-doping-division.html>).

İlk derece tahkiminde, hakem heyetinin oluşumuna ilişkin düzenleme (m.R40) şu şekildedir: Tahkim yargılaması tek veya üç hakem tarafından gerçekleştirilir. Eğer taraflarca hakem sayısı belirlenmedi ise, daire başkanı, uyuşmazlığın miktarını ve karmaşıklık derecesini dikkate alarak bu sayıyı belirler. Eğer tek hakem seçilmesi gerekiyorsa ve taraflar bu hakemin kimliği konusunda anlaşamazlarsa hakem daire başkanı tarafından seçilir. Eğer üç hakem seçilmesi gerekiyorsa taraflardan her biri birer hakem seçer; öngörülen süre içinde hakemini seçmeyen taraf olursa onun yerine daire başkanı seçer (R40.2/f.3). İki hakemin uzlaşarak üçüncü hakemi seçmemesi halinde heyet başkanı olarak görev yapacak olan bu hakemi de yine daire başkanı seçer.

Temyiz tahkim yargılamasında, daire başkanının hakem heyetinin oluşumundaki rolü biraz daha fazladır (m.R53-54). Şöyle ki, uyuşmazlık tek hakem tarafından çözümlenecekse, bu hakem, tarafların uzlaşmaları beklenmeden doğrudan daire başkanı tarafından seçilir. Üç hakem tayin edilmesi gerekiyorsa, taraflar birer hakem seçerler; heyet başkanı olarak görev yapacak olan hakemi de tarafların seçtiği bu hakemler değil, onların görüşünü alarak doğrudan daire başkanı seçer. Üç hakem seçilmesi gerekiyorsa ve davalı taraf süresi içinde kendi hakemini seçmezse, onun yerine daire başkanı hakem seçer. Bu şekilde hakem heyetlerinin oluşumunda etkisi olan *daire başkanları* (ve görev yapamadıkları durumlarda onların yerine hareket edecek olan *yardımcıları*) Konsey tarafından seçilir<sup>111</sup>.

Münih İstinaf Mahkemesi, hakem seçiminde daire başkanının rolüne ilişkin bu düzenlemelerin hakem heyetinin tarafsızlığı açısından sakıncalı olduğunu; zira daire başkanının da Konsey (yani uluslararası federasyonlar) tarafından seçildiğini, bu durumun sporcuların kendileri hakkında karar verecek olan hakem heyetlerinin tarafsızlığı konusunda şüphe duymalarına yol açacağını belirtmiştir<sup>112</sup>.

Buradaki sorun, hakem listesinin oluşumunda uluslararası federasyonların ve IOC'nin hakimiyetinden kaynaklanan sporcular aleyhine olan durumun bir yansıması veya devamı niteliğindedir. Gerçekten de hakem seçiminde yetkili olan ilgili daire başkanları, federasyonların hakimiyetinde olan Konsey tarafından atanmakta; daire başkanının seçim yapacağı listeyi de aynı şekilde federasyonların hâkim olduğu bu yapı belirlemektedir. Dolayısıyla uluslararası federasyonlar, bir yandan hakem listesini oluşturmak, diğer yandan hakem seçimi konusunda yetkili olan daire başkanlarını belirlemek suretiyle sporculara nazaran oldukça avantajlı bir konumda bulunmaktadır. Sporcuların ne hakem listesinin oluşumunda ne Konsey'in ne de daire başkanının belirlenmesinde doğrudan bir etkilerinin bulunması, daire başkanı tarafından seçilecek hakemin uluslararası federasyonların menfaatlerini koruyacağı konusunda makul şüphe duymalarına yol açacaktır.

111 CAS Statüsü m. S6.

112 Kararın ilgili kısmı hakkında bkz. MAISONNEUVE ( n 43) 914.

## ff. CAS Genel Sekreterinin Tarafsız Olmaması

*Pechstein, CAS genel sekreterinin, federasyonların hakimiyetinde olan Konsey tarafından atandığını; somut uyuşmazlıkta, hakem kararının önceden bildirilen tarihten sonra verilmiş olmasının, sekreterin karara müdahale ettiği konusunda kendisini ikna ettiğini; hakem kararının taraflara iletilmeden önce CAS genel sekreterliğine sunulmasını ve sekreterliğin kararın şekil bakımından düzeltilmesini isteyebileceğini ve esasa ilişkin konularda hakem heyetinin dikkatini çekebileceğini öngören Kod m. R59 düzenlemesinin CAS'ın tarafsızlığını ve bağımsızlığını etkilediğini ileri sürmüştür*<sup>113</sup>.

İsviçre Hükümeti cevabında, *CAS Tahkim Tüzüğü m. R46 ve R59 uyarınca sekreterin rolünün, özellikle hakem kararı CAS içtihadına aykırı ise hakem heyetinin bu konuda dikkatini çekmek olduğunu; hakemlerin, sekreterin bu tespitlerine katılıp katılmamakta serbest olduğunu; ICC Tahkim Kurallarında da divana böyle bir yetki tanıdığını, dolayısıyla bu uygulamaya tahkimde sık rastlandığını beyan etmiştir*<sup>114</sup>.

AIHM, *Pechstein*'in, hakem kararının sekreterin müdahalesi ile kendi aleyhine değiştirildiğini ispat edemediğini belirtmiş ve Federal Mahkeme'nin 10.2.2010 tarihli kararında yaptığı tespite katılarak bunların tamamen spekülasyon olduğunu herhangi bir somut veriye dayanmadığını belirterek bu iddiayı reddetmiştir<sup>115</sup>.

*Pechstein*'in bu iddiasının yerinde olup olmadığını tespit edebilmek için genel sekreterin nasıl seçildiğini ve ona hangi yetkilerin verildiğini incelemek gerekir. CAS Statüsü (m. S6) uyarınca, CAS genel sekreteri, Konsey tarafından seçilir ve görevden alınır; Konsey (ve Büro-Board) toplantılarına katılır, Konsey sekreteri olarak hareket eder; toplantılarda görüş beyan eder, ancak oy kullanamaz (m. S8, S10).

CAS Tahkim Kurallarında ise genel sekretere, hakem heyeti tarafından hakem kararı taslağı oluşturulduktan sonraki aşamada önemli bir görev verilmiştir. Buna göre gerek ilk derece gerekse temyiz tahkim yargılaması sonunda hakemler kararı imzalamadan önce genel sekretere iletilir. Genel sekreter, kararda tamamen şekli bakımdan düzeltmeler yapabilir veya esasa ilişkin prensipler hakkında hakem heyetinin dikkatini çekebilir<sup>116</sup>.

113 Karar paragraf 126.

114 Karar paragraf 131.

115 Karar paragraf 158.

*Pechstein* Federal Mahkeme'ye yaptığı iptal davası başvurusunda da genel sekreterin tayininde IOC ve uluslararası federasyonların rolü bulunduğunu; dolayısıyla bu kuruluşların CAS genel sekreteri aracılığıyla hakem kararı üzerinde etki edebileceklerini; genel sekreterin hakem heyetince verilen karar kendi aleyhine değiştirdiğini iddia etmişti. Federal Mahkeme, bu iddiaları tamamen spekülasyon olarak görmüş ve fiilen ispat edilemediği; hatta bizzat davacının, sekreterin bu yetkisini mevcut davada kullanıp kullanmadığını bilmediğini beyan ettiği; CAS sekreterine verilen yetkinin, hakem kararının sadece CAS tarafından alındığı gerçeğini değiştirmeyeceği ve CAS'ın tarafsızlığını ortadan kaldıracak şekilde onun üzerinde etki edildiğini göstermeyeceği gerekçesiyle reddetmiştir (AIHM Kararı paragraf 23).

116 İlk derece tahkim yargılaması için Tahkim Kuralları m. R46; temyiz tahkim yargılaması için m. R59 içerik olarak aynıdır: *Karar, hakem heyeti tarafından imzalanmadan önce, kararda tamamen şekli düzeltmeler yapma ve temel prensiplerle ilgili konularda hakem heyetinin dikkatini çekme yetkisi olan CAS Genel Sekreterine iletilir.* Bu kural, 2019 yılında yapılan Kod değişikliğinde içerik olarak aynen korunmuştur.

*Pechstein*, kendisi ile ilgili yargılamada genel sekreterin kararı kendi aleyhine olacak şekilde değiştirdiğini iddia etmiş ancak bu durumu ispat edemediği gerekçesiyle söz konusu iddiaya dayanan ihlal iddiası reddedilmiştir.

Türk doktrin ve uygulamasında bu konu ICC Tahkim Kurallarında yer alan, hakem kararının verildikten sonra Divan tarafından onaylanmasını öngören hüküm<sup>117</sup> çerçevesinde değerlendirilmiştir. Doktrinde, bu düzenlemenin hakemlerin bağımsızlığı ilkesine aykırı olduğu; bu nedenle ICC kurallarına göre verilmiş hakem kararlarının Türk kamu düzenine aykırı olduğu ve tenfizinin mümkün olmadığı yönünde görüşler<sup>118</sup> bulunduğu gibi, Yargıtay da eski bir kararında<sup>119</sup>, bu gerekçe ile İsviçre’de ICC kurallarına göre verilen hakem kararının tenfizini kamu düzenine aykırı bularak reddetmiştir. Ancak Yargıtay, 1991 yılında verdiği karar<sup>120</sup> ile bu hükmün hakemlerin bağımsızlığını ihlal ettiği gerekçesiyle yapılan temyiz başvurusunu reddetmek suretiyle önceki görüşünden dönmüştür.

Kanaatimizce bu konuda değerlendirme yaparken AİHM’in mahkemelerin tarafsızlığı ve bağımsızlığı konusundaki içtihadından yararlanması ve böyle bir düzenlemenin hakemlerin bağımsızlığını engelleyeceği konusunda bir *izlenim* yaratıp yaratmadığının ve taraflarda, sekreterin karara müdahale ederek hakemlerin bağımsızlığını engellediği konusunda *makul bir şüphe* uyandırıp uyandırmadığının esas alınması uygun olacaktır. Yoksa genel sekreterin taslak olarak kendisine sunulan bir hakem kararına fiilen (gerçekten) müdahale ettiğinin ispat edilmesini aramak çok da gerçekçi olmayacaktır. Zira hakem kararı taslağı sekreteryaya ile birlikte taraflara da tebliğ edilmemekte; taraflara ancak hakem sekreterinin de onayından geçmiş nihai karar tebliğ edilmektedir. Bu nedenle, sekreterin karara müdahale ettiği ancak hakem heyetinden ve sekreteryadan bu konuda özel bilgi temin etmek suretiyle ispat edilebilir ki, bu da taraflara bu bilgileri temin eden hakem veya sekreterinin “tarafsızlığı”nın sorgulanmasına yol açar. Bu nedenle, *karara genel sekreterin müdahale ettiğinin ispat edilememesi* gibi konuyu daha karmaşık hale getiren ve “özel” veya “gizli” bilgi niteliğindeki bilgilerin elde edilmesini gerektiren; bu nedenle de yerine getirilmesi pratik olarak imkânsız olan bir gerekçe ile bu iddiaların reddedilmesi yerinde değildir.

117 ICC Tahkim Tüzüğü’nde, hakem kararı verildikten sonra divan tarafından onaylanmasına dair düzenleme şu şekildedir: *Hakem heyeti kararı imzalamadan önce taslak olarak divana sunar. Divan hakem kararında şekil bakımından düzeltmeler yapabilir ve hakem heyetinin karar verme özgürlüğüne müdahale etmeksizin esasa ilişkin konularda onun dikkatini çekebilir. Divan tarafından şekil bakımından onaylanmayan bir hakem kararı verilemez.*

Bu madde, Tüzüğün 1988 (m. 21), 1998 (m.27) ve 2012 (m. 33) versiyonlarında aynı içerikle yer almaktadır.

118 BAKI KURU, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, VI. Baskı, C. VI, İstanbul 2001, 6203.

119 15. HD, 1617/1052, 10.3.1976. Kararın konuya ilişkin kısmı şu şekildedir: “...*kararın Milletlerarası Ticaret Odası hakem divanına tevdi ile tasdik ettirilmesi Türk Usul Hukukunun tam anlamıyla uygulanmadığını kanıtlamakta, üstelik usulümüzde hakem divanı ile sekreterliğine yer verilmemekte, hakem kararının Divana tevdi ve tasdik ettirilmesi kamu düzenine de aykırı bulunmaktadır...*” Karar için bkz. Ata SAKMAR/ İlhan YILMAZ/ Nuray EKŞİ, *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uygulamadan Örnekler*, Evrim, İstanbul 1989, 131-133.

120 15.HD., 2388/3667, 10.7.1991, KURU ( n 118) 6204. Karar hakkında bkz. EKŞİ Nuray, *Yargıtay Kararları Işığında ICC Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi*, Yıl:67, Sayı: 1, 2009, Ankara Barosu Dergisi, 54, 62; ÖZDEMİR KOCASAKAL ( n 38) 306, dipnot 1109.

AİHM içtihadında kabul edilen, mahkemenin *tarafsız olmadığı konusunda “makul şüphe” uyandırması ve tarafsız/bağımsız olduğu konusunda izlenim vermesi* gibi kriterler açısından bir değerlendirme yapıldığında Konsey tarafından seçilen genel sekreterin, kararda şekil bakımından düzeltme yapmakla yetinmeyip hakem heyetinin *esasa ilişkin prensipler hakkında dikkatini çekebileceğinin* öngörülmesi, kararın esasına müdahale edildiği konusunda makul bir şüpheye yol açacak niteliktedir. Bu düzenlemenin, hakem kararının o konuda verilmiş *CAS içtihadı ile tutarlı olmasını sağlamak* şeklinde bir gerekçesi olduğu belirtilmektedir<sup>121</sup>. Bu gerekçe bile aslında hakem kararına müdahale şüphesine yol açmakta; hakemlerin, dava konusu uyuşmazlıkla ilgili CAS içtihadından farklı bir değerlendirme yapmalarına izin verilmediğini ortaya koymaktadır. Diğer yandan, CAS'ın belirli konularda *prensip* niteliğinde içtihadı varsa ve hakemlerin bu prensiplere uygun karar vermeleri arzu ediliyorsa, bu içtihadın CAS'ın sitesinde ayrı bir bölümde yayımlanması veya hakem heyeti uyuşmazlığın esası hakkında değerlendirme yapmadan önce kendilerine söz konusu içtihat hakkında bilgi verilmesi suretiyle bu amaca ulaşılması mümkün olacaktır. Bu şekilde önceden bilgilendirme yapılması suretiyle hakem kararının CAS içtihadına uygunluğu sağlanabilir ve karar yazıldıktan sonraki aşamada hakem kararına müdahale edildiği *izlenimi* verilmemiş olur.

## 2. Hakem Heyeti Başkanının Önyargılı Olması

*Pechstein*, kurum olarak CAS'ın tarafsız olmadığı iddiasına ilave olarak *heyet başkanının bireysel olarak dava konusu uyuşmazlık açısından tarafsız olmadığını* da iddia etmiş ve bu iddiasının gerekçesi olarak *dopingle suçlanan sporculara karşı önyargılı birisi olduğunu; zira daha önce dopingle suçlanan sporcuların hakemi olarak seçilmeyi kabul etmediğini, daima federasyonların hakemi olmayı tercih ettiğini* ileri sürmüştür<sup>122</sup>.

İsviçre Hükümeti, bu iddianın yerinde olmadığını; *hakem heyeti başkanının tarafsız olmadığından şüphelenen Pechstein'in, CAS Tahkim Kuralları (m. R34) uyarınca red talebinde bulunması gerektiğini, böyle bir imkânı varken bunu kullanmadığını* ileri sürmüştür<sup>123</sup>.

AİHM, *Pechstein*'in bu iddiasını çok muğlak, varsayıma dayalı bulmuş, söz konusu hakemin tarafsızlığından şüphe etmeyi gerektiren herhangi bir fiili durum tespit edememiş ve bu açıdan yapılan başvuruyu reddetmiştir<sup>124</sup>.

121 Alman Federal Mahkemesi, *Pechstein* kararında, CAS genel sekreterinin karar ile ilgili olarak önerilerde bulunmasını, *yeknesaklığı sağlama amacı* taşıdığını, hakemlerin bağımsızlığını etkilemediğini (paragraf 39) belirtmiştir. İsviçre Hükümeti de *Pechstein* davasındaki savunmasında, CAS Tahkim Tüzüğü m. R46 ve R59 uyarınca sekreterin rolünün, *özellikle hakem kararı CAS içtihadına aykırı ise hakem heyetinin bu konuda dikkatini çekmek olduğunu* beyan etmiştir (Karar paragraf 131).

122 Karar paragraf 124.

123 Karar paragraf 128.

124 Karar paragraf 150.

*Pechstein* tarafından açılan iptal davasında, Federal Mahkeme tarafından yapılan değerlendirmede de, hakem heyetinin tarafsız ve bağımsız olmamasının, hakem heyetinin usule aykırı olduğu anlamına geldiği, bu nedenle İsviçre MÖHK m. 190/2,a da yer alan iptal sebebini oluşturduğu belirtilmiş ancak bu durumun bir iptal sebebi olabilmesi için iyiniyet prensibi gereğince *derhal* ileri sürülmesi gerektiği; CAS'a kendisi başvuran ve usulî zaman çizelgesini bu konuda herhangi bir *çekince koymadan* imzalayan davacının bu gerekçe ile Federal Mahkemeye başvurmasının iyiniyet prensibine aykırı olduğu belirtilmiş ve heyet başkanının tarafsız olmadığı gerekçesine dayanan iptal talebi reddedilmiştir. *Pechstein*'in, heyet başkanının daha önceki davalarda doping konusunda oldukça katı bir tutum sergilemiş olması dolayısıyla mevcut davada tarafsız olmayacağı yönünde iddiaları da Federal Mahkeme tarafından söz konusu hakemin tarafsızlığını kaldırmaya yetecek ölçüde somut verilere dayanmadığı; muğlak ve soyut nitelikte olduğu gerekçeleriyle reddedilmiştir<sup>125</sup>.

Gerçekten de hakem heyeti başkanı olarak seçilen kişinin, “tarafsız” olmadığı yönünde şüphesi bulunan tarafın bu hususu hakem seçimini öğrendiği tarihten itibaren yedi gün içinde red talebinde bulunarak bildirmesi gerekir<sup>126</sup>. Red gerekçelerini bilmesine rağmen red talebinde bulunmayan tarafın sonradan hakem kararına karşı bu gerekçe ile açacağı iptal davası dürüstlük kuralına aykırılık olarak değerlendirilecektir<sup>127</sup>.

Kanaatimizce burada üzerinde durulması gereken husus, red talebinde bulunmamak suretiyle o hakemin heyette görev yapmasına razı olan tarafın, hakemin tarafsız olmadığı gerekçesiyle AİHM'e başvuru yapmasının kabul edilip edilmeyeceği; diğer bir ifadeyle red talebinde bulunmamak suretiyle AİHS m.6 ile öngörülen tarafsızlık ve bağımsızlık ile ilgili teminattan vazgeçmiş sayılıp sayılmayacağıdır. AİHM her ne kadar *Pechstein* Davasında bu konuya ilişkin bir değerlendirmede bulunmamış ise de *Suovaniemi v. Finland* davasında, somut olayın koşulları çerçevesinde başvuranın tarafsız bir hâkim tarafından yargılanma hakkından vazgeçmesinin AİHS anlamında geçerli olduğuna karar vermiştir<sup>128</sup>. Bu karar çerçevesinde *Pechstein*'in CAS yargılamasında red talebinde bulunmamış olması, onun tarafsızlık ile ilgili başvuru haklarından vazgeçtiği şeklinde yorumlanabilirdi. Ancak Mahkeme bu tartışmalara hiç girmeden söz konusu hakemin tarafsızlığına engel olarak ileri sürülen gerekçeleri doğrudan değerlendirmiş ve bunların hakemin tarafsızlığından makul olarak şüphe etmeyi gerektirir nitelikte olmadığı kanaatine ulaşarak ihlal iddiasını reddetmiştir. Gerçekten de, hakemin “*doping*

125 Federal Mahkeme'nin 10.2.2010 tarihli kararının ilgili bölümleri AİHM kararının 23.paragrafında yer almaktadır.

126 CAS Tahkim Kuralları m. R34.

127 ÖZDEMİR KOCASAKAL (n 38) 377.

128 Mahkeme, başvuruçunun profesyonel bir danışmanın hizmetinden yararlanmış olması, dolayısıyla red talebinde bulunmamış olmasının sonuçları hakkında bilgisinin bulunması; mahkemelere başvuru aşamalarında bu hususu ileri sürmüş ve mahkemeler tarafından değerlendirme yapılarak reddedilmiş olması gibi koşulları dikkate almıştır (Application no: 31737/96 *SUOVANIEMI and others v. Finland*, 23 February 1999). Tarafsız ve bağımsız bir mahkemede yargılanma hakkından feragat edilip edilmeyeceğine ilişkin görüşler ve değerlendirilmesi için bkz. YEŞİLOVA (n 15) 180-182.



*uyuşmazlıklarında sporcuların hakemi olarak seçilmeyi kabul etmediği, federasyonların hakemi olmayı kabul ettiği*" iddiasının ispatı çok kolay olmadığı gibi, ispat edilse dahi bunun "makul olarak" hakemin tarafsızlığını ihlal edecek bir durum olduğunu kabul etmek pek mümkün görünmemektedir. Bu nedenle, AİHM'in bu konu ile ilgili değerlendirmesinin yerinde olduğunu belirtmek gerekir.

### III. Duruşmaların Kamuya Açık Yapılması Gerekir Mi?

*Pechstein*, ISU disiplin komisyonunda, CAS'ta ve Federal Mahkeme'de bu konuda talepte bulunmasına rağmen *kamuya açık duruşma yapılmadığını*; duruşmaların kamuya açık yapılmasının AİHS m.6/f.1 ile güvence altına alınan haklardan biri olduğunu; ancak maddede öngörülen durumlarda bir istisna tanımlanabileceğini, somut olayda bu istisnai durumlardan hiçbirinin mevcut olmadığını ileri sürmüştür<sup>129</sup>. *Pechstein*, kendi davası açısından duruşmaların gizli yapılmasının kararın sonucu üzerinde etkili olduğunu iddia etmiş ve bunu temellendirmek üzere, *iki gün süren duruşmada, karmaşık bilimsel konularla ilgili çok sayıda uzmanın dinlendiğini; kendi uzmanı tarafından ileri sürülen tezlerin hakem heyeti tarafından objektif bir temele dayanmadan ve alaycı bir tonla reddedildiğini; duruşma kamuya açık olsa idi hakem heyetinin bu şekilde davranamayacağını* iddia etmiştir<sup>130</sup>.

AİHM, AİHS m.6/ f.1' de öngörülen, duruşmaların kamuya açık yapılması gereği ve bunun istisnalarının sadece devlet mahkemelerinde değil disiplinler veya deontolojik konularda karar veren yargısal makamlar açısından da uygulanması gerektiğini; bir kişinin kendi iradesi ile bu gereklilikten vazgeçebileceğini belirttikten sonra, somut olayda *zorunlu tahkim* bulunduğunu ve başvuranın açıkça duruşmanın kamuya açık yapılması konusunda talepte bulunmasına rağmen AİHS m. 6/ f.1' deki istisnai durumun koşulları mevcut olmadan bu talebin reddedildiğini<sup>131</sup> belirtmiştir.

Mahkeme, CAS'ta yapılan yargılamada tartışılan konunun, teknik bir hukuki konu olmadığını<sup>132</sup>, maddi vakıalar ile ilgili olduğunu (*sporcuya verilen, onun mesleki saygınlığını ve itibarını zedeleyecek nitelikteki cezanın yerinde olup olmadığının incelenmesi ve bu konuda karar verebilmek için uzmanların dinlenmesi*) bu nedenle duruşmanın *kamuya açık yapılması gerektiğini* belirtmiş ve bu konuda bir ihlal olduğu sonucuna ulaşmıştır<sup>133</sup>.

AİHM, Federal Mahkemede görülen iptal davasında kamuya açık duruşma yapılmamış olması ile ilgili bir ihlal olmadığına karar vermiştir. Bunun

129 Karar paragraf 169.

130 Karar paragraf 173.

131 Karar paragraf 181.

132 AİHM içtihadında, yazılı olarak ele alınması gereken çok teknik konularda duruşma yapılmamasının ihlal anlamına gelmeyeceği kabul edilmektedir (bkz. İNCEOĞLU (n 17) 346).

133 Karar paragraf 182.

gerekçesi olarak *sadece hukuki konularda* veya *çok teknik konularda* yapılan yargılamalarda açık duruşma yapılmamış olmasının AİHS m. 6/ f.1’ in ihlali olarak değerlendirilemeyeceğini<sup>134</sup>; iptal davası üzerine Federal Mahkemede yapılan yargılamanın, CAS’ da yapılan yargılamada usulî teminatlara uyulup uyulmadığının tespiti ile sınırlı olduğunu, dolayısıyla teknik hukuk açısından inceleme yapıldığını, maddi vakıaların yeniden incelenmesine gerek olmadığını belirtmiş ve böyle bir yargılamada açık duruşma yapılmamış olmasının 6.maddenin ihlali olarak kabul edilemeyeceği sonucuna (oybirliği ile) ulaşmıştır<sup>135</sup>.

Doktrinde tahkim anlaşması yapılması ile AİHS m.6 ile öngörülen teminatlardan tamamen değil *kısmen* feragat edildiğini savunan görüşlerce dahi feragat edildiği kabul edilen teminalardan biri “*kamuya açık duruşma*” yapılmasına ilişkin olandır<sup>136</sup>. Zira tahkim yargılamasının gizliliği, onun tarihsel gelişimi ve şekillenmesi açısından en önemli özelliklerinden<sup>137</sup> ve tarafların devlet yargısı yerine tahkime başvurma gerekçelerinden biridir<sup>138</sup>. Diğer yandan, AİHS m.6’ da yer alan diğer tüm teminalara nazaran teknik olarak yargılama faaliyetine en yabancı olan teminat aleni duruşma yapılmasına dair olandır<sup>139</sup>.

Bu nedenle gerek doktrinde gerekse mahkeme kararlarında, AİHS m.6’ nın uygulanmasında tahkimin bu özelliğinin dikkate alınması ve kanunda veya tahkim anlaşmasında aksi öngörülmediği takdirde bu madde ile öngörülen aleniyet ilkesinin tahkim için uygulanmaması gerektiği kabul edilmektedir<sup>140</sup>. Nitekim devlet yargısında bile aleniyet ilkesinden vazgeçilmesinin (baskı altında olmadan, kesin ve herhangi bir kamusal çıkarı ihlal etmeyecek şekilde) mümkün olduğunu kabul eden AİHM<sup>141</sup>, tahkim yargılamaları açısından bunu rahatlıkla kabul etmektedir<sup>142</sup>.

134 Karar paragraf 185. AİHM, sadece hukukilik denetimi yapan, maddi vakıaları tekrar inceleme yetkisi olmayan üst yargı mercilerinde açık duruşma yapılmamasını, m.6’nın ihlali olarak görmemektedir (bkz. İNCEOĞLU (n 17) 347-352).

135 Karar paragraf 187, 188.

136 CHAINAIS (n 14) 306-307; YEŞİLOVA (n 15) 199. Bu görüş hakkında bkz. KAYALI (n 31) 29.

137 CHAINAIS (n 14) 306-307.

138 ŞANLI Cemal, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyumazlıkların Çözüm Yolları*, 7.Bası, Beta, 2019, 322; AKINCI (n 19) 9; Candan YASAN, *Millîlerarası Tahkimde Gizlilik*, 2011/1, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Atâ Sakmar’a Armağan, 777, 777-778; TÜYSÜZ Cemre, *Millîlerarası Ticari Tahkimde Gizlilik Yükümlülüğü*, Public and Private International Law Bulletin, Volume: 37, Issue: 2, 846–873, s. 847. Duruşmaların gizliliği prensibi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. YASAN (n 138) 792-793.

139 CHAINAIS (n 14) 307.

140 CHAINAIS (n 14) 306; KAYALI (n 31) 30.

141 İNCEOĞLU (n 17) 363- 366; *Axelsson et al. v. Sweden* davasında, başvuruçular, istinaf mahkemesinde açık duruşma yapılmadığını, m.6’nın ihlal edildiğini ileri sürmüş; AİHM, duruşmaların açık yapılmasının m.6 ile öngörülen temel prensiplerden biri olduğunu belirttiğinden sonra, tarafların bu haktan açıkça veya üstü kapalı olarak kendi iradeleri ile vazgeçebileceklerini (bu vazgeçmenin, kesin olması ve önemli bir kamusal çıkarı ihlal etmemesi şartıyla) ifade etmiş ve dava konusu olayda İsveç mevzuatı kamuya açık duruşma yapılmasına imkân vermesine rağmen başvuruçuların açıkça bunu talep etmemelerini, bu haktan vazgeçtikleri şeklinde yorumlamıştır (Application No. 11960/86, 13 July 1999. Karar hakkında bkz. SAMUEL (n 18) 422-423).

142 CHAINAIS (n 14) 307. AİHM, *Souavoneimi* kararında, tahkim anlaşması yaparak AİHS m. 6 ile öngörülen hakların tamamından değil sadece vazgeçilmesine izin verilen haklar açısından vazgeçilebileceğini; bu anlamda açık duruşma hakkının da vazgeçilebilen haklardan olduğunu belirtmiştir (*Application no: 31737/96 SUOVANIEMI and others v. Finland*, 23 February 1999).

Ancak yukarıda yapılan açıklamalar, tarafların serbest iradeleri ile kabul ettiği bir tahkim anlaşması varsa, diğer bir ifadeyle ihtiyari tahkim söz konusu ise geçerlidir. Eğer tahkim zorunlu nitelik taşıyorsa, bu durumda AİHS m.6 ile öngörülen tüm teminatlara ve bu bağlamda aleni duruşma yapılmasına ilişkin teminata<sup>143</sup> da tahkim yargılamasında uyulması gerekir<sup>144</sup>. Böyle bir durumda tahkim anlaşması ile aleni duruşma yapılmasına ilişkin teminattan feragat edildiği kabul edilemez.

*Pechstein* davasında İsviçre Federal Mahkemesi, CAS yargılamasında ve ISU disiplin komitesindeki yargılamada, duruşmaların gizli yapılmış olmasına dayanan iptal talebini, AİHS m.6/ f.1'in *ihiyari tahkim* yargılamasında uygulanmayacağı, dolayısıyla davacının bu maddede öngörülen, duruşmaların aleni gerçekleştirilmesini talep etme hakkının bulunmadığı gerekçesiyle reddetmiştir<sup>145</sup>. Federal Mahkeme'nin bir yandan CAS'ın *zorunlu* tahkim mercii olduğunu kabul etmesi diğer yandan AİHS m.6'nın *ihiyari* tahkim yargılamaları açısından uygulanmayacağı gerekçesiyle talebi reddetmesi kendi içinde çelişkili bir durum oluşturmaktadır. Gerçekten de gerek Federal Mahkeme gerekse AİHM, disiplin uyuşmazlıkları açısından CAS'ın zorunlu tahkim mercii olduğunu kabul ettiğinden, AİHS m. 6 ile öngörülen tüm teminatlara tahkim yargılamasında uyulması gerekir. Sözleşmesel uyuşmazlıklar açısından CAS'ın yetkisi *ihiyari* nitelik taşıdığından, bu tür uyuşmazlıklarla ilgili CAS yargılamalarında aleni duruşma yapılmamış olması AİHS m.6'nın ihlali olarak değerlendirilmeyecektir.

AİHM kararı sonrası CAS kurallarında yapılan ve 2019 yılından itibaren yürürlüğe giren değişikliklerle, disiplin ile ilgili temyiz tahkim yargılamalarında, *gerçek kişi* olan tarafın talepte bulunması halinde duruşmaların aleni yapılmasına imkân verilmiştir<sup>146</sup>.

143 Nitekim *Bramelid and Malmstrom v. Sweden* davası ile ilgili olarak hazırlanan Komisyon raporunda zorunlu tahkimde aleni duruşma gereğine uyulması gerektiği kabul edilmiştir. Bu başvuruda her ne kadar aleni duruşma hakkının ihlali ile ilgili bir talep olmadysa da Komisyon raporunda duruşmanın aleni yapılmadığı (paragraf 41); başvuranın tarafsız-bağımsız bir mahkemede kamuya açık olarak yargılanma hakkının ihlal edildiği (paragraf 42) tespit edilmiştir.

144 AİHM' in bu yöndeki içtihadı için bkz. yukarıda paragraf 25.

145 AİHM *Pechstein* Kararı, paragraf 178. Ancak Mahkeme, CAS'ın sportif alandaki yeri dikkate alındığında kararlarının tarafsızlığına ve hakkaniyetine duyulan güveni artırmak için özellikle de sporcunun talebi halinde duruşmaların açık yapılmasının iyi olacağını da vurgulamıştır.

146 CAS Tahkim Tüzüğü m. R57/f.2: "*Yargılamanın tarafını oluşturan gerçek kişinin talebi üzerine, disiplin uyuşmazlıklarında duruşmalar kamuya açık yapılabilir. Bu talep, kamu düzeninin, ahlâkın, ulusal güvenliğinin, tarafların özel hayatlarının veya küçüklerin çıkarlarının korunması gereklileriyle veya kamuya açık duruşma yapılmasının yargılamaya zarar vereceği durumlarda veya yargılamanın münhasıran hukuki sorunlara ilişkin olduğu durumlarda veya ilk derece yargılamasında kamuya açık duruşma yapılmış olması halinde reddedilebilir.*" Nitekim CAS'ın internet sitesinde 20 Ağustos 2019 tarihinde yayımlanan basın açıklamasında, WADA tarafından, Çin vatandaşı yüzücü Sun Yang hakkında Uluslararası Yüzme Federasyonu (*Fédération Internationale de Natation -FINA*) Doping Kurulu tarafından verilen, yüzücünün doping kuralı ihlal etmediğine dair kararı aleyhine yapılan temyiz başvurusu ile ilgili olarak yapılacak duruşmanın, tarafların talebi üzerine (medya dahil olmak üzere) kamuya açık yapılacağı duyurulmuştur. Açıklamada bunun CAS tarihinde kamuya açık duruşma yapılmasının ikinci örneği olduğu; ilk kamuya açık duruşmanın 1999 yılında, yine yüzme sporu ile ilgili bir davada (*Michelle Smith De Bruin v. FINA*) gerçekleştirildiği belirtilmiştir.

([https://www.tas-cas.org/fileadmin/user\\_upload/CAS\\_Media\\_Release\\_6148\\_Public\\_Hearing.pdf](https://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/CAS_Media_Release_6148_Public_Hearing.pdf)).

Bu açıklamadan anlaşıldığı kadarıyla daha önceki tahkim kurallarında buna açıkça imkân veren bir düzenleme olmamasına rağmen hakem heyeti bu yönde bir karar almış ve kamuya açık duruşma yapılmasına imkân tanımıştır.

Aynı düzenleme, 2019 tarihinden itibaren faaliyete geçen Doping Mücadele Dairesi'nin tahkim yargılama kurallarında da yer almaktadır<sup>147</sup>.

Bu değişikliğe rağmen, disiplin yargılamalarının büyük oranını oluşturan ve özellikle sporcuların sağlık durumuna ilişkin, gizli ve hassas bilgilerin detaylı bir şekilde incelendiği, tartışıldığı doping ihlali ile ilgili duruşmaların gizliliğinin, taraflar için<sup>148</sup> önemli bir avantaj olduğu; değişiklikten sonra da büyük ölçüde duruşmaların gizli yapılacağı, ancak kamuoyu tarafından merak edilen önemli uyuşmazlıklarda halka açık yapılabileceği ifade edilmektedir<sup>149</sup>.

#### IV. Değerlendirme ve Sonuç

*Pechstein* tarafından ileri sürülen, CAS'ın tarafsız ve bağımsız bir yargı kurumu olmadığı, bu nedenle AİHS m.6'nın ihlal edildiği yönündeki iddiaların AİHM tarafından reddedilme gerekçesi, kendisinin bu konuda geliştirdiği içtihadı ile tamamen çelişkilidir. Gerçekten de Konsey'in uluslararası federasyonların hakimiyetinde bir yapı olması ve bu yapının, hakem listesini belirleme, tahkim daire başkanlarını seçme ve dolaylı olarak hakem heyeti başkanını belirleme, genel sekreteri seçme gibi yetkilerinin varlığı, tahkim yargılamasında taraf olarak yer alacak uluslararası federasyonların lehine ve yargılamanın diğer tarafında yer alacak sporcuların aleyhine adaletsiz bir durum oluşturmaktadır. Uluslararası federasyonlara tanınan böylesine orantısız yetkiler, CAS'ın tarafsız ve bağımsız bir yargı mercii *görünümünde* olmadığını; tarafsızlığı konusunda duyulacak şüphelerin *makul olduğunu* kabul etmek için yeterlidir. Buna rağmen AİHM'in, somut olarak yargılamada taraf olan uluslararası federasyonun (ISU), bizzat hakem listesinin oluşumunda rol aldığı veya bu durumun *Pechstein* Davasında yargılama yapan ve karar veren CAS hakemlerinin tarafsızlığını ortadan kaldırdığının (sübjektif tarafsızlık) ispat edilmesini araması, tarafsızlık konusundaki içtihadına tamamen aykırı bir karar verilmesi anlamına gelmektedir.

AİHM, bu şekilde kendi içtihadına aykırı bir karar vermekle, bu kararının gerçek gerekçelerinin ne olduğuna/olabileceğine dair farklı yorumların yapılmasına neden olmuştur. Kanaatimizce bu kararın gerçek gerekçesini, CAS'ın spor dünyası açısından taşıdığı önemde ve uluslararası federasyonların bu sistemin devamındaki menfaatlerinde aramak ve bu kararı, IOC ve ona bağlı uluslararası federasyonların, kendi koydukları kuralların, devlet mahkemelerinin müdahalesi olmadan, yeknesak bir

147 İçerik olarak önceki dipnotta yer verdiğimiz CAS Tahkim Tüzüğü m.R57 ile aynı olan, Doping Mücadele Dairesi Tahkim Kuralları m. A19.3/f.3.

([https://www.tas-cas.org/fileadmin/user\\_upload/CAS\\_ADD\\_Rules\\_final\\_version\\_2019.pdf](https://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/CAS_ADD_Rules_final_version_2019.pdf)).

148 Doping uyuşmazlıklarında taraflardan biri sporcu (*gerçek kişi*) diğer taraf kendisi hakkında doping dolayısıyla soruşturma yürüten ve karar veren, tüzel kişiliği haiz federasyon veya WADA'dır. CAS kurallarında sadece *gerçek kişi* olan tarafın talep etmesi halinde kamuya açık duruşma yapılmasına imkân verilmesi sporunun kendi özel hayatı ile ilgili birtakım bilgilerin de açıklanabileceği düşünüldüğünde yerinde olmuştur.

149 *ECHR releases its judgment in the Pechstein case: what does this mean for the Court of Arbitration for Sport?* <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=bee3263b-b473-442b-a645-ba606ca4a52e> (10.04.2019).

şekilde uygulanmasını sağlamak amacıyla oluşturdukları, 35 yıldır faaliyet gösteren ve bu süreçte uluslararası sportif uyumsuzlukların en üst karar mercii haline gelmiş olan CAS'ın bu konumunu sarsmamak için verilmiş bir karar olarak değerlendirmek gerekir.

CAS'ın uluslararası planda işgal ettiği bu yerin önemini kabul etmek, onun özellikle sporcuların taraf olduğu disiplin uyumsuzluklarında daha tarafsız ve bağımsız bir görünüm vermesini sağlayacak tedbirlerin alınması gereğini bertaraf etmemeli ve AİHM, önüne gelen bu fırsatı, bu amaca yönelik düzenlemelerin yapılabilmesi için kullanmalıydı<sup>150</sup>. AİHM'in bu fırsatı iyi değerlendirememesi, mevcut yapı devam ettiği sürece sporcuların (*Pechstein*'in Alman mahkemelerine başvurması gibi) CAS kararlarına karşı milli mahkemelere müracaat etmelerine ve mahkemelerin CAS'ın tarafsızlığı/bağımsızlığı konusunda çok daha cesur kararlar almalarına yol açabilecektir<sup>151</sup>.

Sonuç olarak, AİHM kararına muhalif kalan hakimler tarafından yazılan muhalefet şerhinde, Münih İstinaf Mahkemesi'nin kararında ve doktrinde CAS'ın neden tarafsız ve bağımsız bir yargı mercii olmadığına dair eleştiriler dikkate alınarak CAS'ta yeni bir yapılanmaya gidilmesi ve yargılamaların tamamen AİHM içtihadındaki ilkelere uygun yürütülmesi için gerekli düzenlemelerin yapılması gerekmektedir. Bu çerçevede, çalışmamızda da üzerinde ayrıntılı olarak durduğumuz, yapılabilecek değişikliklerin hangi yönde olması gerektiğine dair bazı açıklamaları kısaca tekrar etmek uygun olacaktır.

Her şeyden önce Konsey'in yapısının değiştirilmesi ve sporcu, kulüp, teknik direktör ve antrenör gibi sportif uyumsuzlukların tarafı olabilecek, uluslararası federasyonlar dışındaki kişi ve kuruluşların da Konsey üyelerinin seçiminde rol alması gerekir<sup>152</sup>. Özellikle disiplin uyumsuzluklarında CAS'ın zorunlu tahkim mercii olması ve bu uyumsuzlukların tarafının genellikle sporcu olması dikkate alınarak, sporcuların doğrudan Konsey üyelerinin seçilmesinde etkili olması sağlanmalıdır. Bu da, IOC'nin veya uluslararası federasyonların sporcu komisyonlarının Konsey üyelerinin seçiminde rol alması ile sağlanabilir.

Konsey'in yapısı değiştirildiği ve uluslararası federasyonların hakimiyetine son verildiği takdirde sorun büyük ölçüde giderilmiş olacaktır. Ancak uzun vadeli bu değişikliğin gerçekleşmesine kadarki süreçte Konsey'in hakem listesinin oluşumundaki etkisi ortadan kaldırılabilir<sup>153</sup> veya sporcuların bu listenin oluşumunda federasyonlar

150 Aynı yönde, DUVAL (n 99).

151 DUVAL (n 99).

152 CAS tarafından AİHM kararı sonrası yapılan açıklamada, Konsey üyelerinin çoğunluğunun spor kuruluşlarının üyesi olmayan uzman hukukçulardan oluştuğu ve kadın-erkek eşitliğinin sağlandığı ifade edilmiştir ([https://www.tascas.org/fileadmin/user\\_upload/Media\\_Release\\_Mutu\\_Pechstein\\_ECHR.pdf](https://www.tascas.org/fileadmin/user_upload/Media_Release_Mutu_Pechstein_ECHR.pdf)). Ancak fiilen gerçekleştiği söylenen bu değişikliklerin Konsey üyelerinin seçimine ilişkin kurallara da yansması ve böylece bir güvenceye kavuşturulması zorunludur. Zira burada asıl sorun, Konsey üyelerinin kimlerden oluştuğundan öte bu üyelerin kimler tarafından seçildiğidir.

153 MAISONNEUVE (n 43) 919- 920.

gibi *doğrudan* etkili olmasını sağlayacak düzenlemeler yapılabilir. Her ne kadar CAS Statüsünde 2019 yılından itibaren yapılan değişikliklerle, üyelik komisyonu (*membership commission*) oluşturulması ve hakem listesinde yer alacak kişilerin bu komisyon tarafından önerilmesi gibi olumlu bir adım atılmışsa da, bizatihi bu komisyon üyelerinin Konsey üyelerinden oluşması ve listede yer alacak kişilerin belirlenmesi konusunda nihai kararın Konsey tarafından verilecek olması bu adımı yetersiz kılmaktadır<sup>154</sup>.

Hakem listesinin açık hale getirilmesi<sup>155</sup>, diğer bir ifadeyle liste dışından kişilerin hakem olarak seçilmesine imkân tanınması da diğer bir seçenek olarak düşünülmelidir. Kapalı liste uygulaması iki gerekçe ile savunulmaktadır: İlk gerekçe, sportif uyuşmazlıkların uzmanlık gerektirmesi ve liste oluşturulurken uzman kişilerin seçilmesi suretiyle bu gerekliliğe uyulması. İsviçre Federal Mahkemesi, listenin açık hale getirilmesi durumunda uzman olmayan kişilerin de hakem olarak görev yapmasının önünün açılacağı ve bu şekilde seçilen kişilerin kendilerini seçen kişilerin avukatı gibi hareket edeceği yönündeki açıklamaları ile bu uygulamayı desteklemektedir (ATF III 445). Ancak AİHM kararına muhalif kalan hakemler, Federal Mahkemenin bu açıklamalarının ikna edici olmadığını; zira çok daha teknik konularda (*aeronotique, farmasötik sanayii gibi*) tarafların hakemlerini serbestçe seçebildiklerini ve bu durumun bir sorun oluşturmadığını belirtmektedirler<sup>156</sup>. Diğer yandan, hakem seçme konumunda olan tarafların konunun uzmanı bir kişiyi seçme konusunda hassas davranacaklarında şüphe yoktur<sup>157</sup>.

Kapalı liste uygulamasının ikinci gerekçesi olarak, bu uygulama ile CAS içtihadında tutarlılığın ve dolayısıyla sporcular arasında eşitliğin/adaletin sağlandığı; zira listede yer alan hakemlerin CAS içtihadı hakkında düzenli olarak bilgilendirildiği belirtilmektedir. Ancak doktrinde bu yöntemin çok da etkili olmadığı, listede yer alan 300 hakemin tamamının CAS içtihadı hakkında ayrıntılı bir bilgiye sahip olmadığı; spor tahkimi ile ilgilenen herkese bu içtihat hakkında bilgi verilmesi suretiyle de bu amaca ulaşılabileceği ifade edilmektedir<sup>158</sup>.

Diğer yandan bu bilgilendirmenin önceden değil de hakem seçiminden sonra CAS sekreterliği tarafından veya hakem kararının CAS genel sekreteri tarafından kontrolü aşamasında yapılabileceği<sup>159</sup>; yeknesaklık sağlama amacına, heyet başkanı veya tek hakem olarak görev yapacak kişilerin bir listesinin oluşturulması ve bu kişilerin CAS

154 Üyelik komisyonu hakkında bkz. yukarıda dipnot 96.

155 MAISONNEUVE (n 43) 919; Bruno GUANDALINI / Caio de FARO NUNES, *The CAS List of Arbitrators: Lessons from the Pechstein case for Tokyo*, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/01/06/booked-sports-arbitration/> (09.04.2019).

156 Muhalefet Şerhi paragraf 14.

157 RIGOZZI (n 43) 294.

158 MAISONNEUVE (n 43) 919. RIGOZZI, hakem sayısı arttıkça hakemlerin CAS içtihadı hakkında etkin bir şekilde bilgilendirilmesinin mümkün olmayacağını, halihazırda çok sayıda birbiriyle çelişkili CAS kararlarının bulunmasının, bu bilgilendirmenin daha çok sıklıkla hakemlik görevi üstlenen kişiler nezdinde yapıldığını gösterdiğini ifade etmektedir (RIGOZZI (n 43) 295).

159 MAISONNEUVE (n 43) 919.

İçtihadı hakkında düzenli olarak bilgilendirilmesi ve diğer hakemlerin liste dışından seçilmesine olanak tanınması suretiyle de ulaşılabileceği ifade edilmektedir<sup>160</sup>.

Heyet başkanı veya tek hakem olarak görev yapacak hakemin, Konsey'in seçtiği daire başkanı tarafından atanacağına ilişkin düzenlemenin değiştirilmesi de hakem heyetinin tarafsız bir şekilde oluşumunu sağlayabilmek için gereklidir. Burada kapalı liste uygulamasına çözüm olarak önerilen yöntemde olduğu gibi, başkan veya tek hakem olarak görev yapacak hakemler için bir liste oluşturulması ve bu listeden sırayla veya kura yöntemi ile belirlenen hakemlerin görev yapması şeklinde bir formül düşünülebilir<sup>161</sup>.

CAS genel sekreterinin hakem kararı verildikten (taslak halinde) sonra karara esas bakımından müdahale ettiği izlenimi veren düzenlemenin değiştirilmesi ve sekreterliğin kararda sadece şekil bakımından düzeltme yaptırabileceği, esas bakımından herhangi bir değişiklik önerisinde bulunulamayacağı açıkça hükme bağlanmalıdır. Özellikle CAS genel sekreterinin Konsey tarafından atandığı dikkate alındığında böyle bir değişikliğin yapılması önemlidir. Aslında kapalı liste uygulamasının ve genel sekreterin kararı kontrol etmesinin ortak gerekçesi, kararın CAS içtihadı ile tutarlı olmasını sağlamaktır. Bu amaca, yukarıda açıklandığı gibi daha farklı şekillerde özellikle hakem heyeti oluşturduktan sonra o konu ile ilgili CAS içtihadı hakkında hakem heyetine bilgi verilmesi suretiyle ulaşılabilmektedir.

---

**Hakem Değerlendirmesi:** Dış bağımsız.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

**Finansal Destek:** Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.

**Conflict of Interest:** The author has no conflict of interest to declare.

**Grant Support:** The author declared that this study has received no financial support.

---

## Bibliyografya/Bibliography

Akıncı Z, *Milletlerarası Tahkim*, 4.Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016.

Balkar-Bozkurt S, *Milletlerarası Ticari Tahkime Hakemlerin Bağımsızlık Yükümlülüğü*, İstanbul, On İki Levha, 2016.

Bert P, *Sports Arbitration – Munich Court Of Appeals Does Not Recognize Cas Arbitral Award In Pechstein Case*, [Http://Www.Disputeresolutiongermany.Com/2015/01/Sports-Arbitration-Munich-Court-Of-Appeals-Does-Not-Recognize-Cas-Arbitral-Award-In-Pechstein-Case/](http://www.Disputeresolutiongermany.Com/2015/01/Sports-Arbitration-Munich-Court-Of-Appeals-Does-Not-Recognize-Cas-Arbitral-Award-In-Pechstein-Case/) (05.07.2019).

Bert P, *Sports Arbitration: Munich Court Finds Arbitration Clause Invalid In Pechstein Case*, [Http://Www.Disputeresolutiongermany.Com/2014/02/Sports-Arbitration-Munich-Court-Finds-Arbitration-Clause-Invalid-In-Pechstein-Case/](http://www.Disputeresolutiongermany.Com/2014/02/Sports-Arbitration-Munich-Court-Finds-Arbitration-Clause-Invalid-In-Pechstein-Case/) (05.07.2019).

---

160 RIGOZZI (n 43) 298- 300.

161 MAISONNEUVE (n 43) 920.

- Besson S, *Arbitration And Human Rights*, 2006, Volume 24, Issue 3, *Asa Bulletin*, 395-416.
- Chainais C, *Exigences Du Procès Équitable Et Arbitrage : Existence Et Essence Du Droit À Un Procès Arbitral Équitable*, In, *Convention Européenne Des Droits De L'homme Et Droit De L'entreprise*, Laure Milano (Dir.), Nemesis/Anthemis, 2016, 265-322, [https://www.researchgate.net/publication/320229736\\_Exigences\\_Du\\_Proces\\_Equitabile\\_Et\\_Arbitrage\\_Existence\\_Et\\_Essence\\_Du\\_Droit\\_A\\_Un\\_Proces\\_Arbitral\\_Equitabile\\_In\\_L\\_Milano\\_Dir\\_Convention\\_Europeenne\\_Des\\_Droits\\_De\\_L'homme\\_Et\\_Droit\\_De\\_L'entreprise\\_Nemesisanth](https://www.researchgate.net/publication/320229736_Exigences_Du_Proces_Equitabile_Et_Arbitrage_Existence_Et_Essence_Du_Droit_A_Un_Proces_Arbitral_Equitabile_In_L_Milano_Dir_Convention_Europeenne_Des_Droits_De_L'homme_Et_Droit_De_L'entreprise_Nemesisanth) (05.12.2018).
- Duval A, *The "Victory" Of The Court Of Arbitration For Sport At The European Court Of Human Rights: The End Of The Beginning For The Cas*, <https://www.asser.nl/sportslaw/blog/post/the-victory-of-the-court-of-arbitration-for-sport-at-the-european-court-of-human-rights-the-end-of-the-beginning-for-the-cas> (10.04.2019).
- Ekşi N, *Spor Tahkim Hukuku*, Beta, İstanbul 2015.
- Ekşi N, *Yargıtay Kararları Işığında İcc Hakem Kararlarının Türkiye'de Tanınması Ve Tenfizi*, Yıl:67, Sayı: 1, 2009, *Ankara Barosu Dergisi*, 54-74.
- Guandalini B, De Faro-Nunes C, *The Cas List Of Arbitrators: Lessons From The Pechstein Case For Tokyo*, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/01/06/booked-sports-arbitration> (09.04.2019).
- İnceoğlu S, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Kamu Ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak Ve İlkeler*, 4.Bası, Beta, İstanbul 2013.
- İpek M, *Pechstein V. International Skating Union – Court Of Arbitration For Sport At The Target*, C. 22, S.1, Mühf-Had, (511-519), <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/274362>.
- Jarosson C, *L'arbitrage Et La Convention Européenne Des Droits De L'homme*, 1989/4, *Revue De L'arbitrage*, 573-607.
- Kayalı D, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Bağımsızlığı Ve Tarafsızlığı*, Seçkin, Ankara 2015.
- Keidel C, *A Guide To The Higher Regional Court's Decision In The Pechstein Case*, <https://www.lawinsport.com/content/articles/item/a-guide-to-the-higher-regional-court-s-decision-in-the-pechstein-case>, Published On 29 January 2015 (01.03.2018).
- Knoepfler F, *Les Droits De L'homme Et L'arbitrage*, *Swisslex Rsdie* 2007, 463-478.
- Kuru B, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, V1. Baskı, C. V1, İstanbul 2001.
- Maisonneuve Mathieu, *Note: Claudia Pechstein V. International Skating Union (Isu), Hihger Regional Court Of Munich, Az. U 1110/14 Kart, 15 January 2015*, 3-2015, *Revue De L'arbitrage* (909-921).
- Mavromati D, *The Legality Of The Arbitration Agreement In Favour Of Cas Under German Civil And Competition Law, The Pechstein Ruling Of The German Federal Tribunal (Bgh) Of 7 June 2016*, 2016/1, *Bulletin Tas/ Cas Bulletin*, S. 27-41.
- Özdemir-Kocasakal H, *Sportif Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümü Ve Spor Tahkim Mahkemesi*, İstanbul 2013.
- Rigozzi A, Tissot FR, *"Consent" In Sports Arbitration: Its Multiple Aspects, Lessons From The Canas Decision, In Particular With Regard To Provisional Measures*, <https://lk-k.com/wp-content/uploads/2015/10/Rigozzi-Robert-Tissot-In-Asa-Special-Series-41-Sports-Arb.-A-Coach-For-Other-Players-2015-Consent-In-Sports-Arb.-Its-Multiple-Aspects-Pp.-59-94.Pdf>. (05.09.2019).
- Rigozzi A, *L'arbitrage International En Matière De Sport*, Helbing&Lichtenhahn, Bâle 2005.



- Sakmar A, Yılmaz İ, Ekşi N, *Milletlerarası Özel Hukuk Ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uygulamadan Örnekler*, Evrim, İstanbul 1989.
- Samuel A, *Arbitration, Alternative Dispute Resolution Generally And The European Convention On Human Rights*, Journal Of International Arbitration, Kluwer Law International (2004, Volume 21 Issue 5), 413–437.
- Svobodova K, *Application Of The Article 6(1) Of The Echr In International Commercial Arbitration*, [https://dfkonline.sze.hu/images/egyedi/doktori/%C3%A1ll\\_%C3%A9s\\_jog\\_alap\\_%C3%A9rt%C3%A9kei\\_2010/2.%20k%C3%B6t/KI%C3%A1ra.pdf](https://dfkonline.sze.hu/images/egyedi/doktori/%C3%A1ll_%C3%A9s_jog_alap_%C3%A9rt%C3%A9kei_2010/2.%20k%C3%B6t/KI%C3%A1ra.pdf). 01.06.2018).
- Şanlı C, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması Ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, 7.Bası, Beta, 2019.
- Şanlı C, Esen E, Ataman-Figanmeşe İ, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 7.Bası, Beta, 2019.
- Tüysüz C, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Gizlilik Yükümlülüğü*, Public And Private International Law Bulletin, Volume: 37, Issue: 2, 846–873.
- Voser N, Gottlieb B, *How The European Court For Human Rights Interferes In (Sports) Arbitration*, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/12/19/how-the-european-court-for-human-rights-interferes-in-sports-arbitration/> (09.04.2019).
- Wittinghofer M, Schenk S, *A Never Ending Story: Claudia Pechstein's Challenge To The Cas*, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/06/14/a-never-ending-story-claudia-pechsteins-challenge-to-the-cas/> (01.06.2018).
- Yasan C, *Milletlerarası Tahkimde Gizlilik*, 2011/1, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Atâ Sakmar'a Armağan, S. 777-806.
- Yeşilova B, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı Ve Denetimi*, Güncel Yayınevi, İzmir 2008.





## Güncel Gelişmeler Işığında Yatırım Yoluyla Türk Vatandaşlığının Kazanılması: Problemler ve Çözüm Önerileri

### Obtaining Turkish Citizenship by Investment: Problems and Solutions

İlyas Gölcüklü\*

#### Öz

Günümüzde birçok ülke, belirli esaslar çerçevesinde yatırım yapan yabancılara vatandaşlık vermektedir. Karadağ Yatırımcı Vizesi, Portekiz Altın Vize programı ilk başta akla gelen uygulamalardır. Son zamanlarda Türkiye de yatırımın kapsam ve şartlarını daraltmak suretiyle tartışmalı da olsa yatırım yoluyla vatandaşlığı kolaylaştırmıştır. Ancak bu kolaylaştırma, beraberinde birtakım tartışmaları da getirmiştir. Çalışmada öncelikle vatandaşlık kavramı ile Türk vatandaşlığının kazanılması yolları incelenmiş, özellikle de istisnai yolla Türk vatandaşlığının kazanılması imkanı ele alınmıştır. Bir istisnai kazanım yolu olan yatırım yoluyla vatandaşlık süreci ve imkanı ayrıca ele alınmıştır. Bu kapsamda Cumhurbaşkanı kararlarıyla değişikliğe uğramış Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik'teki yatırım kalemleri incelenmiştir. Hukuki inceleme yapılırken, yatırım yoluyla vatandaşlık kazanmanın sosyal ve ekonomik etkileri de ayrıca incelenmiştir. Piyasaların dayatması sonucu geliştirilen yumuşak kıstaslarla vatandaşlığın tanınması, vatandaşlığın tanımı ile örtüşmeyen bazı sonuçlar doğurmaktadır. Yatırım yoluyla vatandaşlık imkanına, karşılaştırmalı hukukta getirilen "vatandaşlığın metalaştırılması" gibi eleştirilerin haklılığı ile gerekçeleri tartışılmıştır. Karşılaştırmalı hukukta yabancı yatırımcıların istisnai yolla vatandaşlık kazanmasına izin veren ülkelerde, asgari yatırım eşiklerini yükseltme ve usulü daha da zorlaştırmaya dönük bir eğilim olduğu bu çalışmada ortaya konmaktadır. Bu eğilimin temel gerekçelerinden biri de başta cazip bir yatırım olarak öngörülen bu imkânın zaman içerisinde çeşitli hukuki, sosyal, kültürel ve politik problemlere sebebiyet verdiğinin tespit edilmesi sonucu devletlerin harekete geçmeleridir. Bu çalışmada, dünyadaki uygulamalar da dikkate alınarak Türk hukukundaki düzenlemeler ele alınmış ve düzenlemeye yönelik eleştiriler ile bu uygulamadan beklenen yararlar detaylıca ele alınmıştır. Sonuç itibarıyla Türk vatandaşlığının da özünden uzaklaşmadan hak ettiği değere kavuşması için atılması gereken adımlar da öneriler olarak belirtilmiştir.

#### Anahtar Kelimeler

Vatandaşlık, Yabancı, Yatırım, Vatandaşlığın Kazanılması, Altın vize

#### Abstract

In today's world, many countries provide investors with citizenships when investments are made in certain amount and on pre-determined conditions. Montenegro Investment Visa, Portuguese Golden Visa are just a few examples for citizenship by investments. Recent developments in the Turkish Citizenship Law have made it easier to obtain Turkish citizenship through investment. However, such facilitation has created some disputes as well. This study first examines definition of citizenship and ways to obtain citizenship under the Turkish law. The Regulation on Application of the Turkish Citizenship Law which is recently amended by multiple presidency decrees has created a more permissive environment to obtain Turkish citizenship. This paper focuses on not only legal but also on social and economic problems encountered in practice regarding citizenship by investment. Obtaining citizenship by investment creates deep impacts on social and economic life in host states. By emphasizing on legal and political aspects of citizenship, this article asserts that citizenship should

\* Sorumlu Yazar: İlyas Gölcüklü (Dr. Öğr. Üyesi), Altınbaş Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: ilyas.golcuklu@altinbas.edu.tr ORCID: 0000-0002-4704-3513

Atf: Golcuklu I "Güncel Gelişmeler Işığında Yatırım Yoluyla Türk Vatandaşlığının Kazanılması: Problemler ve Çözüm Önerileri" (2020) 40(1) PPIL 125. <https://doi.org/10.26650/ppil.2020.40.1.0028>



not be degraded to a commercial commodity since it is much more than that. Such a conclusion will cause citizenship to lose its essence and legal meaning. While regulating procedures to obtain citizenship, states should be careful about “commodification of citizenship” by investment programs. This study establishes that there has been a recent trend of increasing investment limits for providing citizenship to foreigners. From a comparative law point of view, it elaborates on criticism and advantages of obtaining citizenship by investment in details. As a conclusion, this paper also provides solutions for giving the Turkish citizenship the value it deserves while attracting foreign investors simultaneously.

**Keywords**

Citizenship, Foreigners, Investment, Citizenship, Golden visa

**Extended Summary**

Obtaining citizenship by investment has been an appealing option for investors and countries. Such method is also known as golden passport or golden visa program. *Economic citizenship programs (ECPs)*, *immigrant investor programs (IIPs)*, *citizenship by investment (CBI)* and *residency by investment (RBI)* are the most common types for obtaining citizenship by investing in a country. Monte Negro, Portuguese, Malta, Spain are just a few countries that are famous for their citizenship by investment programs.

Turkey also has been offering this option to foreign investors based on the article 12/p.1-b of the Turkish Citizenship Act numbered 5901. However, the minimum investment thresholds have been dropped significantly towards the end of 2018 in favor of foreign investors. According to the most recent version of the Regulation on Application of Turkish Citizenship Act, Republic of Turkey grants citizenship to foreigners who make only 250,000 \$ investment in property. Additionally, founding a company with 500,000 \$ capital or depositing 500,000 \$ in State investment instruments or state banks operating in Turkey without withdrawing deposited amount for at least three years is another way to obtain citizenship. Threshold for property investment was 1 million \$ and minimum fixed capital requirement was 2 million \$ before the amendment. Employing at least 50 personnel is now enough to qualify for application instead of employing 100 personnel.

This paper will focus on legal, social and economic problems encountered in practice regarding citizenship by investment. Obtaining citizenship by investment creates deep impacts on social and economic life in host states. This article first starts with definition of citizenship and its legal aspects. By focusing on legal and political aspects of citizenship, the author emphasizes that citizenship should not be degraded to a commercial commodity since it is much more than that. Then, the paper elaborates on historical background of conferring citizenship upon foreign investors from a comparative perspective.

Each country has full discretionary power regarding conditions and procedures for providing its citizenship. Turkey also has regulated general conditions for obtaining

citizenship under its Turkish Citizenship Act. However decreasing investment thresholds for obtaining citizenship significantly has caused other problems, as this paper asserts. Focusing only on investment amount does not comply with legal and political aspects of citizenship since citizenship provides immaterial bond with a state by bearing immaterial significance. That is why this paper criticizes *commodification of citizenship* via investment programs. In fact, some scholars accuse such programs for causing “*commercialization of sovereignty*” since they take power from a sovereign state and give such power to market. Golden passport initiatives become *cash-for-passport* procedures and clear out the essential meaning of being a citizen. This paper, however, does not ignore the fact that *supranational citizenship* is now a reality due to globalization. Nevertheless, states should be careful while determining conditions for giving citizenship because states can be labeled easily based on such conditions. Developed countries tend to limit such programs and increase the thresholds whereas developing countries, including Turkey, tend to decrease minimum thresholds to attract more investments and boost its economy.

Such approach may cause social and legal problems in the future. First, there may be a disturbing comparison between *born citizen* and *investor citizen*. Hong Kong had to terminate its prestigious investor citizen program due to social tension arising from increasing value of real estate. EU has also warned its member for reconsidering their investor citizen programs due to security concerns because such programs can be used as a shield for money laundry, tax fraud etc. According to a recent survey, only 26% of the Maltese people do approve citizenship via investment program.

Abovementioned concerns have caused many states to reconsider their investor citizenship programs. For example, UK has increased minimum investment threshold from 1 million pounds to 2 million pounds. Cyprus has also increased its minimum requirements for granting citizenship through investment program. Despite possible decrease in number of applications, this paper suggests that Turkey also should reconsider its minimum thresholds to provide citizenship to foreign investor. In that regard,

1. Increasing thresholds will be a good solution to give Turkish citizenship value it deserves.
2. Public order and national security checks should accompany by a detailed background check on candidate investors.
3. An immediate procedure, such as giving long term residence permit first, will be helpful to run such programs smoothly.

## Güncel Gelişmeler Işığında Yatırım Yoluyla Türk Vatandaşlığının Kazanılması: Problemler ve Çözüm Önerileri

### I. Giriş

Dünyada birçok ülke, belirli esaslar çerçevesinde yatırım yapan yabancılara vatandaşlık vermektedir. Bazı ülkeler ise vatandaşlık dışında çeşitli teşvik programlarıyla geçici veya süresiz oturma izinleri verebilmektedirler. Karadağ Yatırımcı Vizesi, Portekiz Altın Vize Programı, İspanya, Malta ülkelerinin uygulamaları ilk akla gelen popüler örneklerdir<sup>1</sup>. Bu tarz programlar her ne kadar ilkin sorunsuz ve yatırım çekmek için etkin araçlar olarak görülseler de yatırım yoluyla vatandaşlık kazanmanın hukuki, sosyal ve ekonomik bakımdan ciddi hukuki sonuçları bulunmaktadır. Bu çalışmada öncelikle vatandaşlık kavramı ele alınacak, sonrasında yatırım yoluyla vatandaşlığın kazanılması esasları ele alınacak, son kısımda ise bu yolla vatandaşlık kazanmanın mevcut ve olası etkileri incelenerek Türk hukuku bakımından uygulanabilir bazı öneriler sunulacaktır.

### II. Genel Olarak “Vatandaşlık Kavramı”

Vatandaşlık, en öz ifadeyle bir gerçek kişinin bir devlete olan aidiyeti ve bağlılığı olarak tanımlanabilir<sup>2</sup>. Sadece gerçek kişiler için kullanılan vatandaşlık kavramı, bu yönüyle gerçek ve tüzel kişiler ile şeyler (gemi, hava aracı vb.) için ortak kullanılan tabiiyet kavramından ayrılmaktadır<sup>3</sup>.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası madde 66/f.1 ise vatandaşlık kavramını, “*Türk devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkes Türk tür*” şeklinde tanımlamaktadır. Anayasada yer alan bu bağ kavramının irdelenmesi, vatandaşlık kavramını daha anlaşılır kılacaktır. Vatandaşlık, devletle birey arasında hukuki ve siyasi bir bağ tesis etmektedir. Devlet ile vatandaş arasında vatandaşlık bağının kurulmasının çok önemli hukuki sonuçları vardır. Kişi, vatandaşlık bağı sayesinde aynı ülkenin vatandaşı olmayanlardan yani yabancılardan ayrılır. Benzer şekilde bir devletin vatandaşlığını kazanan kişi, vatansızlardan da ayrıldığı gibi aynı zamanda kendisi, diğer ülkeler bakımından yabancı niteliğini haiz olmaktadır<sup>4</sup>.

Vatandaşlık bağının kurulmasının hak ve yükümlülükler bakımından da etkisi oldukça önemlidir. Vatandaşlık, vatandaşı birtakım hak ve yükümlülüklerin sahibi yapar. Örneğin askerlik yapma, vergi ödeme yükümlülüğü ile seçme ve seçilme hakkına sahip olma gibi birçok sonuç esasında vatandaşlığın bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. Yine de bir kişinin vatandaş olarak devlete karşı en önemli borcunun “*sadakat borcu*” olduğunu

1 <https://nomadcapitalist.com/2016/06/20/best-citizenship-by-investment-programs> accessed 10 August 2019.

2 Ergin Nomer, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (2nd edn, Filiz 2018) 3; B Bahadır Erdem, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (4th edn, Beta 2014) 3; Vahit Doğan, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (15th edn, Savaş 2018) 5; Gülin Güngör, *Tabiiyet Hukuku* (3rd edn, Yetkin 2015) 1.

3 Güngör (n 2) 1; Doğan (n 2) 5.

4 Erdem (n 2) 3; Nomer (n 2) 3-4.

söylemek mümkündür<sup>5</sup>. Elbette buradaki sadakat borcunu, feodalite sistemindeki “kişinin kişiye tabiiyeti”<sup>6</sup> ve “sürekli sadakat bağı”<sup>7</sup> ile karıştırmamak gerekir. Devlete karşı sadakat borcuna aykırılık, örneğin savaş ilan edilen ülkenin hizmetinde bulunma gibi halleri kapsar ki bu tür haller ülkeden ülkeye değişse de kanunlarda genellikle vatandaşlığın kaybı sebepleri olarak öngörülmektedir. Vatandaşlık sadece kişiye değil, aynı zamanda devlete de vatandaşına karşı önemli yükümlülükler getirmektedir. Bu yükümlülüklerden belki de en önemlisi, yabancı devletlerdeki vatandaşlarının haklı talep ve menfaatlerini diplomatik yollarla himaye etme yükümlülüğüdür<sup>8</sup>. Diğer yandan devletin; kendi vatandaşını ülkeye kabul etme yükümlülüğü de bulunmaktadır. Yeter ki kişi, devletle olan vatandaşlık bağını ispatlayabilsin<sup>9</sup>.

### III. Yatırım Yoluyla Vatandaşlık İmkânının Tarihçesi

Karşılaştırmalı hukukta ve Türk hukukunda, yatırım yoluyla vatandaşlığın kazanılmasının amaçları ile şartlarını incelemeyen önce yatırımın, vatandaşlığın kazanılmasında nasıl etkin bir imkâna dönüştüğüne değinmemiz gerekir. “Altın vize” ya da “altın pasaport” olarak da bilinen yatırımla vatandaşlık imkânı, devletlerin belirli politikalarla varlıklı kişileri kendi vatandaşı yapması veyahut onlara oturma hakkı tanıdıktan sonra ek şartlarla vatandaşlık yolunu açması olarak tanımlanmaktadır<sup>10</sup>. Öğretide Avustralya, ABD ve İngiltere’nin 1980’lerden beri bu tür teşvikleri sundukları; ancak Saint Kitts ve Nevis gibi Karayipler ada ülkelerinin yatırımla ülke vatandaşlığını gerçekte tanıyan ilk ülkeler oldukları vurgulanmaktadır<sup>11</sup>.

Yatırım yoluyla vatandaşlığın özellikle 21. yy’da yoğun şekilde devlet düzeyinde kabul edildiği<sup>12</sup> ve vatandaşlığın bu yolla “alınıp satılabilen bir mal” (*marketable commodity*) niteliğine bürünmesinin beraberinde birçok tartışmayı da getirdiği bilinmektedir<sup>13</sup>. Gerçekten de vatandaşlığın, ülke ile olan bağlılığı ifade ettiği ve esasen kan bağı ile tesis edildiği nazara alındığında, bu tür teşvik programlarıyla devlet vatandaşlığının adeta “satılması” ilk bakışta eleştirilebilir. Yatırım yolu ile vatandaşlık konusundaki eleştirileri aşağıda detaylıca değerlendireceğiz. Ancak burada tarihsel açıdan bu imkân ele alındığında, uygulamanın yeni olduğu fakat kısa süre içerisinde ise oldukça yaygın bir uygulamaya kavuştuğu söylenebilecektir.

5 Erdem (n 2) 4.

6 Güngör (n 2) 4.

7 Doğan (n 2) 8–9.

8 Nomer (n 2) 24-25; Güngör (n 2) 3.

9 Bkz. 5682 sayılı Pasaport Kanunu madde 3.

10 J Džankić, ‘Immigrant Investor Programmes in the EU’ (2018) 26 Journal of contemporary European studies, Amandine Scherrer and Elodie Thirion, Citizenship by Investment (CBI) and Residency by Investment (RBI) schemes in the EU: State of play, issues and impacts, Ex-Post Evaluation Unit and European Added Value Unit, 11 vd.

11 Ayelet Shachar and others (eds), “Citizenship For Sale?”, *The Oxford Handbook of Citizenship* (Oxford University Press 2017) 794–796.

12 ibid 794.

13 ibid 795.

#### IV. Vatandaşlığın Kazanılması Esasları

Devletlerin kendi vatandaşlarını belirleme, vatandaşlığın kazanılması ile kaybedilmesi konularında münhasır yetkisi vardır ve bu yetki, “*mahfuz yetki*” adıyla da anılmaktadır<sup>14</sup>. Devletlerin bu konudaki mahfuz yetkisi, çok taraflı milletlerarası sözleşmelerde de yer almıştır. Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi madde 3/f.1’e göre, “*Her devlet, kendi hukukuna göre kimlerin kendi vatandaşı olduğunu belirleyecektir*”<sup>15</sup>. Bu yetkinin, vatandaşlık kavramının ortaya çıkışı kadar eski ve “*açık hükme ihtiyaç göstermeyen bir genel hukuk ilkesi*” olduğu da haklı olarak vurgulanmaktadır<sup>16</sup>. Elbette devletlerin vatandaşlığın esaslarını münhasıran tayin edebilmesi, uluslararası hukukta tamamen devletlerin iç hukuk meselesi olarak bırakılmamış ve bu takdir yetkisine bazı sınırlamalar getirilmiştir. Gerçekten de devletlerin mahfuz yetkisinin sınırsız bir biçimde tanınması, uluslararası hukukta bazı problemlerin meydana gelmesine sebebiyet verecektir. Örneğin bir devlet, belirli gruptaki kişileri rızaları olmaksızın kendi vatandaşlığına alabileceği gibi bu kişilere karşı egemenliğinin bir göstergesi olarak cezai işlemler uygulayabilecektir<sup>17</sup>. Bu nedenle zorla vatandaşlık verilmemesi, çok vatandaşlığın kabul edilebilirliği gibi bazı temel ve evrensel ilkeler öngörülmüştür.

Bu açıklamalar ışığında, Türkiye’nin de kendi münhasır yetkisini kullanarak Türk vatandaşlığının kazanılması ile kaybedilmesinin esaslarını serbestçe düzenlediğini söylemek mümkündür. Türk hukukundaki tüm yasal düzenlemeleri burada ele almak çalışmanın kapsamını aşacağından, genel olarak vatandaşlığın esaslarını kısaca ele almak yatırım yoluyla vatandaşlığın kazanılmasını daha anlaşılır kılacaktır.

5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu<sup>18</sup> (“TVK”) madde 6 ve devamına göre, Türk hukukunda vatandaşlığın kazanılması aslen kazanma ya da sonradan kazanma şeklinde olabilmektedir. Aslen kazanma, soy bağı-kan esası (*jure sanguinis*) ya da Türkiye’de doğum (*jure soli*) esası çerçevesinde gerçekleşmektedir. Türk hukukunda sonradan kazanma ise Türk vatandaşı tarafından evlat edinilme, seçme hakkını kullanma veya yetkili makam kararıyla mümkündür. Sonradan kazanma hallerinden biri olan yetkili makam kararıyla kazanma da kendi içinde genel yolla vatandaşlığın kazanılması (“*telsik*”), istisnai yolla vatandaşlığın kazanılması, evlenme yoluyla vatandaş olunması ve Türk vatandaşlığının yeniden kazanılması olarak sınıflandırılabilir. Bu çalışmamızın konusu olan “yatırım yoluyla vatandaşlığın kazanılması”, TVK madde 12’de düzenlenen istisnai yolla vatandaşlığın kazanılmasının bir türü olduğundan dolayı bu maddenin ayrıca değerlendirilmesi yerinde olacaktır

14 Nomer (n 2) 5-6; Erdem (n 2) 5-6; Güngör (n 2) 12-14; Doğan (n 2) 26-27.

15 “Each State shall determine under its own law who are its nationals.” Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi’nin tam metnine ulaşmak için bkz. <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/090000168007f2c8> accessed 11 July 2019.

16 Güngör (n 2) 12-13.

17 Nomer (n 2) 10-11 (dn.13-14).

18 RG S. 27256 T. 12.6.2009.



## V. Türk Vatandaşlığının İstisnai Yolla Kazanılması

TVK madde 12, Türk vatandaşlığının istisnai yolla kazanılmasını düzenlemektedir. Türk vatandaşlığının istisnai yolla kazanılmasının “*olağandışı*” bir kazanma yöntemi olduğu unutulmamalıdır<sup>19</sup>. Kanun koyucu, belirli nitelikleri haiz kişiler için “*kolay yol*” ve “*daha müsait şartlar*” getirmek suretiyle, bu kişiler için Türk vatandaşlığını kazanmayı kolaylaştırmıştır<sup>20</sup>. Yabancılara istisnai yolla vatandaşlık verilirken yabancı kişinin, “*ülke ile yoğun ilgi gösterdiği varsayılan kriterleri*” taşıyan gruplara mensup olduğu kabul edilmektedir<sup>21</sup>. Bu nitelikleri taşıyan yabancı kişiler, olağan telsik şartlarından kısmen veya tamamen muaf tutulmak suretiyle Türk vatandaşlığına alınmaktadırlar.

Gerçekten de TVK madde 12 uyarınca, belirtilen gruplardaki kişilerin Türk vatandaşlığını istisnai yolla kazanabilmeleri için tek şart “*millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir halinin bulunmaması*” şartıdır. Maddede belirtilen gruplarda yer alan kişiler, bu tür bir hali taşımıyorlarsa, Cumhurbaşkanı kararı ile istisnai olarak Türk vatandaşlığını kolayca kazanabilmektedirler.

Türk vatandaşlığını istisnai yolla kazanabilecek olan kişiler, kanunda 4 grup halinde açıkça belirtilmiştir. Buna göre, hükümden istifade edebilecek olan kişiler şunlardır:

- a) Türkiye’ye sanayi tesisleri getiren veya bilimsel, teknolojik, ekonomik, sosyal, sportif, kültürel, sanatsal alanlarda olağanüstü hizmeti geçen ya da geçeceği düşünülen ve ilgili bakanlıklarca haklarında gerekçeli teklifte bulunulan kişiler.
- b) (Ek: 28.7.2016-6735/27 md.) 4.4.2013 tarihli ve 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun 31 inci maddesinin birinci fıkrasının (j) bendi uyarınca ikamet izni alanlar ile Turkuaz Kart sahibi yabancılar ve bunların yabancı eşi, kendisinin ve eşinin ergin olmayan veya bağımlı yabancı çocuğu.
- c) Vatandaşlığa alınması zaruri görülen kişiler.
- d) Göçmen olarak kabul edilen kişiler.

Bu çalışmamızın konusu, *yatırım* yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılması olduğundan dolayı özellikle madde 12/f.1-b hükmü hukuki, sosyal ve ekonomik yönleriyle ele alınacaktır. Yine de diğer fıkralara da değinmekte yarar görüyoruz.

Kısaca açıklayacak olursak madde 12/f.1-a, çeşitli alanlarda Türkiye Cumhuriyeti’ne olağanüstü hizmeti geçen ya da geçeceği düşünülen kişilerin istisnai olarak Türk vatandaşlığını kazanmasını düzenlemektedir. Örneğin milli takımda oynayacak olan bir yabancı futbolcunun, bu yolla Türk vatandaşlığına kabulü mümkündür. Diğer yandan madde 12/f.1-c ise siyasi, sosyal vb. birtakım sebeplerle kişinin Türk vatandaşlığına alınmasının Cumhurbaşkanı’nca takdir edilmesiyle Türk vatandaşlığının

19 Nomer (n 2) 88;Güngör (n 2) 96; Erdem (n 2) 128–129.

20 Doğan (n 2) 75–76.

21 Banu Şit Köşgeroğlu, ‘İstisnai Yoldan Vatandaşlığın Kazanılmasına İlişkin Genel Esaslar ve Son Değişiklikler Çerçevesinde Türk Vatandaşlığının İstisnai Yoldan Kazanılması’ (2017) 7 Hacettepe HFD, 169, 360 vd.

kazanılmasını düzenlemektedir. Son olarak da 5543 sayılı İskân Kanunu<sup>22</sup> madde 3/d ile tanımlanmış olan Göçmen kişilerin de yine Cumhurbaşkanı kararıyla istisnai şekilde Türk vatandaşlığına alınması mümkündür.

Bu sınırlandırmayla yetinmeyerek, yatırım yoluyla Türk vatandaşlığına ilişkin madde 12/f.1-b hükmünü de kendi içinde yeniden incelemek gereklidir; çünkü maddede esasında iki ayrı grup düzenlemiştir. Madde hükmü detaylıca ele alındığında, Turkuaz Kart sahibi yabancılar ile bunların yabancı eşi, kendisinin ve eşinin ergin olmayan veya bağımlı yabancı çocuklarının da istisnai yolla Türk vatandaşlığını kazanabilecek kişiler arasında sayıldığı görülecektir. 6735 sayılı Uluslararası İşgücü Kanunu<sup>23</sup> madde 11/f.1 uyarınca “uluslararası işgücü politikası doğrultusunda; eğitim düzeyi, mesleki deneyimi, bilim ve teknolojiye katkısı, Türkiye’deki faaliyetinin veya yatırımının ülke ekonomisine ve istihdama etkisi ile Uluslararası İşgücü Politikası Danışma Kurulu önerileri ve Bakanlıkça belirlenen usul ve esaslara göre başvurusu uygun görülen yabancılara” Turkuaz Kart verilmektedir. 3 yıllık geçiş aşamasında verilen Geçici Turkuaz Kart’ın değil, Turkuaz Kart Yönetmeliği madde 19 gereğince ancak geçiş süresi kaydının kaldırılarak süresiz hale getirilmesi sonucu Türk vatandaşlığının istisnai şekilde kazanılmasının mümkün olduğunu da vurgulamak gereklidir<sup>24</sup>. Madde 12/f.1-b’nin bu kısmı, çalışmamızın esas konusu olan “yatırım” kavramıyla doğrudan ilgili değildir. Maddede yer alan “6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun 31 inci maddesinin birinci fıkrasının (j) bendi uyarınca ikamet izni alanlar” ibaresi, çalışmamızın esas konusunu oluşturmaktadır. Dolayısıyla yatırım yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılabilmesi için öncelikle 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu<sup>25</sup> (“YUKK”) madde 31/f.1-j uyarınca kısa dönem ikamet izni almış olmak ve sonrasında Cumhurbaşkanınca belirlenen tutarlarda yatırım yapmak gerekmektedir.

## VI. YUKK madde 31/f.1-j Uyarınca İkamet İzni Alınması

YUKK madde 31/f.1-j uyarınca, “Türkiye’de çalışmayan ancak Cumhurbaşkanınca belirlenecek kapsam ve tutarda yatırım yapacaklar ile bunların yabancı eşi, kendisinin ve eşinin ergin olmayan veya bağımlı yabancı çocuğuna” kısa dönem ikamet izni verilebilir. TVK madde 12/f.1-b’nin yaptığı atıf nedeniyle, Cumhurbaşkanınca belirlenecek kapsam ve tutarda yatırım yapacak olan yabancı, eğer bu sebeple kısa dönem ikamet izni de almışsa, kendisi, yabancı eşi, kendisinin ve eşinin ergin olmayan veya bağımlı yabancı çocukları için Türk vatandaşlığına başvurabilecektir.

Gerek TVK madde 12/f.1-b gerek bu maddenin atıfta bulunduğu YUKK madde 31/f.1-j birlikte değerlendirildiğinde, yatırım yapmanın tek başına Türk vatandaşlığının

22 R.G. Tarih: 26/9/2006 Sayı: 26301.

23 R.G. Tarih: 13/8/2016 Sayı: 29800.

24 Doğan (n 2) 82; Turkuaz Kart hakkında detaylı bilgi için bkz. Dilara Karagül, ‘Turkuaz Kart Uygulaması’ (2019) 39 Public and Private International Law Bulletin.

25 R.G. Tarih: 11/4/2013 Sayı: 28615.

kazanılmasına yetmeyeceği zira bu yatırım dolayısıyla kısa dönem ikamet izninin de gerekli olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Diğer yandan yabancı yatırımcı, aşağıda detayları belirtilecek tutarlarda yatırım yapma şartını yerine getirirse dahi kısa dönem ikamet izni talebi reddedilebilir. Zira YUKK madde 31/f.1, açıkça "...verilebilir" demek suretiyle takdir hakkına vurgu yapmıştır ve devamındaki maddelerde talebin reddi sebeplerini düzenlemiştir. Sonuç olarak TVK madde 12/f.1-b uyarınca kısa dönem ikamet izni almış ve dolayısıyla da YUKK madde 31/f.1-j'de vurgulanan tutarlarda yatırım yapmış yabancılar, Türk vatandaşlığını istisnai olarak kazanabileceklerdir.

## VII. Bir İstisnai Kazanma Yolu Olarak Yatırım

Yukarıda da belirtildiği üzere YUKK 31/f.1-j uyarınca Cumhurbaşkanınca belirlenecek kapsam ve tutarda yatırım yapacaklar ile kanunen belirlenmiş bazı yakın hısımları, bu yatırım dolayısıyla kısa dönem ikamet izni alındıktan sonra, Türk vatandaşlığını istisnai şekilde kazanabilmektedirler. Yetkinin henüz Bakanlar Kurulu'nda olduğu önceki dönemde, YUKK 31/f.1-j'de belirtilen bu yetkiye dayanılarak öncelikle 12.12.2016 tarih ve 9601 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile, sonrasında ise 13.3.2017 tarih ve 10008 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik<sup>26</sup> madde 20/f.2'ye ilaveler yapılarak madde 12/f.1-b uyarınca gerekli olan yatırımın kapsam ve niteliği ortaya konmuştur.

16 Nisan 2017 tarihinde yapılan Anayasa değişikliği referandumu neticesinde, 477 Sayılı Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname<sup>27</sup> ile Bakanlar Kurulu yetkileri artık Cumhurbaşkanı'na geçmiş ve bu tür yetkileri düzenleyen birçok kanunda olduğu gibi YUKK 31/f.1-j uyarınca, yatırımın kapsam ve tutarının belirlenmesi hususu artık Cumhurbaşkanı'nın takdirine bırakılmıştır. 2016 ve 2017 değişiklikleriyle getirilen asgari yatırım tutarları, 19.9.2018 tarihli ve 30540 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 106 sayılı Cumhurbaşkanı Kararı'nın 1. maddesiyle düşürülmüş<sup>28</sup> ve "Bakanlar Kurulu" başta olmak üzere

26 R.G. Tarih: 6/4/2010 No: 27544.

27 R.G. Tarih: 4/7/2018 No: 30468.

28 106 sayılı Cumhurbaşkanı Kararı, Madde 1:

"11/2/2010 tarihli ve 2010/139 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulan Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin 20 nci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "Bakanlığın teklifi ve Bakanlar Kurulu" ibaresi "Cumhurbaşkanı" şeklinde, aynı fıkranın (a) bendinde yer alan "2.000.000 Amerikan Doları", "Ekonomi Bakanlığınca" ibareleri sırasıyla "500.000 Amerikan Doları veya karşılığı döviz ya da karşılığı Türk Lirası", "Sanayi ve Teknoloji Bakanlığınca" şeklinde, (b) bendinde yer alan "1.000.000 Amerikan Doları" ibaresi "250.000 Amerikan Doları veya karşılığı döviz ya da karşılığı Türk Lirası" şeklinde, (c) bendinde yer alan "100", Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca" ibareleri sırasıyla, "50", "Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığınca" şeklinde, (ç) bendinde yer alan "3.000.000 Amerikan Doları" ibaresi "500.000 Amerikan Doları veya karşılığı döviz ya da karşılığı Türk Lirası" şeklinde, (d) bendinde yer alan "3.000.000 Amerikan Doları", "Hazine Müsteşarlığınca" ibareleri sırasıyla "500.000 Amerikan Doları veya karşılığı döviz ya da karşılığı Türk Lirası", "Hazine ve Maliye Bakanlığınca" şeklinde, (e) bendi "En az 500.000 Amerikan Doları veya karşılığı döviz ya da karşılığı Türk Lirası tutarında gayrimenkul yatırım fonu katılma payı veya girişim sermayesi yatırım fonu katılma payını en az üç yıl içinde tutma şartıyla satın aldığı Sermaye Piyasası Kurulunca tespit edilen." şeklinde değiştirilmiştir.

106 sayılı Cumhurbaşkanı Kararı, Madde 2:

Aynı Yönetmeliğin 20 nci maddesinin altıncı fıkrasında yer alan "efektif satış kuru" ibaresinden sonra gelmek üzere "ve/veya çapraz döviz kuru" ibaresi eklenmiştir.

bazı ibareler de değiştirilmiştir. Ayrıca sadece yatırım miktarlarının düşürülmesiyle yetinilmemiş, potansiyel yatırımcılar lehine 7.12.2018 tarihli ve 30618 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan 418 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı ile madde 20/f.2-b bendine oldukça özellikli ve tartışmalı bir ekleme yapılarak “satın alma” şartı yumuşatılmış ve “kat mülkiyeti ya da kat irtifakı kurulmuş” taşınmazlar ile “taşınmaz satış vaadi sözleşmeleri” dahi yatırım için kabul edilmiştir.

İlgili Yönetmelik madde 20/f.1, TVK madde 12’de sayılan hallerde yabancıların istisnai olarak Türk vatandaşlığını kazanabileceğine vurgu yapmakla yetinmiştir. 20/f.2 ise çeşitli bentler halinde yapılacak yatırımın kapsam ve niteliğini ortaya koymaktadır. Yukarıda tartışıldığı üzere, TVK madde 12/f.1-b ve atıfta bulunulan YUKK madde 31/f.1-j birlikte ele alındığında, yatırım yapmanın Türk vatandaşlığının kazanılmasına tek başına yetmeyeceği zira bu yatırım dolayısıyla kısa dönem ikamet izninin alınmış olmasının da şart olduğu anlaşılmaktadır. Oysaki kanun hükümleri bu yönde iken, ilgili Yönetmelik madde 20/f.2’de salt yatırımın yeterli görülecek şekilde düzenlenmesi ve anlaşılması kanaatimizce hatalıdır. Yine de normlar hiyerarşisi ve kanunların açık lafzı dikkate alındığında, salt yatırım şartıyla yetinilmemesi ve kısa dönem ikamet izni şartının da uygulamada isteniyor olmasını yerinde ve gerekli bir uygulama olarak görmekteyiz. Yapılan tüm bu önemli ve radikal değişiklikler neticesinde, Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik madde 20/f.2’ye göre, aşağıdaki şartlardan *herhangi birini* sağlayan yabancı, TVK madde 12/f.1-b kapsamında Cumhurbaşkanlığı kararı ile Türk vatandaşlığını istisnai şekilde kazanabilecektir:

- a) *En az 500.000 Amerikan Doları veya karşılığı döviz ya da karşılığı Türk Lirası* tutarında **sabit sermaye yatırımı** gerçekleştirdiği Sanayi ve Teknoloji Bakanlığınca tespit edilen,
- b) *En az 250.000 Amerikan Doları veya karşılığı döviz ya da karşılığı Türk Lirası* tutarında **taşınmaz tapu kayıtlarına üç yıl satılmaması şerhi koyulmak şartıyla satın aldığı veya kat mülkiyeti ya da kat irtifakı kurulmuş, en az 250.000 Amerikan Doları veya karşılığı döviz ya da karşılığı Türk Lirası tutarı **peşin olarak yatırılan taşınmazın satışının vaat edildiğine dair noterden düzenlenen sözleşmenin üç yıl süreyle devri ve terkini yapılmayacağı taahhüdüyle tapu siciline şerh edildiği** Çevre ve Şehircilik Bakanlığınca tespit edilen,**
- c) *En az 50 kişilik istihdam* oluşturduğu Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığınca tespit edilen,
- d) *En az 500.000 Amerikan Doları veya karşılığı döviz ya da karşılığı Türk Lirası* tutarında **mevduatı üç yıl tutma şartıyla Türkiye’de faaliyet gösteren bankalara yatırdığı** Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumunca tespit edilen,
- e) *En az 500.000 Amerikan Doları veya karşılığı döviz ya da karşılığı Türk Lirası* tutarında **Devlet borçlanma araçlarını üç yıl tutmak şartıyla satın aldığı** Hazine ve Maliye Bakanlığınca tespit edilen.

(Ek: 13/3/2017-2017/10008 K.; Değişik: R.G. 19/9/2018-30540 -CK-106/1 md.) *En az 500.000 Amerikan Doları veya karşılığı döviz ya da karşılığı Türk Lirası tutarında gayrimenkul yatırım fonu katılma payı veya girişim sermayesi yatırım fonu katılma payını en az üç yıl elinde tutma şartıyla satın aldığı* Sermaye Piyasası Kurulunca tespit edilen.

Maddenin bu güncel halini, bir önceki hali ile kıyasladığımızda ise karşımıza şu şekilde bir tablo çıkmaktadır:

Yatırım Kalemleri	Önceki Eşik	Güncel Eşik
Sabit sermaye yatırımı	2.000.000 USD	500.000 USD
Taşınmaz alımı/vaadi	1.000.000 USD	250.000 USD
İstihdam oluşturma	100 kişi	50 kişi
Mevduat Yatırma	3.000.000 USD	500.000 USD
Devlet borçlanma araçları alımı	3.000.000 USD	500.000 USD
Gayrimenkul yatırım fonu katılma payı veya girişim sermayesi yatırım fonu katılma payı alımı	1.500.000 USD	500.000 USD

Tablodan da net şekilde görüleceği üzere, yatırım yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılması oldukça kolaylaştırılmıştır. Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik madde 20/f.6 da yukarıda belirtildiği üzere 106 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı madde 2 ile güncellenmiş ve ikinci fıkrada belirtilen parasal değerlerin belirlenmesinde sadece tespit tarihindeki Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasının efektif satış kurunu değil, aynı zamanda *çapraz döviz kurunun* da esas alınabileceğini düzenlemiştir. Madde 20/f.8'e göre, ikinci fıkra kapsamında yapılacak yatırım türleri arasında belirtilen süreyi tamamlamak amacıyla geçiş yapmak dahi mümkündür.

Tüm hükümler dikkate alındığında, yatırımcıları çekmek amacıyla yatırımcı lehine Türk vatandaşlığını istisnai şekilde kazanma imkânının oldukça kolaylaştırıldığını söylemek mümkündür. Üstelik bu kolaylaştırma gerekçesiyle, *doğrudan yabancı yatırım* sayılmayan yatırımların dahi vatandaşlık kazanımı için yeterli görülmesi, kanımızca da olumlu bir gelişme olarak yorumlanmamalıdır<sup>29</sup>. Zira Türk vatandaşlığının istisnai yolla kazanılması, bir bakıma istisnai karakterinden yoksun bırakılmakta ve adeta kolaylıkla alınıp satılabilen bir mal haline dönüştürülmektedir. Karşılaştırmalı hukuk dikkate alınarak, yatırım yoluyla istisnai şekilde vatandaşlığı kazanmanın sadece hukuki değil aynı zamanda sosyal, ekonomik ve felsefi yönlerine de değinmek meselenin ehemmiyetini daha iyi ortaya koyacaktır.

29 Şit Köşgeroğlu (n 21) 196-197.

### VIII. Yatırım Yoluyla Vatandaşlık Kazanmanın Sosyal ve Ekonomik Analizi

Dünya genelinde yatırımcılara yönelik altın vize/pasaport uygulamaları, çeşitli şekillerde karşımıza çıkmaktadır. *Economic citizenship programmes (ECPs)*, *immigrant investor programmes (IIPs)*, *citizenship by investment (CBI)* ve *residency by investment (RBI)* en çok karşılaşılan metotlar olarak bilinmekte ve yabancı yatırımcıyı çekme amaçlı kullanılmaktadır<sup>30</sup>.

Yatırım yoluyla vatandaşlığın kazanımında esasen iki ayrı yön vardır: Vatandaşlık, vatandaşlığı veren devlet bakımından yatırım çekmek için etkin bir araç olmaktadır. Diğer yandan yatırımcının vatandaşlığı elde etmesi, prestijli ve faydalı bir hakkın elde edilmesi anlamına gelmektedir. Bu bakımdan altın vize ya da altın pasaport teşviklerini, vatandaşlığı verecek olan ülke ile vatandaşlığı kazanacak olan kişi bakımından ayrı değerlendirmek gerekir.

Ülkelerin, yabancılara vatandaşlık vermeyi kolaylaştırmalarının temelinde “içsel ekonomik canlılığı sürdürebilmek” yer almaktadır ve bu nedenle, yatırım yoluyla vatandaşlık kavramı aynı zamanda “ekonomik vatandaşlık” olarak da adlandırılmaktadır<sup>31</sup>. Dominik, Malta gibi ülkeler herhangi bir oturum izni sürecine gerek duymaksızın doğrudan yatırım karşılığında vatandaşlık tanımaktayken; Kanada, İngiltere, Almanya gibi gelişmiş ülkeler öncelikle oturum izni verip sonrasında vatandaşlık hakkı da tanıyabilmektedirler<sup>32</sup>.

Yatırım yoluyla vatandaşlık verilmesini oldukça kolaylaştırmış olan Türkiye, gelişmekte olan ülkeler gibi yaparak ve hatta nispeten düşük meblağlarla yapılan yatırımı dahi kabul ederek, sadece kısa dönem ikamet iznini kabul ederek yabancı yatırımcılara Türk vatandaşlığını vermektedir. Yatırım yoluyla vatandaşlığın kazanılmasında çeşitli seçenekler olmasına karşın gayrimenkul alımı, Türkiye’de de dış sermayeyi cezbetmek için en sık uygulanan metottur<sup>33</sup>. Ülke bazında yapılan yatırımlar ele alındığında ise, Türkiye’de konut alımında Körfez ülkelerinin vatandaşlarının öne çıktığını söylemek mümkündür. Bunda Körfez ülkeleriyle son yıllarda sağlanan yakınlaşmanın etkisi olduğu da haklı olarak vurgulanmaktadır<sup>34</sup>. Türkiye İstatistik Kurumu tarafından yayımlanan güncel veriler de bu bilgiyi doğrulamaktadır. Bu verilere göre yabancılara yapılan konut satışları, artış oranları değişse de, düzenli bir biçimde artmaktadır. Örneğin 2019 yılının sadece haziran ayında; Irak vatandaşları 429 konut, İran vatandaşları 415 konut, Rusya Federasyonu vatandaşları 190 konut, Alman vatandaşları 126 konut, Kuveyt vatandaşları ve İngiltere vatandaşları ise 113’er konut satın almıştır<sup>35</sup>. Diğer aylar incelendiğinde de

30 Amandine Scherre and Elodie Thirion, ‘Citizenship by Investment (CBI) and Residency by Investment (RBI) Schemes in the EU: State of Play, Issues and Impacts’ [2018] EPRS | European Parliamentary Research Service 11.

31 Şerif Dilek, ‘Yatırım Yoluyla Vatandaşlık Ekonomik Aktiviteye Katkı Sağlar mı?’ (2017) Seta Perspektif 1, 162.

32 Scherre and Thirion (n 30) 11 vd.

33 Dilek (n 31) 4.

34 ibid 1.

35 <http://www.tuik.gov.tr/PreHaberBultenleri.do?id=30879> (Erişim, 16.08.2019).

Irak ve İran vatandaşlarının ön sıralarda yer aldığı görülmektedir. Elbette gayrimenkul satımlarının hepsinin istenilen asgari yatırım tutarını sağladığı veyahut asgari tutarı sağlasa bile vatandaşlık başvurusuyla sonuçlandığı söylenemez. Yapılan bir araştırmaya göre, 2019 yılının ilk ayı itibariyle yatırım yoluyla Türk vatandaşlığının kazanımı için yapılan başvuru sayısı 250’yi geçmiştir<sup>36</sup>.

Aşağıda nihai değerlendirmemizi yaparken, Türk hukuku açısından çeşitli önerilerimizi de sunacağız. Ancak burada ele alınması ve tartışılması gereken mesele şudur: Vatandaşlığın en nihayetinde para karşılığı verilmesi, adeta satılması ne derece doğrudur? Yatırım yoluyla vatandaşlık vermenin sosyal, hukuki ve politik açıdan ne gibi sakıncaları vardır? Mukayeseli hukukta, yatırım yoluyla vatandaşlığın yarattığı ya da yaratabileceği olumsuz etkileri gidermek için nasıl yollar izlenmektedir? Bu sorular, önemle cevaplanması gereken sorulardır zira diğer kazanma yollarından farklı olarak yatırım yoluyla istisnai vatandaşlık kazanımının yerel ve küresel düzeyde ekonomiyle ve toplum sosyolojisiyle doğrudan ilişkisi bulunmaktadır.

Belirli miktarda yatırım yapılması şartıyla oturma süresi aramaksızın vatandaşlık vermeye başlayan Malta, Avrupa Birliği bünyesinde bu istisnai yolla vatandaşlık kazanma imkanının daha da şiddetli bir biçimde tartışılmasına sebep olmuştur. Nitekim yatırım yoluyla vatandaşlık imkanının, Avrupa Birliği hukukunda “*vatandaşlığın metalaştırılması*” (*commodification of citizenship*) olarak yorumlandığı da vurgulanmıştır<sup>37</sup>. Hatta vatandaşlığın para ile kazanılmasını, “*egemenliğin ticarileştirilmesi*” (*commercialisation of sovereignty*) olarak yorumlayan görüşler de mevcuttur<sup>38</sup>. Kıbrıs, Portekiz, İspanya, Malta gibi ülkelerin son yıllarda yapmış oldukları yatırımcıya vatandaşlık hamleleri “*paraya karşılık pasaport*” (*cash-for-passport*) olarak adlandırılmaktadır<sup>39</sup>. Bu açıdan mesele ele alındığında, vatandaşlığın adeta alınıp satılabilen bir ticari mala dönüştürüldüğünü görmek mümkündür. Zira hukuki açıdan; vatandaşlığın verilmesinin zamanını, şartları ile usulünü belirleyecek olan sadece egemenliği haiz devletin kendisidir yoksa piyasalar değildir<sup>40</sup>. Öğretide yatırım yoluyla vatandaşlık kazanılması olgusunun, vatandaşlığın hukuki mahiyetiyle uyumlu olmadığı zira “*uluslararası hukukta kimlerin vatandaşlığa kabul edileceği hususunda devletlerin egemenlik hakkından kaynaklanan münhasır yetkileri olduğu, ancak yatırımcı vatandaşlık olgusunun bu yetkiyi devletlerden alarak piyasa şartlarına teslim ettiği*” görüşü de haklı olarak ileri sürülmüştür<sup>41</sup>.

36 <https://www.cnnturk.com/ekonomi/turkiye/kac-kisi-yatirimla-turk-vatandasligina-basvurdu> erişim 18 Aralık 2019.

37 Scherre and Thirion (n 30) 26.

38 Owen Parker, ‘Commercializing Citizenship in Crisis EU: The Case of Immigrant Investor Programmes’ (2017) 55 Journal of Common Market Studies 332, 36 vd.

39 Ayelet Shachar, ‘Dangerous Liaisons: Money and Citizenship’, in Shachar A., Bauboc R. (Ed.), Should Citizenship Be for Sale? [2014] EUI working paper 4. Shachar, A.: Dangerous Liaisons: Money and Citizenship, in Shachar A., Bauboc R. (ed.), Should citizenship be for sale?, [2014] EUI Working Paper 4.

40 ibid 4-5.

41 Detaylı tartışmalar ve karşı görüşler için bkz. Alper Çağrı Yılmaz, ‘Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Yatırımcı Vatandaşlık Olgusu: Ius Pecuniae’ (2018) 38 Public and Private International Law Bulletin 191, 194–195.

Piyasaların dayatması sonucu geliştirilen yumuşak kıstaslarla vatandaşlığın tanınması, vatandaşlığın tanımı ve özü ile uyuşmamaktadır. Gerçekten de vatandaşlık, vatandaşı olunan devletle hukuki ve siyasi bağ ile bağlılığı ifade eden ulusal bir kavramken, adeta ulus üstü vatandaşlık (*supranational citizenship*) yaratan yatırım yoluyla vatandaşlıkta bu niteliklerin varlığından kolayca bahsedilemez. Sebebi ne olursa olsun, vatandaşlığa paha biçilmesi ülkeler arasında bir kıyasa neden olmakta ve düşük meblağla alınabilen ülke vatandaşlığının değersiz görünmesine de sebebiyet vermektedir. Örneğin sadece A ve B ülkelerinin belirledikleri asgari yatırım eşiklerine bakarak, bu iki ülkenin gelişmişliği hakkında kıyasen bir fikir edinilebilir. Elbette ulus üstü vatandaşlık ile yatırım yoluyla vatandaşlık kavramının rağbet görmesini de yadsımamak gerekir zira globalleşmenin doğal bir sonucu olarak vatandaşlık, eski tanımından doğal olarak uzaklaşmaktadır<sup>42</sup>. Ancak buradaki sorun, salt çifte ya da çoklu vatandaşlığın alınması değil; vatandaşlık kavramının adeta metalaştırılarak özünden tamamen uzaklaştırılmasıdır.

Yukarıda yaptığımız tabloda görüldüğü üzere, asgari 1 milyon USD tutarı Yönetmelik'te yapılan değişiklikle bir anda %75 oranında düşürülerek 250 bin USD tutarına indirilmiştir. Piyasa şartlarının daha da kötüleşmesi ihtimalinde, bu miktarın daha da düşürülüp düşürülmeyeceği hususu hep belirsiz kalacaktır. Bu nedenledir ki “vatandaşlığa fiyat etiketi yapıştırmak”, meblağ ne olursa olsun, esasında vatandaşlığın tanımında yer alan “ülke ile kurulan hukuki ve siyasi bağı” zedelemektedir<sup>43</sup>. Değerli bir varlığın (vatandaşlık), daha az değerli bir mala (para) karşılık tutulması, vatandaşlığının değerine ve temsil ettiği politik değerlere zarar vermektedir<sup>44</sup>. Bu şekilde ek mekanizmalar devreye sokulmadan vatandaşlık verilmeye devam edildiğinde ise geleneksel vatandaşlık kavramının yerini, “*hükümet destekli-piyasa odaklı vatandaşlık*” (*government-sponsored market-oriented rationality*) alacaktır<sup>45</sup>.

Kural olarak Türk hukukundasonradan yetkili makam kararıyla Türk vatandaşlığı kazanan kişiye karşı, doğrumla Türk vatandaşlığını kazanmış kişilerin üstünlük ileri sürmesi mümkün değildir ve her iki tür vatandaş da eşit haklara sahiptir. Ancak vatandaşlığın yatırım yoluyla kazanılmasının sınırlarının iyice belirlenmemesi, ilerde hukuki sorunlara yol açabilecek ve doğal-doğan vatandaş (*born citizen*) ve yatırımcı vatandaş (*investor citizen*) ayırımını körükleyebilecektir. Nitekim bu programları uygulayan bazı ülkelerde, vurguladığımız olası problemler yakın tarihte yaşanmıştır. 2015 yılında Hong Kong oldukça başarılı yatırımcı mülteci programını kapatmak zorunda kalmıştır zira oldukça kalabalık olan Hong Kong'da halkın ev bulması önemli ölçüde zorlaşmıştır ve aslen vatandaşlığı kazanmış olan kişiler bu yeni duruma karşı

42 Peter Spiro, 'Cash-for-Passports and the End of Citizenship, in Shachar A., Bauboc R. (Ed.), Should Citizenship Be for Sale?' [2014] EUI working paper 9–11.

43 Shachar (n 39) 37; Shachar and others (n 11) 15.

44 Ayelet Shachar and Ran Hirschl, 'On Citizenship, States, and Markets' (2014) 22 Journal of Political Philosophy 231.

45 Shachar and others (n 11) 15–16.



çıkmişlardır. Diğer yandan Kanada hükümeti de dünyanın her yerinden en zengin insanların başvuru yaptığı yatırım programını, beklenen ekonomik hedeflerin gerisinde kaldığını gerekçe göstererek 2014 yılında sona erdirmiştir<sup>46</sup>.

Vatandaşlığın yukarıda tartışılan ekonomik yönlerinden ayrı olarak, sosyal ve politik sonuçlarına da kısaca değinmek gerekir. Avrupa Birliği üyesi bir devletin yatırım yoluyla vatandaşlık vermesi ve bu kişinin seyahat özgürlüğü kapsamında rahatça tüm üye ülkelere giriş yapabilmesi ihtimali, kişinin suç geçmişinin netleştirilmesi, yatırımın kara para aklama aracına dönüştürülmesi ve diğer vatandaşların güvenliğinin sağlanması noktasında ciddi endişelere yol açmıştır<sup>47</sup>. Benzer şekilde Karayipler’de bulunan Grenada ülkesi ile vizesiz seyahat imkânı, Grenada’nın uyguladığı yatırım yoluyla vatandaşlık metodundan dolayı Kanada tarafından 2001 yılında askıya alınmıştır<sup>48</sup>. Yatırım yoluyla vatandaşlık alımının etkisi bununla sınırlı değildir. Yapılan anketler, halkın çoğunluğunun bu tür vatandaşlık imkanına karşı olduğunu da göstermektedir. Örneğin Malta’da ankete katılanların sadece %26’sı bu imkânı savunurken<sup>49</sup>, İngiltere’de yatırım yoluyla vatandaşlığın ülkeye ve topluma yararlı olduğuna inananların oranı sadece %37 olmuştur<sup>50</sup>.

Yukarıda tartışıldığı üzere, yatırım yoluyla verilen vatandaşlıkta gerçek kişi arka planda kalmakta ve yapacağı yatırım ya da vereceği para ön plana çıkmaktadır. Hatta belirli süre boyunca yapılan yatırıma ve yatırılan paraya dokunmama şartı (3 yıl gibi), sanki paranın zorunlu olarak yatırım yapılan ülkede adeta ikamet etmesi olarak da yorumlanabilir. Tüm bu yaklaşımlar, gerçek kişi ve kişinin geçmişinden ziyade, yatıracağı para ile yapacağı yatırımın öncelikle dikkate alındığını göstermektedir.

Yabancı ülkeler artan problemler ve eleştirilere çözüm bulmak için, asgari yatırım eşiklerini yükseltmiş ve vatandaşlığa yatırım yoluyla kabulü zorlaştırmışlardır. Örneğin İngiltere, 2014 yılı sonunda daha önce 1 milyon pound olan yatırım tutarını 2 milyon pounda yükseltmiştir. Sonuç olarak 2014 yılında 1290 olan başvuru sayısı, değişiklik sonrasında 2015 yılında 136 olarak ilan edilmiştir<sup>51</sup>. Kıbrıs da benzer şekilde 2019 yılında yatırım tutarlarını artırmış ve kabul koşullarını ağırlaştırmıştır. Avrupa Birliği Komisyonu; vergi şeffaflığı, güvenlik vb. gerekçelerle tüm üyelere bu tür programları gözden geçirip daha sıkı şartları uygulamaları yönünde bildirimde bulunmuştur<sup>52</sup>.

46 ibid 17.

47 Scherre and Thirion (n 30) 44.

48 Kate Hooper and Madeleine Sumption, ‘Selling Visas and Citizenship: Policy Questions from the Global Boom in Investor Immigration’ [2014] Migration Policy Institute 17.

49 <https://www.maltatoday.com.mt/news/national/31402/contentious-citizenship-scheme-approved-20131112#.XVbDQeMza02> (Erişim, 17.8.2019).

50 <https://investmentmigration.org/articles/britons-divided-individuals-obtaining-visas-via-investment/> accessed 16 August 2019.

51 <https://www.theguardian.com/business/2015/dec/09/wealthy-foreigners-shy-away-from-uk-as-investment-threshold-hits-2m> (Erişim, 18.8.2019).

52 <https://www.bbc.com/news/world-europe-46973590> accessed 18 August 2019.

## IX. Öneriler ve Sonuç

Yabancı yatırımcıların istisnai yolla vatandaşlık kazanmasına izin veren ülkelerde, asgari yatırım eşiklerini yükseltme ve usulü daha da zorlaştırmaya dönük bir eğilim gözlenmektedir. Bu eğilimin ortaya çıkmasında başta cazip bir yatırım olarak öngörülen bu imkânın zaman içerisinde çeşitli hukuki, sosyal, kültürel ve politik problemlere sebebiyet verdiğinin tespit edilmesi büyük rol oynamıştır.

Dünya genelinde bu eğilim göze çarpmaktayken Türkiye’de, yukarıda tabloya da işlendiği üzere, asgari 1 milyon USD yatırım tutarı Yönetmelik’te yapılan değişiklikle %75 oranında düşürülerek 250 bin USD tutarına indirilmiştir. Bu ise dünya üzerinde bu programları uygulayan ülkeler arasında en düşük meblağlardan biri olarak karşımıza çıkmakta ve Türk vatandaşlığının global düzeydeki saygınlığı konusunda bazı endişeler doğurmaktadır.

Hem yatırım yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılması imkanını elde bulundurmak hem de Türk vatandaşlığının ehemmiyetine zarar vermemek adına bazı önlemler alınabilir ve yeni düzenlemeler yapılabilir. Bu bağlamda yapılacak yasal düzenlemelerde dikkate alınması gereken hususlara ilişkin aşağıdaki öneriler pekala dikkate alınabilir:

1. İngiltere, Kıbrıs gibi birçok ülkenin son yıllarda yaptığı gibi asgari yatırım tutarının yükseltilmesi ancak bunun Türkiye için daha makul bir meblağa yükseltilmesi yerinde olacaktır. Elbette bu meblağa karar verirken, oluşturulacak bir komisyonla karşılaştırmalı hukuklardaki uygulamaların yanı sıra sadece Türkiye’nin ekonomik verileri değil aynı zamanda sosyo-politik yönleri de dikkate alınmalıdır.
2. Asgari yatırım tutarını karşılayan yabancılar hakkında “kamu düzeni ve milli güvenlik” kısıtlarıyla yetinilmeyerek, Avrupa Birliği’nde de önerildiği üzere adayların daha detaylı şekilde incelemeden geçirilmesi gerekmektedir.
3. Belirli miktarda yatırım yapılması şartıyla kısa dönem ikamet izni şartıyla vatandaşlık verilmesi yerine, asgari yatırım tutarını karşılayan yatırımcılara daha uzun süreli ikamet şartı getirilmesi ve belirli bir süre sonra (3 yıl, 5 yıl gibi) bu yabancı kişinin yeniden değerlendirilerek vatandaşlığa alınması daha uygun olacaktır.

Yukarıda ele alındığı üzere, yatırım yoluyla vatandaşlığın kazanılmasına bağlı olarak ortaya çıkan hukuki, sosyal ve politik problemleri baştan önlemek adına yukarıdaki önerilerin dikkate alınması önem arz etmektedir.

---

**Hakem Değerlendirmesi:** Dış bağımsız.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

**Finansal Destek:** Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.

**Conflict of Interest:** The author has no conflict of interest to declare.

**Grant Support:** The author declared that this study has received no financial support.

---

## Bibliyografya/Bibliography

- Dilek Ş, 'Yatırım Yoluyla Vatandaşlık Ekonomik Aktiviteye Katkı Sağlar Mı?' (2017) 162 Seta Perspektif
- Doğan V, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (15th edn, Savaş 2018)
- Džankić J, 'Immigrant Investor Programmes in the EU' (2018) 26 Journal of contemporary European studies, Amandine Scherrer and Elodie Thirion, Citizenship by Investment (CBI) and Residency by Investment (RBI) schemes in the EU: State of play, issues and impacts, Ex-Post Evaluation Unit and European Added Value Unit,
- Erdem BB, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (4th edn, Beta 2014)
- Güngör G, *Tabiiyet Hukuku* (3rd edn, Yetkin 2015)
- Hooper K and Sumption M, 'Selling Visas and Citizenship: Policy Questions from the Global Boom in Investor Immigration' [2014] Migration Policy Institute
- Karagül D, 'Turkuaz Kart Uygulaması' (2019) 39 Public and Private International Law Bulletin
- Nomer E, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (2nd edn, Filiz 2018)
- Parker O, 'Commercializing Citizenship in Crisis EU: The Case of Immigrant Investor Programmes' (2017) 55 Journal of Common Market Studies 332
- Scherre A and Thirion E, 'Citizenship by Investment (CBI) and Residency by Investment (RBI) Schemes in the EU: State of Play, Issues and Impacts' [2018] EPRS | European Parliamentary Research Service
- Shachar A, 'Dangerous Liaisons: Money and Citizenship, in Shachar A., Bauboc R. (Ed.), Should Citizenship Be for Sale?' [2014] EUI working paper
- (eds), *"Citizenship For Sale?"*, *The Oxford Handbook of Citizenship* (Oxford University Press 2017)
- Shachar A and Hirschl R, 'On Citizenship, States, and Markets' (2014) 22 Journal of Political Philosophy 231
- Şit Köşgeroğlu B, 'İstisnai Yoldan Vatandaşlığın Kazanılmasına İlişkin Genel Esaslar ve Son Değişiklikler Çerçevesinde Türk Vatandaşlığının İstisnai Yoldan Kazanılması' (2017) 7 Hacettepe HFD 169
- Spiro P, 'Cash-for-Passports and the End of Citizenship, in Shachar A., Bauboc R. (Ed.), Should Citizenship Be for Sale?' [2014] EUI working paper
- Yılmaz AÇ, 'Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Yatırımcı Vatandaşlık Olgusu: Ius Pecuniae' (2018) 38 Public and Private International Law Bulletin 191

### ***Diğer:***

- <https://investmentmigration.org/articles/britons-divided-individuals-obtaining-visas-via-investment/> accessed 16 August 2019.
- <https://www.bbc.com/news/world-europe-46973590> accessed 18 August 2019.
- <https://www.maltatoday.com.mt/news/national/31402/contentious-citizenship-scheme-approved-20131112#.XVbDQeMza02> accessed 17 August 2019.
- <https://www.theguardian.com/business/2015/dec/09/wealthy-foreigners-shy-away-from-uk-as-investment-threshold-hits-2m> accessed 18 August 2019.





## Yargıtay Kararları Işığında Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni

### Public Policy in the Enforcement of Foreign Arbitral Awards in the Light of the Judgments of the Court of Cassation

Nuray Ekşi\*

#### Öz

Çalışmamızda öncelikle yabancı hakem kararlarının “tanınması” ve “tenfizi” kavramları açıklanacaktır. Daha sonra yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizinin hukuki dayanakları üzerinde durulacaktır. Yabancı hakem kararlarının tenfizinde kamu düzeninin amacı dışında kullanılmasını engellemek için doktrinde başvurulan esaslar belirlenecektir. Ardından yabancı hakem kararlarının tenfizine kamu düzeni kapsamında engel olacak hallere ilişkin olarak doktrinindeki görüşlere yer verilecektir. Daha sonra yargı kararlarında yabancı hakem kararlarının tenfiz engeli olarak kamu düzeninin çerçevesinin çizilmesi teşebbüslerine değinilecektir. Çalışmamızda ayrıca Yargıtay kararlarında yabancı hakem kararlarının tenfizinde kamu düzeni kapsamında incelenen hususlar on başlık altında değerlendirilecektir. Çalışmamızın son kısmında özellik arzeden yabancı hakem kararlarının tenfizinde kamu düzeninin etkisi incelenecektir. Bu başlık altında üç konu üzerinde durulacaktır. Birincisi, hakemlerce verilen ihtiyati tedbir kararlarının tenfizine kamu düzeninin etkisi; ikincisi hakemlerce verilen RICO veya punitive damages kararlarının tenfizine kamu düzeninin etkisi ve üçüncüsü hakemlerce verilen anti-suit injunction kararlarının tanınmasına kamu düzeninin etkisi. Türk doktrin ve Yargıtay kararları açısından kamu düzeninin yabancı hakem kararlarına etkisine ilişkin genel değerlendirmelerimize ise sonuç kısmında yer verilecektir.

#### Anahtar Kelimeler

New York Konvansiyonu, yabancı hakem kararlarının tenfizi, kamu düzeni, hukukun temel ilkeleri, müdahaleci normlar, fahiş tazminat, aşırı faiz, birleşik faiz, fahiş tahkim yargılama masrafları, punitive damages içeren hakem kararının tenfizi, hakemlerce verilen anti-suit injunction kararının tenfizi, müdahaleci normlara aykırı yabancı hakem kararının tenfizi

#### Abstract

In this study, first, the concepts of “recognition” and “enforcement” of foreign arbitral awards will be explained. Then, the legal basis for the recognition and enforcement of foreign arbitral awards will be clarified. The principles proposed in the academic circles to prevent the use of public policy beyond its purpose in enforcement of foreign arbitral awards proceedings will be briefly explained. Following that, what is considered by the doctrine to be part of public policy will be addressed. Thereafter, the attempts made by the courts framing public policy as an impediment to the enforcement of foreign arbitral awards will be addressed. In addition, the elements which, in Court of Cassation decisions, are considered to be public policy grounds that justify denial of enforcement of foreign arbitral awards will be evaluated under ten headings. In the last part of the study, the effect of public policy on the enforcement of foreign arbitral awards containing peculiar features will be examined. Three topics will be discussed under this title: first, the effect of public policy on enforcement of interim measures granted by arbitrators; second, the effect of public policy on the enforcement of the RICO or punitive damages awards, and third, the effect of public policy on the recognition of the anti-suit injunctions

\* Sorumlu Yazar: Nuray Ekşi (Prof. Dr.). Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye.  
E-posta: nurayeksi@gmail.com ORCID: 0000-0002-9727-7254

Atf: Ekşi N, “Yargıtay Kararları Işığında Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni” (2020) 40(1) PPIL 143.  
<https://doi.org/10.26650/ppil.2020.40.1.0023>



ordered by arbitrators. Our general evaluation regarding public policy as a bar to enforcement of foreign arbitral awards in terms of Turkish doctrine and practice will be presented in the conclusion.

**Keywords**

New York Convention, enforcement of foreign arbitral awards, public policy, the fundamental principles of law, mandatory rules, excessive compensation, excessive cost of arbitration, excessive interest or compound interest, enforcement of arbitral award including punitive damages, the enforcement of anti-suit injunction order by arbitrators, enforcement of the foreign arbitral awards contrary to the mandatory rules

***Extended Summary***

Public policy is one of the grounds that prevent the enforcement of foreign arbitral awards under Article 62(1)(b) of the Turkish PILA, Article V(2)(b) of the New York Convention and the provisions of bilateral judicial assistance agreements between Turkey and certain states. Framing the concept of public policy is difficult. This difficulty arises from its variable and evolving structure. Undoubtedly, the economic, social, cultural, and political values of each state shape the perception of public policy. As an enforcement obstacle, public policy causes the most controversial and different practices in more than 140 countries that are parties to the New York Convention. The public policy may vary from country to country and from time to time. Even concepts of what constitutes public policy within the same country may change, and former public policy related issues may no longer be considered as pertaining to public policy. Due to its variable structure, some comparisons have been made for public policy. It is sometimes compared to “a very unruly horse” and sometimes to a “double-edged sword”. There are two aspects of these metaphors that are used to describe the public order. The first aspect reflects the fear against public policy. The second aspect of the metaphors shows that public policy can actually be a useful tool. This study tries to determine the perspective of the Turkish doctrine and, in particular, the perspective of the Court of Cassation regarding public policy as a ground for denying recognition of foreign arbitral awards. It is found that initially the Court of Cassation used public policy in proceedings for the enforcement of foreign arbitral awards beyond its purposes. In the same way, what was previously considered by the Court of Cassation as being part of public policy in fact were not directly related to public policy. However, since the 2000s, the Court of Cassation started interpreting public policy narrowly. Some issues that the Court of Cassation considered as part of public order are no longer viewed in the same way. In this study, the Court of Cassation’s liberal approach to public policy in the enforcement of foreign arbitral awards proceedings since the 2000s is examined under ten headings. Under each heading, not only the judgments of the Court of Cassation but also the decisions of the high regional courts or the courts of first instance and, in part, those of foreign courts will be cited. The first of the ten headings concerns whether the fact that a foreign arbitral award which is contrary to imperative or mandatory norms of the Turkish law is counted by the Court of Cassation as a reason for violation of public policy.

Then, we examine whether from the Court of Cassation’s perspective, enforcement of arbitral awards which fail to state reasons; arbitral awards that violate the party equality; arbitral awards containing excessive compensation or contractual penalty or interest; arbitral awards that reflect the organic relationship between arbitration centers and arbitrators appointed by these centers; awards relating to excessive arbitration costs; awards that contradict Turkish courts’ judgments, and awards relating to the disputes which are not arbitrable under Turkish law can correctly be regarded as matters of public policy. Considering the judgments of the Court of Cassation since 2000, it can be said that the Court does not use public policy beyond its purpose, and even in comparison with doctrine, has a more friendly enforcement attitude in some matters. Thus, foreign doctrine should realize that the Court of Cassation has changed its understanding of public policy and, instead of citing very old judgments that have no value anymore due to the change of opinion of the Court of Cassation, the judgments that have been recently granted should be considered. In the last part of this study, the effect of public policy on the enforcement of foreign arbitral awards having peculiar features will be examined. Three topics will be discussed under this title: first, the effect of public policy on enforcement of interim measures granted by arbitrators; second, the effect of the public policy on the enforcement of the RICO or punitive damages awards, and third, the effect of public policy on the recognition of the anti-suit injunctions ordered by arbitrators.

Given the variations that occur in what constitutes public policy according to time and place; the differences in the understanding of public policy of states and, therefore, their courts; differing views of public policy even among the courts of the same state; the changing effect of the public policy in accordance with the characteristics of each enforcement proceeding make it very difficult to predict the results of the proceedings for the enforcement of foreign arbitral awards. A number of criteria have been cited in both the doctrine and court decisions to restrain the notion of public order, a very unruly horse. Even the criteria proposed to restrict public policy such as manifest incompatibility, narrow interpretation and exceptional character of public policy, have added to the debate. *Mistelis*, who compares public policy to a double-edged sword, states that “public policy, which is a useful tool on the one hand, is as dangerous as a weapon on the other hand”. As is stated in an old British judgment made in 1824, “a very unruly horse, and once you get astride it you never know where it will carry you”. However, according to the famous English judge Lord Denning, “with a good man in the saddle, the unruly horse can be kept in control”. The courts must therefore favor the establishment of a public policy culture and understanding that will narrow judicial intervention in the enforcement of foreign arbitral awards, in the name of public policy. An arbitration culture embracing such principles will no doubt apply public policy very carefully in the enforcement of foreign arbitral awards, without taking it beyond its principal purpose.

## Yargıtay Kararları Işığında Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni

### I. Yabancı Hakem Kararlarının “Tanınması” ve “Tenfizi”

Yabancı hakem kararlarının verildiği ülke dışında sonuç doğurması için iki tür dava açılabilir. Birincisi, “tanıma davası”dır. İkincisi ise, “tenfiz davası”dır. Yabancı hakem kararının tanınması veya tenfiz edilmesi yol ayırımına gelindiğinde, gidilecek yolu belirleyen bizzat yabancı hakem kararının kendisidir. Yabancı hakem kararının içeriğinde, özünde icra dairesine başvurulmasını gerektiren bir durum varsa o zaman tenfiz davası açılacaktır. Eğer yabancı hakem kararının içeriğinde, özünde icra dairesine başvurulmasını gerektiren bir durum yoksa o zaman tanıma davası açılacaktır<sup>1</sup>.

Tanınmış bir yabancı hakem kararının Türkiye’de iki sonucu vardır: (1) Tanımayla, yabancı hakem kararı kesin hüküm gücünü kazanır. (2) Tanınmış bir yabancı hakem kararı, kesin delil teşkil eder. Yabancı bir hakem kararı tenfiz edilmeksizin tanınabilir. Yabancı hakem kararının tenfizine hükmedilmesi halinde ise, yabancı hakem kararı, söz konusu iki sonucun yanı sıra icra kabiliyeti de kazanır. O halde tenfizine hükmedilen bir yabancı hakem kararı, Türkiye’de (1) kesin hüküm, (2) kesin delil ve (3) icra kabiliyetini haizdir. Tenfizin doğurduğu sonuçlar, tanımaya nazaran daha kapsamlıdır. Tanınmış bir yabancı hakem kararının icra kuvveti olmamasına rağmen tenfiz edilmiş yabancı hakem kararı icra kuvvetine sahiptir. Bu haliyle tenfiz, tanımayı da kapsamaktadır. Diğer bir ifadeyle tenfizine karar verilen yabancı hakem kararı aynı zamanda tanınmış olmaktadır<sup>2</sup>. Bu niteliğinden dolayı *Redfern/Hunter*, aslında doğru ifadenin yabancı hakem kararının “tanınması” veya “yabancı hakem kararının “tanınması ve tenfizi” olduğunu belirtmiştir<sup>3</sup>.

New York Konvansiyonu’nda yabancı hakem kararlarının “tanınması ve tenfizi” ifadesine yer verilmiş olması sanki her ikisinin de birlikte gerçekleştirilmesi gerektiği izlenimi yaratmıştır. Ancak bu iki müesseseyi birbirine karıştırmamak gerekir. Tanıma davasının mı yoksa tenfiz davasının mı açılacağına, yabancı hakem kararının içeriğine bakarak karar vermek gerekir. Bazı yabancı hakem kararlarının, nitelikleri gereği, icra kabiliyetleri yoktur. Bu tür kararlar açısından açılacak olan davanın adı “yabancı hakem kararının tanınması” davasıdır. Tenfiz, yabancı hakem kararının gerekli olan hallerde cebri icra organları vasıtasıyla yerine getirilmesine olanak verir. Bu haliyle tenfiz, tanımadan bir adım daha ötededir ve hakem kararının icrası için onun gerekli bir parçasıdır<sup>4</sup>. Bununla beraber belirtmek gerekir ki, icrai nitelik taşıyan yabancı

1 Nuray Ekşi, ‘Yargıtay Kararları Işığında ICC Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi’ (2009) 67(1) Ankara Barosu Dergisi, 54, 55.

2 Nigel Blackaby, Constantine Partasides, Alan Redfern and S. Martin H. Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration* (6<sup>th</sup> edn, Oxford University Press 2015, §§11.19-11.23; Ekşi, Yargıtay Kararları Işığında ICC Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi, (n 1) 55.

3 Redfern/Hunter, (n 2) §§11.19-11.23.

4 Redfern/Hunter, (n 2) §§11.22.



hakem kararının, takas, def'i ve ispat vasıtası olarak sonuç doğurması isteniliyorsa, söz konusu kararın tanınması istenebilir<sup>5</sup>.

## II. Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizinin Hukuki Dayanakları<sup>6</sup>

5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un (MÖHUK'un) 60-63. maddeleri, yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfize ilişkindir<sup>7</sup>. 5718 sayılı MÖHUK'un yanı sıra Türkiye Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında New York Konvansiyonu'nu onaylamıştır<sup>8</sup>. New York Konvansiyonu'nun I(3). maddesi uyarınca her âkit devlet Konvansiyonu onaylarken iki konuda beyanda bulunabilir. Birincisi, New York Konvansiyonu'nu mütekabiliyet esası dairesinde uygulayacağını yani New York Konvansiyonu'nu münhasıran diğer bir âkit devlette verilen hakem kararlarının tanınması ve tenfizi hakkında uygulayacağını beyan edebilir. İkincisi, her âkit devlet Konvansiyon hükümlerini kendi milli kanununa nazaran münhasıran ticari mahiyette sayılan hakem kararlarına hasredeceğini açıklayabilir. Nitekim Türkiye, New York Konvansiyonu'nu onaylarken iki konuda beyanda bulunmuştur. Söz konusu beyanlar uyarınca Türkiye, New York Konvansiyonu'nu ticari ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlıklara ilişkin hakem kararlarının tanınması ve tenfizi davalarında uygulayacaktır. Ayrıca Türkiye, New York Konvansiyonu'nu sadece diğer bir âkit devlette verilen hakem kararlarının tanınması veya tenfizi davalarında uygulayacak; bunların dışında kalan yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi MÖHUK'un 60-63. maddelerine tabi olacaktır.

Türkiye, birçok devletle hukuki ve ticari konularda adli yardımlaşma antlaşmaları yapmıştır<sup>9</sup>. Bu antlaşmaların önemli bir kısmında yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfize ilişkin hükümler yer almaktadır. Türkiye'nin taraf olduğu adli yardımlaşma antlaşmaları genel olarak yabancılar tarafından açılan davalarda teminat yatırılması; milletlerarası tebligat; milletlerarası istinabe ve yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizini düzenlemektedirler. İki taraflı adli yardımlaşma antlaşmalarının bir kısmında suçluların iadesi başta olmak üzere milletlerarası ceza hukukuna ilişkin hususlar da düzenlenmiştir. Bunların yanı sıra antlaşmaların bir kısmı yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfize ilişkin hükümler içermektedir. Yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfize ilişkin hükümler içeren antlaşmalar sadece tanıma veya tenfiz talebinin reddine ilişkin sebepleri değil ayrıca tenfiz usulüne ilişkin esasları

5 Ilias Bantekas, *An Introduction to International Arbitration* (1<sup>st</sup> edn, Cambridge 2015), 223; Redfern/Hunter, (n 2) §§11.24.

6 Nuray Ekşi, "Yargıtay Kararlarında Yabancı Hakem Kararlarının New York Konvansiyonuna Göre Tenfize İlişkin Bazı Sorunlar", *Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümüne İlişkin İstanbul Konferansı*, Nuray Ekşi, Turgut Kalpsüz and Müslüm Yılmaz (eds), (1<sup>st</sup> edn, Beta 2008), 116, 116-149.

7 RG 12.12.2007/26728.

8 Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun, Kanun No: 3731, Kabul Tarihi: 8.5.1991, RG 21.5.1991/20877. Karar Sayısı: 91/215, RG 21.5.1991/20877.

9 Türkiye'nin adli yardımlaşma antlaşmaları yaptığı ülkeler ve söz konusu antlaşmaların Resmî Gazete atfları için bkz. Nuray Ekşi, *Milletlerarası Özel Hukuka İlişkin Temel Mevzuat* (15<sup>th</sup> edn, Beta 2018), 413-427.

da düzenlemektedirler. Örneğin, Avusturya ile yapılan antlaşmanın 20-21. maddeleri<sup>10</sup>; Polonya ile yapılan antlaşmanın 19-24. maddeleri<sup>11</sup>; Cezayir ile yapılan antlaşmanın 20-27. maddeleri<sup>12</sup>; Türkiye ile Irak arasında yapılan antlaşmanın 79-85. maddeleri<sup>13</sup>; Azerbaycan ile yapılan antlaşmanın 19-24. maddeleri<sup>14</sup>; Çin ile yapılan antlaşmanın 21-26. maddeleri<sup>15</sup>; Gürcistan ile yapılan antlaşmanın 19-24. maddeleri<sup>16</sup>; Arnavutluk ile yapılan antlaşmanın 19-24. maddeleri<sup>17</sup>; Kazakistan ile yapılan antlaşmanın 21-26. maddeleri<sup>18</sup>; Moğolistan ile yapılan antlaşmanın 19-24. maddeleri<sup>19</sup>; Litvanya ile yapılan antlaşmanın 19-23. maddeleri<sup>20</sup> yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin hükümlerdir<sup>21</sup>.

New York Konvansiyonu'nun VII. maddesinde, yabancı hakem kararlarının tenfizinde daha lehe hüküm getiren millî mevzuat ve diğer antlaşmaların öncelikle uygulanacağı ifade edilmiştir. New York Konvansiyonu'nda yer alan hükümler ile MÖHUK'un 60-63. maddeleri hemen hemen aynı içeriğe sahiptir. Bu nedenle kural olarak New York Konvansiyonu ile MÖHUK'un 60-63. maddeleri arasında daha lehe hüküm açısından bir sıkıntı yaşanmayacaktır. Zaten MÖHUK'un 1(2). maddesinde Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası antlaşmalar saklı tutularak öncelik antlaşmalara verilmiştir. Ancak Türkiye'nin yaptığı ve yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin hükümler içeren adli yardımlaşma antlaşmaları mı yoksa New York Konvansiyonu açısından hangisinin daha lehe hüküm getirdiğine bakılacaktır. O halde her somut olayda iki taraflı antlaşmanın New York Konvansiyonu'na nazaran daha lehte hükümler içerip içermediği incelenecektir. Eğer iki taraflı adli yardımlaşma antlaşmalarında yer alan hükümler uyarınca yabancı hakem kararı daha hızlı ve esnek şartlarla tenfiz edilecekse o zaman iki taraflı adli yardım antlaşması öncelikle uygulanacaktır. Buna karşın iki taraflı adli yardımlaşma antlaşması New York Konvansiyonu'na nazaran daha ağır şartlar getirebilir. Böyle bir durumda hangi antlaşmanın öncelikle uygulanacağı sorunu ortaya çıkacaktır. Eğer iki taraflı antlaşmada bu konuda bir hüküm varsa bu hüküm doğrultusunda hareket edilecektir. Eğer antlaşmada hüküm yoksa bu sorun iç hukukta aynı konuya ilişkin birden fazla kanunun bulunması halinde hangi kanunun uygulanacağına ilişkin esaslar dikkate

10 RG 4.8.1931/1864.

11 RG 23.7.1990/20583.

12 RG 8.9.1991/20985.

13 RG 2.8.1992/21303.

14 RG 25.8.1993/21679.

15 RG 12.11.1994/22109.

16 RG 24.8.1997/23090.

17 RG 9.11.1997/23165.

18 RG 12.11.1997/23168.

19 RG 4.5.2004/25452.

20 RG 20.4.2004/25439

21 Ekşi, Yargıtay Kararlarında Yabancı Hakem Kararlarının New York Konvansiyonuna Göre Tenfizine İlişkin Bazı Sorunlar, (n 6) 117; Ekşi, Yargıtay Kararları Işığında ICC Hakem Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi, (n 1) 55.

alınarak çözümlenecektir. Çünkü usulüne uygun olarak onaylanan milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Adli yardımlaşma antlaşması ile New York Konvansiyonu'ndaki hükümler usul ve esas açısından aynı içeriğe sahip ise hangisi öncelikle uygulanacaktır? Böyle bir durumda iki taraflı antlaşma özel düzenleme olduğundan New York Konvansiyonu'na taraf olan devletle Türkiye arasında aynı zamanda iki taraflı adli yardım antlaşması varsa *lex specialis* olması itibariyle iki taraflı adli yardımlaşma antlaşması uygulanacaktır.

Yatırım uyuşmazlıklarıyla ilgili hakem kararlarının nasıl icra edileceği milletlerarası antlaşmalarla düzenlenmiştir. Türkiye'nin de taraf olduğu Devletlerle Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümüne İlişkin Konvansiyon (Convention on Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States-ICSID)<sup>22</sup> ve Enerji Şartı Sözleşmesi ile Ek Protokolleri (Energy Charter Treaty and Energy Charter Protocol on Energy Efficiency and Related Environmental Aspects-PEEREA)<sup>23</sup> yabancı hakem kararlarının tenfizine ilişkin özel sistemler öngörmüşlerdir<sup>24</sup>. ICSID ve Enerji Şartı Sözleşmesi uyarınca verilen hakem kararlarının tenfizi tamamen ayrı bir rejime tabidir. ICSID Konvansiyonu'nun 54. maddesi, ICSID hakem kararlarını geleneksel tenfiz prosedürünün ve New York Konvansiyonu'nun dışına çıkarmıştır<sup>25</sup>. ICSID'in 54. maddesine göre, her âkit devlet ICSID hakem kararını bağlayıcı kabul edecek ve kararda yer alan parasal yükümlülükleri kendi mahkemesinin nihaî bir kararı gibi yerine getirecektir<sup>26</sup>. Benzer bir hüküm Enerji Şartı Sözleşmesi'nde de yer almaktadır<sup>27</sup>. Enerji Şartı Sözleşmesi'nin 26. maddesinin 8. fıkrasında, hakem kararlarının taraflar için nihai ve bağlayıcı olduğu ifade edilmiştir. Devlet kurumları veya makamları aleyhine verilen tedbir niteliğindeki hakem kararlarında, söz konusu tedbir yerine, tazminat ödenmesine karar verilebilir. Taraf devletler gecikmeksizin hakem kararlarını icra etmekle ve hakem kararlarının etkin bir şekilde icrasını sağlamak üzere gerekli yasal düzenlemeleri yapmakla yükümlüdürler<sup>28</sup>. Yabancı hakem kararının tanıma veya tenfiz davasına ihtiyaç olmaksızın kendiliğinden sonuç doğurması, ICSID'in 54. maddesi ile Enerji Şartı Sözleşmesi'nin 26(8). maddesinde kabul edilmiştir. Her iki madde kapsamında yatırım uyuşmazlıklarına ilişkin ICSID

22 RG 6.12.1988/20011.

23 RG 12.7.2000/24107; RG 2.2.2000/23956.

24 Nuray Ekşi, *ICSID Hakem Kararlarının Tanınması, Tenfizi ve İcrası* (1<sup>st</sup> edn, Beta 2009), 82-83; Ekşi, Yargıtay Kararlarında Yabancı Hakem Kararlarının New York Konvansiyonuna Göre Tenfizine İlişkin Bazı Sorunlar, (n 6) 118. Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Nuray Ekşi, 'Legal Framework of Commercial Arbitration in Turkey', *International Commercial Arbitration-A Comparative Survey*, Nuray Ekşi, Pedro J. Martinez-Farga and William K. Sheehy (eds), (ICOC (Publication No: 2007/45), 85, 85-91.

25 Dicey/Morris&Collins, on the *Conflict of Laws*, Editors Lawrence Collins, CGJ Morse, David McClean, Andrian Briggs, Jonathan Haris and Campbell McLachlan (eds), (14<sup>th</sup> edn, Sweet and Maxwell 2006), 750, 785; Ekşi, ICSID Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, (n 24) 83-84.

26 Ayrıntılı bilgi için bkz. Ekşi, ICSID Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, (n 24) 82 vd.

27 Ekşi, Yargıtay Kararları Işığında ICC Hakem Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi, (n 1) 56-57; Ekşi, Yargıtay Kararlarında Yabancı Hakem Kararlarının New York Konvansiyonuna Göre Tenfizine İlişkin Bazı Sorunlar, (n 6) 118; Ekşi, ICSID Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, (n 24) 84.

28 Ayrıntılı bilgi için bkz. Ekşi, ICSID Hakem Kararlarının Tanınması, Tenfizi ve İcrası, (n 24) 82 vd.

kararlarının “doğrudan” tanınması ve tenfizi söz konusudur. O halde ICSID veya Enerji Şartı Sözleşmesi hükümlerine istinaden verilen bir hakem kararı, yabancı hakem kararı niteliğinde olmasına rağmen 54 ve 26(8). maddeler uyarınca tıpkı yerli hakem kararı gibi muamele görecektir. Dolayısıyla ICSID hakem kararları tanıma veya tenfiz davası açılmasına ihtiyaç olmaksızın Türkiye’de kendiliğinden sonuç doğuracaklardır. ICSID hakem kararlarının tıpkı yerli hakem kararı gibi sonuç doğurmaları sebebiyle bu kararların ilamlı icraya konulması mümkündür<sup>29</sup>.

ICSID ve Enerji Şartı Sözleşmesi’nde yer alan özel hükümler bir tarafa bırakılacak olursa MÖHUK’un 62(1)(b) maddesinde; New York Konvansiyonu’nun V(2)(b) maddesinde ve iki taraflı adli yardım antlaşmalarının yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin şartlar arasında yabancı hakem kararının kamu düzenine aykırı olmamasına da yer verilmiştir.

### III. Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizinin Şartları

#### A. Ön Şartlar

Yabancı hakem kararlarının tanınması veya tenfizinde iki ön şart bulunmaktadır. Birinci şarta göre, tanıma veya tenfize konu olan kararın, “hakem” kararı olması gerekir. İkinci şart ise, hakem kararının “yabancı” olmasıdır. MÖHUK’un 60-63. maddelerinde hakem kararlarına yabancılık veren unsur belirtilmemiştir<sup>30</sup>. New York Konvansiyonu’nun I. maddesi ile, tanıma veya tenfize konu olabilecek yabancı hakem kararları için temel kriter, “ülke” veya “toprak esası” olmuştur. New York Konvansiyonu, tanıma veya tenfiz talebinin yapıldığı devletten başka bir devletin ülkesinde verilen hakem kararlarına uygulanır<sup>31</sup>. Ayrıca New York Konvansiyonu’nun tanıma veya tenfiz talebinin ileri sürüldüğü devlette “yerli” veya “millî” veya “mahallî” sayılmayan hakem kararlarına da uygulanacağı kabul edilmiştir. New York Konvansiyonu’nda kabul edilen bu ikinci kıstas Konvansiyonun uygulama alanını oldukça genişletmiştir. Böylece hakem kararlarının milliyetinin tayininde “hakem kararının otoritesi altında verildiği kanun” kriterini benimseyen ülkelerde, yabancı usul kanunlarına tabi olarak verilen hakem kararlarının da New York Konvansiyonu’na göre tenfiz edilmesine olanak sağlanmıştır<sup>32</sup>. O halde (1) Türkiye dışında başka bir devletin topraklarında alınmış hakem kararları, (2) yabancı usul hukuku otoritesi altında verilen ve Türk hukukuna göre mahallî sayılmayan hakem kararlarının tanınması veya tenfizi taleplerine New York Konvansiyonu uygulanacaktır.

29 Ekşi, Yargıtay Kararlarında Yabancı Hakem Kararlarının New York Konvansiyonuna Göre Tenfizine İlişkin Bazı Sorunlar, (n 6) 118.

30 Bu konudaki tartışmalar için bkz. Ergin Nomer, Nuray Ekşi and Günseli Öztekin Gelgel, *Millîlerarası Tahkim Hukuku*, C. I (5<sup>th</sup> edn, Beta 2016), 79-85.

31 Bu konudaki değerlendirmeler ve görüşler hakkında bkz. Nomer, Ekşi and Gelgel Öztekin, (n 30) 79-85.

32 Turgut Kalpsüz, ‘Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkındaki New York Sözleşmesinin Tenfiz Şartları ve Tenfiz Usulü’, *ICC Türkiye Millî Komitesi Millîlerarası Tahkim Semineri*, 4 Temmuz 2007 İstanbul, (1<sup>st</sup> edn, ICC Türkiye Millî Komitesi 2007), 7, 11.

New York Konvansiyonu'nun I(1). maddesinin birinci cümlesi çerçevesinde tenfiz edilecek hakem kararının yabancı ülkede verilmesi Konvansiyonun uygulanması için yeterlidir. Bu ülkenin New York Konvansiyonu'na taraf olması şart değildir. Konvansiyona taraf olan devlet, yalnızca diğer âkit devletlerde verilen hakem kararlarını tenfiz edeceğine ilişkin bir çekince koymuşsa, bu durumda söz konusu ülke için “farklı ülke” kavramı sadece diğer âkit devletleri ifade edecektir.

## **B. Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizinin Esasa İlişkin Şartları**

MÖHUK'un 62. maddesi ile New York Konvansiyonu'nun V. maddesi, yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizinin esasa ilişkin koşulları sınırlayıcı olarak düzenlemiştir. MÖHUK'un 62. maddesi ile New York Konvansiyonu'nun V. maddesi birbirine benzer düzenleme içerdiği için burada yalnızca New York Konvansiyonu'nun V. maddesine yer verilecektir.

New York Konvansiyonu'nda, hakem kararının tanınmasında ve tenfizinde esasa ilişkin şartlar, mahkeme tarafından resen incelenecek şartlar ve aleyhine hakem kararı ileri sürülen tarafın ispat etmesi gerekli olan şartlar olmak üzere ikiye ayrılmıştır. Yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizinde aranılan şartlar, tahdididir. Tanıma veya tenfiz davasında, bu şartlar dışında mahkemenin başka bir inceleme yapması mümkün olmadığı gibi kural olarak hakem kararının maddi içerik yönünden doğruluğu inceleme konusu yapılamaz. Diğer bir ifade ile hakem kararlarının tenfizinde “*révision au fond*” (revizyon) yasağı geçerlidir. Aşağıda belirtilen V(1). maddenin (a), (b), (c), (d) ve (e) bentlerinde sayılan hususlar, aleyhine tenfiz talep edilen tarafından ispatlanırsa tenfiz talebi reddedilebilecektir. Buna karşın V(2). maddenin (a) ve (b) bentleri ise mahkeme tarafından resen incelenecektir. Belirtmek gerekir ki, yabancı hakem kararlarının tanınması veya tenfizi davalarında V. maddede sayılan sebeplerden biri gerçekleşse bile mahkeme tanıma veya tenfiz istemini reddetmek zorunda değildir. Çünkü New York Konvansiyonu'nun V. maddesinde “reddedebilir” (may be refused) kavramı kullanılmış ve mahkemeye takdir hakkı verilmiştir<sup>33</sup>. New York Konvansiyonu'nun V(1). maddesine göre, aleyhine tenfiz talep edilen kişi tarafından ispat edilecek şartlar şunlardır:

- (a) tarafların ehliyetsiz olması veya tahkim anlaşmasının geçersiz olması,
- (b) aleyhine karar verilen tarafın hakem tayininden veya tahkim yargılamasından haberdar edilmemesi veya savunma haklarının ihlâl edilmesi,
- (c) hakem kararının tahkim anlaşmasında belirtilmeyen bir konuya ilişkin olması veya tahkim anlaşmasının kapsamını aşması,
- (d) hakemlerin teşkili veya tahkim yargılamasının tarafların anlaşmasına veya tahkim yeri hukukuna aykırı olması,
- (e) hakem kararının bağlayıcılık kazanmamış olması veya iptal edilmesi.

33 Redfern/Hunter, (n 2) §§11.57; Kalpsüz, Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkındaki New York Sözleşmesinin Kapsamı Tenfiz Şartları ve Tenfiz Usulü, (n 32) 23.

New York Konvansiyonunun V(2). maddesine göre mahkeme tarafından resen araştırılacak şartlar şunlardır:

- (a) hakem kararının tenfiz devletin hukukuna göre tahkim yolu ile çözümü mümkün olmayan bir meseleye ilişkin olması,
- (b) hakem kararının tenfiz devletin kamu düzenine aykırı olması.

Çalışmamızda yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin şartlardan yalnızca MÖHUK'un 62(1)(b) maddesi ile New York Konvansiyonu'nun V(2) (b) maddesinde yer alan kamu düzeni incelenecektir. Kamu düzeni, hem usuli hem de maddi boyutu itibarıyla yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizini engelleyebilir<sup>34</sup>. Çalışmamızda gerek doktrinde gerekse yargı kararlarında bu iki boyut kapsamında değerlendirilen haller üzerinde durulacaktır. Belirtmek gerekir ki, yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin diğer şartların bir kısmı ile kamu düzeni örtüşebilmektedir. Dolayısıyla diğer tenfiz şartlarına aykırı olan bir husus kamu düzenini de ihlal edebilmektedir. Örneğin, savunma haklarının ihlali ve hakem kararının tenfiz devleti hukuku uyarınca tahkime elverişli olmayan bir konuda verilmiş olması, kamu düzeni kapsamında da yabancı hakem kararlarının tenfizine engel olabilmektedir<sup>35</sup>. Oysa bu konularda New York Konvansiyonu'nun V(1)(b) maddesi ile V(2)(a) maddesinde ve MÖHUK'un 62(1)(c) maddesi ile 62(1)(ç) maddesinde özel hüküm bulunmaktadır.

#### IV. Doktrindeki Görüşlere Göre Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni

##### A. Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeninin Amacı Dışında Kullanılmasını Engellemek İçin Doktrinde Başvurulan Esaslar

Kamu düzeninin çerçevesinin tam olarak çizilememesi, kamu düzeninin etkisinin her tenfiz davasının özelliklerine göre değişmesi; devletlerin ve dolayısıyla bu devletlere ait mahkemelerin kamu düzeni anlayışının değişiklik göstermesi<sup>36</sup>; hatta aynı devletin mahkemeleri arasında dahi kamu düzenine bakış açısında farklılık olması,

34 Reinmar Wolff, *New York Convention, Convention on Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958 Article by Article Commentary* (2<sup>nd</sup> edn, Hart Beck Nomos 2019), 416.

35 Albert Jan van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958 Towards a Uniform Judicial Interpretation* (1<sup>st</sup> edn, Kluwer Law and Taxation Publishers 1981), 376; Dirk Otto and Omaia Elwan, 'Article V(2)', in Herbert Kronke, Patricia Nacimientto, Dirk Otto and Nicola Christine Port (eds), *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention*, (1<sup>st</sup> edn, Kluwer Law International 2010) 345, 346-349; Wolff, (n 34) 420.

36 Amerika Birleşik Devletleri Almanya, Avusturya, Avustralya, Fransa, Kanada, Hong Kong, Hindistan, İrlanda, İngiltere, İspanya, İsveç, İsviçre, İtalya, Macaristan, Kore Cumhuriyeti, Malezya, Meksika, Yeni Zelanda, Filipinler, Singapur, Brezilya, Çin, Rusya Federasyonu, Kıbrıs Rum Kesimi ve Macaristan'da yabancı hakem kararlarının tenfizinde kamu düzeni hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Anton G. Maurer, *Public Policy Exception under the New York Convention: History, Interpretation and Application* (revised edition, Juris Publishing 2013), 73-253; Hindistan, Pakistan, Bangladeş ve Sri Lanka'da yabancı hakem kararlarının tenfizi hakkında bkz. Wasiq Abass Dar, 'Understanding Public Policy as an Exception to the Enforcement of Foreign Arbitral Awards A South-Asian Perspective', (2015) 2(4) *European Journal of Comparative Law and Governance*, 316, 333-348; *United Nations Commission on International Trade Law UNCITRAL Secretariat Guide on the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958)* (1<sup>st</sup> edn, UN 2016), 240-242.

bir milletlerarası andlaşmayla yani New York Konvansiyonu ile getirilmiş olsa bir kamu düzeni kavramının yeknesak bir şekilde uygulanmasını engellemektedir. Bir devletin ekonomik, siyasi, dini veya sosyal sistemine dayanılarak kamu düzeninden kabul edilen hususlar diğer bir devlette kamu düzeninden sayılmayabilir. Toplumların kamu düzeninden saydığı değerler ve standartlar durağan değildir, zamanla gelişmekte ve değişmektedir<sup>37</sup>. O halde kamu düzeni gelişmelere açıktır. Dolayısıyla kamu düzeni ülkeden ülkeye ve zamandan zamana göre değişiklik göstermektedir<sup>38</sup>. Hatta dünyada ne kadar mahkeme varsa o ölçüde de kamu düzeni anlayışının olduğu ifade edilmiştir<sup>39</sup>. Üstelik kamu düzeninin esnek yapısı yabancı hakem kararlarının tenfizini şu veya bu şekilde engellemek isteyenlere de önemli bir olanak sunmaktadır. Dolayısıyla tenfiz engeli olan kamu düzeni istenildiğinde kötüye kullanılabilir. New York Konvansiyonu'nun hazırlıkları sırasında bu tehlike görülmüş ve kamu düzeni kavramı yerine yabancı hakem kararının “hukukun temel ilkelerine (fundamental principles of laws) aykırı olmaması ifadesi kullanılmıştı<sup>40</sup>. Ancak İngiltere'nin girişimi ile kamu düzeni yerine önerilen “hukukun temel ilkeleri” ibaresinin kullanılmasından vaz geçilmiş ve çok sayıda milletlerarası özel hukuk konvansiyonunda olduğu gibi, kamu düzeni, New York Konvansiyonu'nun nihai metnine de girmeyi başarmıştır<sup>41</sup>. Ayrıca kamu düzeni kavramı yerine İsrail ve Hindistan tarafından önerilen “tenfiz devletinin hukukuna aykırılık” kabul edilmemiştir<sup>42</sup>. New York Konvansiyonu'na benzer şekilde ulusal yasal düzenlemelerde de yabancı hakem kararlarının tenfizine ilişkin şartlar arasında kamu düzenine yer verildiği; bazı ülkelerin kanunlarında sadece “kamu düzeni”nden söz edilmesine karşın bazılarında “milletlerarası kamu düzeni” veya “milletlerarası özel hukuk anlamında kamu düzeni” veya “kamu düzenine ilişkin prensipler” ya da “kamu düzeni ve kamu ahlakı”<sup>43</sup> ibarelerine yer verildiği belirtilmiştir<sup>44</sup>. Yemen hukukunda yabancı hakem kararının kamu düzenine ve şeriat hukukuna aykırı olmaması aranmıştır<sup>45</sup>. Belirtmek gerekir ki, New York Konvansiyonu'nda iç kamu düzeni ile milletlerarası kamu düzeni arasında ayrım yapılmamıştır<sup>46</sup>. O halde kamu düzeni, New York Konvansiyonu'nun yanı sıra ulusal yasal düzenlemelerde de ortak tenfiz engellerinden biridir.

37 Maurer, (n 36) 57-58.

38 Maurer, (n 36) 55; Otto and Elwan, (n 35) 367-368; Cemal Sanlı and Emre Esen, ‘Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards’, *Arbitration in Turkey*, Ali Yeşilirmak and İsmail G. Esin (eds) (1<sup>st</sup> edn, Wolters Kluwer 2015), 211, 237.

39 Şanlı and Esen, (n 38) 237.

40 Otto and Elwan, (n 35) 365-366; Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, (2<sup>nd</sup> edn, Kluwer Law International 2014), 3648-3649; Nivedita Chandrakanth Shenoy, ‘Public Policy under Article V(2)(b) of the New York Convention: Is There a Transnational Standard?’, (2018) 20(1) *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, 77, 84.

41 Born, (n 40) 3648-3649.

42 Maurer, (n 36) 59-60.

43 MÖHUK'un 62(1)(b) maddesinde yabancı hakem kararının “kamu düzeni ve genel ahlaka aykırı olması” ibaresi kullanılmıştır.

44 Born, (n 40) 3649-3650; Loukas Mistelis, ‘International Law Association-London Conference (2000) Committee on International Commercial Arbitration “Keeping the Unruly Horse in Control” or Public Policy as a Bar to Enforcement of (Foreign) Arbitral Awards’, (2000) *International Law FORUM du droit international* (2000) 4(2), 248, 250; Shenoy, (n 40) 85-88.

45 Shenoy, (n 40) 87.

46 Maurer, (n 36) 55.

Esnek ve torba bir kavram olması sebebiyle kamu düzeninin amacı dışında kullanılmaması için doktrinde bazı esaslar öngörülmüştür. Kamu düzeninin “istisnai niteliği”, “itinayla uygulanması” ve “dar yorumlanması” esasları tenfiz davalarında kamu düzenine başvurulduğu zaman göz önüne alınması gerekli esaslardır<sup>47</sup>. New York Konvansiyonu’nun görüşmeleri sırasında da kamu düzeni kavramının geniş yorumlanmaması; dar yorumlanması gerektiği ifade edilmiştir<sup>48</sup>. Kamu düzenine aykırılığın açık olması, somut olması, ciddi olması, tahammül edilmez olması, katlanılmaz olması vb. gibi ifadeler de kullanılmaktadır<sup>49</sup>. Ancak doktrinde hangi esaslardan söz edilirse edilsin bizzat bu esaslar da soyut niteliktedir ve Türk mahkemelerinin yabancı hakem kararlarının tenfizinde kamu düzenini incelerken bunları dikkate aldığı veya almadığı değerlendirmelerinin yapılmasına yol açabilir. O halde değişken yapısı dolayısıyla “asi bir ata” (an unruly horse)<sup>50</sup> veya “amorfa”<sup>51</sup> benzetilen kamu düzenini bu esaslarla da dizginlemek mümkün olmayabilir. Bu yapısı dolayısıyla milletlerarası andlaşmalarda ve mahkeme kararlarında kamu düzenini tanımlamak yerine çerçevesi çizilmeye çalışılmaktadır<sup>52</sup>.

Kamu düzeni kendi içinde muhtelif ayrımlara tabi tutulmuştur. Ülkesel kamu düzeni, bölgesel kamu düzeni, ulus aşan kamu düzeni, milletlerarası kamu düzeni ayrımları yapılmıştır<sup>53</sup>. Ayrıca maddi kamu düzeni ve usuli kamu düzeni ayrımı da vardır<sup>54</sup>.

Çalışmamızda kamu düzenine ilişkin teorik tartışmalardan ve bu kavramı tanımlama çabalarından ziyade doktrinde kamu düzeninden sayılan hallere yer verilecektir. Ardından Türk mahkemelerinin özellikle Yargıtay’ın bugüne kadar kamu düzeninden kabul ettiği hususların neler olduğu ortaya konulacaktır. Ayrıca geçmişten bugüne Yargıtay’ın kamu düzeni anlayışındaki değişiklik ortaya konulmaya çalışılacaktır. Belirtmek gerekir ki çalışmamız, Türk mahkemelerinin yabancı hakem kararlarının tenfizinde kamu düzenine bakış açılarını ortaya koymakla sınırlı olup mukayeseli bir inceleme yapılmayacaktır. Bununla beraber gerekli hallerde Türk tatbikatı açısından da önem taşıyan yabancı hakem kararlarının tenfizinde kamu düzenine ilişkin diğer ülkelerin mahkeme kararlarına da istisnaen yer verilecektir.

47 Born, (n 40) 3651-3652.

48 Maurer, (n 36) 55.

49 Pascal Hollander, ‘Report on the Public Policy Exception in the New York Convention’, (2016) 10(1) Dispute Resolution International, 35, 43.

50 Born, (40) 3654; Matthew Gearing, The Public Policy Exception: Is the Unruly Horse Being Tamed in the Most Unlikely of Places?, Kluwer Arb. Blog (Mar. 17, 2011), <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2011/03/17/the-public-policy-exception-is-the-unruly-horse-being-tamed-in-the-most-unlikely-of-places-4/> (10.4.2020).

51 Shenoy, (n 40) 78.

52 Shenoy, (n 40) 79; United Nations Commission on International Trade Law UNCITRAL Secretariat Guide on the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, (n 36) 242.

53 Bu kavramlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Mistelis, (n 44) 250-252; Dar, (n 36) 326-327.

54 Ayrıntılı bilgi için bkz. Mistelis, (n 44) 251-252; Hollander, (n 49) 44-46; Shenoy, (n 40) 79-81; United Nations Commission on International Trade Law UNCITRAL Secretariat Guide on the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, (n 36) 247-254.



## B. Doktrindeki Görüşlere Göre Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizine Kamu Düzeni Kapsamında Engel Olacak Haller

Doktrinde, kamu düzeni kapsamında, yabancı hakem kararlarının tenfizini engelleyecek muhtelif hallerden söz edilmiş ve ayrıca bu kapsamda değerlendirilmeyecek hallere üzerinde durulmuştur. Tahkim sözleşmesinin geçersizliğinin, bu sözleşmeye dayanan yabancı hakem kararının tenfizini kamu düzenine aykırı hale getirip getirmeyeceği sorusuna *Nomer* tarafından olumsuz yanıt verilmiştir. *Nomer*'e göre, tahkim sözleşmesinin mevcut olmaması veya geçersizliği ile hakem kararının kamu düzenine aykırılığı arasında birbirini etkileyen bir ilişki bulunmamakta; tahkim sözleşmesinin geçersizliği, hakem kararını kamu düzenine aykırı hale getirmediği gibi hakem kararının kamu düzenine aykırılığı da tahkim sözleşmesini geçersiz hale getirmemektedir<sup>55</sup>. Zaten tahkim sözleşmesinin yapılmamış olması veya yapılmış olmakla beraber geçersiz olması gerek New York Konvansiyonu'nun V(1)(a) maddesinde gerekse MÖHUK'un 62(1)(a) maddesinde ayrı bir tenfiz engeli olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla aslında bu sorunun kamu düzeni kapsamında ele alınmasına gerek de yoktur.

Ortak bir tanımı olmayan kamu düzeni, her devletin temel ekonomik, hukuki, ahlaki, siyasi, dini ve sosyal standartlarını yansıtır<sup>56</sup>. Türk hukukunun temel ilkelerine, ekonomik hayatın prensiplerine ve Türk adalet anlayışına aykırı yabancı hakem kararlarının kamu düzeni sebebiyle tenfiz edilemeyeceği görüşü öne sürülmüştür<sup>57</sup>. Ulusal menfaatlere aykırı yabancı hakem kararlarının kamu düzenine aykırı olabileceği ifade edilmiştir<sup>58</sup>. *Nomer*'e göre, belirli bir oranda ve sürekli bir gelir elde etmek amacıyla yapılan kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden devletin aldığı geliri azaltan yabancı hakem kararı, devletin ekonomik yapısını etkileyeceğinden kamu düzenine aykırıdır<sup>59</sup>. Kanaatimizce, yabancı hakem kararında Türk hukukunun imtiyaz sözleşmelerine ilişkin genel esaslarının ve Türk devletinin gelir payına ilişkin yasal düzenlemelerin dikkate alınmaması veya yanlış uygulanması sonucunda kamu maliyesi açısından hukuka aykırı sonuç doğuran yabancı hakem kararlarının tenfizi kamu düzenini ihlal edecektir. Tecrübeler göstermiştir ki, özellikle taraflarca Türk hukukunun uygulanması kararlaştırılmasına rağmen Türk idari teşkilatını, kamu hizmeti imtiyaz

55 Ergin Nomer, 'Hakem Kararının Kamu Düzenine Aykırılığı ve Tahkim Anlaşmasının Geçerliliği', (1990) 10(1-2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, *Doç. Dr. Özer Eskişiyurt'un Anısına Özel Sayı*, 129, 131.

56 Mistelis, (n 44) 250; Dar, (36) 321.

57 Cemal Şanlı, Emre Esen and İnci Ataman Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk* (7<sup>th</sup> edn, Beta 2019), 703; Cemal Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyumazlıkların Çözüm Yolları* (7<sup>th</sup> edn, Beta 2019), 515.

58 United Nations Commission on International Trade Law UNCITRAL Secretariat Guide on the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, (n 36) 249.

59 Ergin Nomer, *Devletler Hususi Hukuku* (22<sup>nd</sup> edn, Beta 2017), 570. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 30.9.2015 tarihli kararında, ICC hakem kararının iptali için açılan davada verilen ilk derece mahkemesi ilamını bozan 13. Hukuk Dairesi kararı onamış ve direnme kararını yerinde bulmamıştır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu [E. 2013/1847 K. 2015/2020] 30.9.2015 tarihli kararında "imtiyaz sözleşmelerinin niteliği ve amacı da göz önünde bulundurulmak suretiyle, tahkim kararının doğurduğu sonuçların Türk kamu düzenine aykırı olup olmadığı değerlendirilmeli ve bunun sonucuna göre bir karar verilmelidir" sonucuna varmıştır.

sözleşmelerini ve devletin bu sözleşmelerden elde ettiği gelirleri düzenleyen Türk mevzuatını bilmeyen hakemlerce Türk hukuku yanlış yorumlanmakta; hatta hiç dikkate alınmamakta ve alınsa bile mevzuatın yorumunda ciddi hatalar yapılmaktadır.

Birçok ülkenin mahkemesi ve doktrin tarafından hakemlerce, tenfiz mahkemesi hukukundan başka bir hukukun uygulanması<sup>60</sup> veya hukukun yanlış uygulanması genel olarak kamu düzenine aykırı bir husus olarak kabul edilmemektedir<sup>61</sup>. Kural bu olmakla beraber doktrinde uygulanan maddi hukuk, hakem kararını, sözleşmeye güven, dürüstlük kuralı, hakkın kötüye kullanılmaması gibi hukukun temel prensipleriyle uyuşmaz hale getirmiş ise hakem kararının kamu düzenine aykırılığından söz edilebileceği ifade edilmiştir<sup>62</sup>. Benzer diğer bir görüş, Türk hukukunun emredici hükümlerinin yanı sıra Türk hukukunun temel ilkelerini, özellikle kamu hukuku ilkelerini çiğneyen ve adalet ve nesafet kurallarını ağır şekilde ihlal eden yabancı hakem kararlarının kamu düzeni sebebiyle Türkiye’de tenfiz edilemeyeceğini öne sürmüştür<sup>63</sup>. Yabancı hakem kararının tenfizi davasında, hakemlerin uyguladıkları hukukun, tenfiz devletinin kamu düzenine aykırı olup olmadığı üzerinde de durulmayacağı belirtilmiştir<sup>64</sup>. Bu görüşe göre, bununla beraber bu hukuk uygulanarak verilen hakem kararının kamu düzenini ihlal etmesi mümkündür<sup>65</sup>.

Vakıa tespitinde veya delillerin takdirinde hakemlerce yapılan hataların da tek başına kamu düzenini ihlal etmediği kabul edilmektedir<sup>66</sup>. Türk hukukunun belirli delillerle ispatını zorunlu kıldığı hususlarda hakemlerin başka delilleri kullanması kamu düzenine aykırı olmamakla beraber tanıkla ispatın tanık tarafından imzalanmış yazılı beyanın hakem heyetine sunulması suretiyle gerçekleştirilmesi örneğinde olduğu gibi yabancı hakem kararına dayanak oluşturan delilin Türk hukukunda kabul edilemeyecek bir delil olmasının yabancı hakem kararının kamu düzeni sebebiyle tenfizini engelleyeceği ifade edilmiştir<sup>67</sup>.

Tahkim yargılamasından önceki aşamada tarafların hakemleri reddetmekten karşılıklı olarak feragat etmelerinin veya hakemlerin reddi isteminin devlet mahkemeleri yerine hakemlerce karara bağlanmasının yabancı hakem kararlarının tenfizine kamu düzeninin müdahalesi açısından yeterli bir gerekçe olacağı belirtilmiştir<sup>68</sup>. Bu görüş

60 Ziya Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, (4<sup>th</sup> edn, Vedat 2016), 404.

61 Akıncı, (n 60) 404; Born, (n 40) 3668 and 3682; Maurer, (n 36) 59.

62 Ergin Nomer, ‘Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni Müdahalesi (9.6.1999 Tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı)’, (1999-2000) 19(1-2) *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 555, 571.

63 Süha Tanrıver, ‘Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tenfizi Bağlamında Kamu Düzeninin Etkisi’, *Prof. Dr. Yılmaz Altuğ’a Armağan*, (1997-1998) 17-18(1-2) *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 467, 479.

64 Maurer, (n 36) 54-55; Şanlı, Esen and Ataman Fıganmeşe, (n 57) 703; Şanlı, (n 57) 516; Vahit Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk*, (5<sup>th</sup> edn, Savaş Yayınevi 2019), 176. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi de [E. 2014/2183, K. 2014/3226] 12.5.2014 tarihli kararında aynı sonuca varmıştır.

65 Şanlı, (n 57) 516.

66 Nomer, (n 59) 572; Nomer, Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni Müdahalesi, (n 62) 570; Maurer, (36) 59.

67 Tanrıver, (n 63) 486.

68 Tanrıver, (n 63) 484.

ayrıca, devlet mahkemelerinin tahkim sözleşmesine müdahalesine ilişkin hükümlerin kamu düzeninden olduğunu; tahkim sözleşmesinin geçersizliği ve uyuşmazlığın tahkim sözleşmesinin kapsamı dışında kaldığına ilişkin iddiaların karara bağlanmasının hakemlere bırakıldığı ve bu konudaki kararların devlet mahkemelerini de bağladığı yönündeki düzenlemelerin kamu düzenine aykırı olduğunu; bu esaslara dayanan yabancı hakem kararlarının Türkiye’de tenfiz edilemeyeceğini ifade etmiştir<sup>69</sup>.

Tahkim yargılamasında tarafların avukatlarının katılmasına yasaklama veya sınırlama getiren tahkim merkezlerince verilen hakem kararlarının savunma haklarına ve dolayısıyla kamu düzenine aykırı olup olmadığının somut olayın özelliklerine göre incelenmesinin gerektiği ifade edilmiştir<sup>70</sup>.

Tahkim anlaşmasında bir tarafın ekonomik üstünlüğünü kullanarak diğerini tahkim sözleşmesi yapmaya zorlaması veya tahkim sözleşmesinde eşitliği kendi lehine bozması, bu şekilde yapılan tahkim anlaşmalarına istinaden verilen yabancı hakem kararlarının kamu düzeni gerekçesiyle tenfizine engel olabilecektir<sup>71</sup>.

Temel insan hakları, kamu düzeninin bir parçasıdır<sup>72</sup>. Anayasal ilkeler, kamu düzeni kapsamına girmekte ve bu ilkelere aykırı yabancı hakem kararlarının tenfizini engellemektedir<sup>73</sup>. Ayrıca yabancı hakem kararının ceza yasalarıyla düzenlenen terör suçları, köle ticareti, korsanlık, uyuşturucu madde ticareti, işkence, adam öldürme, adam kaçırma, soygun vb. ile ilgili olması halinde kamu düzeni devreye girecektir<sup>74</sup>. Ayrıca farklı isimler altında gizlenmiş olsa bile kumar veya rüşvet alacağı, yolsuzluk ve rüşvet yoluyla elde edilen paraların ödenmesine ilişkin yabancı hakem kararlarının kamu düzeni sebebiyle tenfiz edilmeyeceği ifade edilmiştir<sup>75</sup>. Dış ticaret sınırlamalarına, ihracat ve kambiyo kontrollerine vb. ilişkin mevzuata aykırı hakem kararlarının kamu düzenine aykırı olabileceği belirtilmiştir<sup>76</sup>.

New York Konvansiyonu’nun V(2)(b) maddesinde “tenfiz devletinin kamu düzenine aykırılıktan” söz edilmiştir<sup>77</sup>. Türk kamu düzenine aykırı olmayan bir yabancı hakem

69 Tanrıver, (n 63) 485.

70 Akıncı, (n 60) 414.

71 Nomer, (n 59) 570.

72 Ulrich Haas and Heiner Kahlert, ‘New York Convention’, *Practitioner’s Handbook on International Commercial Arbitration*, Frank-Bernd Weigand and Antje Baumann, (eds) (3<sup>rd</sup> edn, Oxford University Press 2019), 1572, 1754.

73 United Nations Commission on International Trade Law UNCITRAL Secretariat Guide on the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, (n 36) 247 and 249; Otto and Elwan, (n 35) 367; Wolff, (n 34) 459.

74 Born, (n 40) 3672-3673; Wolff, (n 34) 455.

75 Born, (n 40) 3673-3674; Şanlı, Esen and Ataman Figanmeşe, (n 57) 703; Şanlı, (n 57) 515; Akıncı, (n 60) 405; Tanrıver, (n 63) 480; Şanlı and Esen, (n 38) 237.

76 Şanlı, Esen and Ataman Figanmeşe, (n 57) 703; Born, (n 40) 3674-3675; Şanlı, (n 57) 515; Akıncı, (n 60) 405; Haas and Kahlert, (n 72) 1752.

77 Otto and Elwan, (n 35) 369; Redfern and Hunter, (n 2) 2015, §11.107; Julian Lew, Loucas A. Mistelis and Stefan Michael Kröll, *Comparative International Arbitration*, (1<sup>st</sup> edn, Kluwer Law International 2003), 720; Doğan, (n 64) 176; Süheylâ Balkar Bozkurt, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Bağımsızlık Yükümlülüğü*, (1<sup>st</sup> edn, Oniki Levha 2016), 397; Maurer, (n 36) 54 and 62; Shenoy, (40) 82; Haas and Kahlert, (n 72) 1748; Şanlı and Esen, (n 38) 237.

kararı, başka bir devletin kamu düzenine aykırı olabilir. Örneğin, ABD'nin İran'a uyguladığı ambargo kararlarını delen bir ticari sözleşmeye ilişkin yabancı hakem kararı, ABD'nin kamu düzenine aykırı iken İran veya Türkiye'nin kamu düzenine aykırı değildir. Böyle bir durumda söz konusu yabancı hakem kararının Türkiye'de tenfizi için dava açıldığında, Türk ekonomisine katkısı dikkate alınarak, kanaatimizce yabancı hakem kararının kamu düzenine aykırı olduğu söylenemeyecektir. Buna karşın, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi tarafından alınan ambargo kararlarına aykırı bir yabancı hakem kararının Türkiye'de tenfizi, kamu düzeni engeli ile karşılaşacaktır. Çünkü ABD tarafından tek taraflı olarak konulan ambargoları Türkiye veya diğer devletler için bağlayıcı kılan herhangi bir hukuki dayanak bulunmadığı halde Birleşmiş Milletler Şartı'nı onaylayan ve dolayısıyla Birleşmiş Milletler üyesi olan Türkiye'nin, Güvenlik Konseyi tarafından alınan ambargo kararlarını uygulamak yükümlülüğü milletlerarası antlaşmalardan kaynaklanmaktadır. Ayrıca Anayasa'nın 90. maddesinin beşinci fıkrası uyarınca usulüne uygun olarak onaylanan milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. O halde usulüne uygun olarak onaylanan ve iç hukukun bir parçası haline getirilen milletlerarası antlaşmaların kamu düzenine ilişkin olmaları halinde bunlara aykırı yabancı hakem kararlarının da Türkiye'de tenfiz edilmesine MÖHUK'un 62(1)(b) maddesi ile New York Konvansiyonu'nun V(2)(b) maddesi engel olacaktır. *Wolff*, devletin uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerini ihlal eden hakem kararlarının kamu düzenine aykırı olduğunu; Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi kararlarına uyulmasının; rüşvetle mücadele ve kovuşturma yapma yükümlülüğünü öngören OECD'nin Uluslararası İşlemlerde Yabancı Yetkililere Rüşvetle Mücadele Konvansiyonu'nun (Convention on Combatting Bribery of Foreign Officials in International Transactions) bu durumun tipik örnekleri olduğunu ifade etmiştir<sup>78</sup>.

Doktrinde, sözleşmelerde öngörülen fahiş cezai şartların veya tazminatların tahsiline ilişkin yabancı hakem kararlarının kamu düzeni kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olabileceği ifade edilmiştir<sup>79</sup>. Yargı kararlarına da yansıyan bu husus aşağıda incelenecek olan Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 12.5.2014 tarihli kararında<sup>80</sup> değerlendirilmiştir. Ayrıca cezalandırıcı nitelikte olan veya fahiş oran üzerinden hesaplanan faiz miktarının tahsiline hükmeden yabancı hakem kararının kamu düzeni kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği önemli bir konudur<sup>81</sup>. Aşırı faize ve birleşik faize ilişkin yabancı hakem kararlarının kamu düzenine aykırı olduğu ifade edilmiştir<sup>82</sup>.

78 *Wolff*, (n 34) 459.

79 *Born*, (n 40) 3678; United Nations Commission on International Trade Law UNCITRAL Secretariat Guide on the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, (n 36) 248.

80 15. HD, E. 2014/2183, K. 2014/3226, T. 12.05.2014.

81 *Born*, (n 40) 3679.

82 Yunus Emre Ay, 'A Refusal Reason of Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: Public Policy', (2019) 56(2) *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, 503, 513; Aksi görüş için bkz. Haas and Kahlert, (n 72) 1753.

Hakem kararının tenfiz devletinin rekabetin ve tüketicinin korunmasına, döviz ve ihracat yasaklarına ilişkin müdahaleci normlarına aykırı olması kamu düzeni kapsamında değerlendirilebilmektedir<sup>83</sup>. Covid-19 salgınıyla mücadele etmek için alınan önlemlere ilişkin düzenlemeler de müdahaleci normdur. Kanaatimizce Covid-19 salgınına mücbir sebep olarak kabul etmeyen yabancı hakem kararının tenfizi, virüs salgınına önlemek için alınan tedbirlere aykırı ise, kamu düzeni bağlamında engellenebilecektir.

Punitive damages'a ilişkin yabancı hakem kararının veya hakemlerce hükmedilen punitive damages miktarının fahiş olmasının kamu düzenine aykırı olup olmadığı konusunda ülkelerin uygulamaları arasında farklılıklar vardır<sup>84</sup>. Türk doktrininde punitive tazminata ilişkin yabancı hakem kararının tenfizinin kamu düzenine aykırı olup olmadığını değerlendirilirken uygulanacak hukukun taraflarca seçilip seçilmediğine ve tenfizi halinde ortaya çıkacak sonuçlara bakılmasının gerektiği ifade edilmiştir<sup>85</sup>. Buna karşın, punitive damages'a hükmeden yabancı hakem kararının kamu düzenine aykırı olduğunu savunanlar da vardır<sup>86</sup>. Bu konu aşağıda ayrı bir başlık altında incelenecektir.

Doktrinde hakim olan görüşe göre, tenfiz devletinin mahkemesince verilmiş ve kesinleşmiş ilamının varlığı halinde yabancı hakem kararı kamu düzeni sebebiyle tenfiz edilmeyecektir<sup>87</sup>. Nitekim Yargıtay da aynı sonuca varmıştır. Bu konu aşağıda ayrı bir başlık altında incelenecektir. Hatta tanınmasına ve tenfizine hükmedilmiş yabancı hakem kararına veya mahkeme kararına aykırı olan yabancı hakem kararlarının da kamu düzenine aykırılık sebebiyle tenfiz edilemeyeceği ifade edilmiştir<sup>88</sup>. Ayrıca bazı ülkelerde tenfiz devletinde derdest bir davanın olması kamu düzeni kapsamında yabancı hakem kararının tenfizine engel olabilmektedir<sup>89</sup>.

Yabancı hakem kararındaki ciddi usuli hatalar<sup>90</sup>; özellikle tahkim yargılaması sırasında temel insan haklarının ihlal edilmesi, yabancı hakem kararının tenfizini engelleyecektir. Tahkim yargılamasında tarafların farklı işlemlere tabi tutulması; taraflara eşit davranılmaması ve karşılıklı olarak dinlenilme haklarının ihlal edilmiş olmasının yabancı hakem kararının tenfizi davasında kamu düzeninin müdahalesi sonucunu doğuracağı ifade edilmiştir<sup>91</sup>. Hukuki dinlenilme hakkının ihlalinin New

83 United Nations Commission on International Trade Law UNCITRAL Secretariat Guide on the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, (n 36) 249; Otto and Elwan, (n 35) 350-361; Haas and Kahlert, (n 72) 1752.

84 Born, (n 40) 3679-3680; Wolff, (n 34) 452.

85 Akıncı, (n 60) 413.

86 Ay, (n 82) 507.

87 Born, (n 40) 3680-3681; Şanlı, Esen and Ataman Figanmeşe, (n 57) 704; Şanlı, (n 57) 518; Akıncı, (n 60) 413; Nomer, (n 59) 570; Tanrıver, (n 63) 481; Şanlı and Esen, (n 38) 239; United Nations Commission on International Trade Law UNCITRAL Secretariat Guide on the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, (n 36) 248.

88 Haas and Kahlert, (n 72) 1752.

89 Hollander, (n 49) 46.

90 Ciddi usuli hata teşkil eden haller için bkz. Born, (n 40) 3683-3687.

91 Wolff, (n 34) 440-441; Tanrıver, (n 63) 485-486; Hollander, (n 49) 44-46.

York Konvansiyonu'nun V(1)(b) maddesinin yanı sıra kamu düzeni kapsamında da tenfize engel olacağı ifade edilmiştir<sup>92</sup>. Ayrıca yabancı hakem kararının sahte ve gerçek dışı belgelere dayanmasının usule ilişkin kamu düzeni kapsamında yabancı hakem kararının tenfizine engel olacağı belirtilmiştir<sup>93</sup>. *Nomer*'e göre, yabancı hakem kararının Türk usul hukukunun temel prensiplerine aykırı olmaması gerekir. Türk usul hukukunun temel prensiplerine aykırı olmadığı sürece Türk usul kurallarından farklı usul kurallarına göre verilen hakem kararının tanınması veya tenfizi kamu düzeni müdahalesi ile karşılaşmayacaktır. Ancak hakemlerce uygulanan usul kurallarının usule ilişkin temel ilkelere uygun olması gerekir<sup>94</sup>. Türk usul hukukunun en önemli usuli güvencelerinden biri olan dinlenme hakkı ve bu bağlamda savunma yapma, delil sunma, duruşmalara katılma, karşı tarafın ibraz ettiği delilleri inceleme, bunları çürütme ve bunlara ilişkin beyanda bulunma esaslarına uyulmamış olması hakem kararını kamu düzenine aykırı hale getirebilir<sup>95</sup>. Bununla beraber karşı tarafın kendi kusur veya eylemleri sebebiyle delillerini sunmaması, duruşmalara katılmaması, temsil edilme ve dinlenme hakkını kullanmaması; yokluğunda karar verilmesini gerektiren hallerin bulunması yabancı hakem kararını usule ilişkin ciddi hataların yapıldığı gerekçesiyle kamu düzenine aykırı hale getirmeyecektir<sup>96</sup>. Uydu Kiralama Sözleşmesi'nden doğan uyuşmazlığa ilişkin ICC hakem kararının Türkiye'de tenfizi davasına mütalaa veren *Şanlı*, taraflarca tahkim usulüne uygulanması kararlaştırılan ICC Tahkim Kuralları ve Fransız Medeni Usul Kanunu uyarınca yürütülen tahkim yargılamasında hakemlerin bilirkişiden rapor alırken<sup>97</sup> ve bu raporları değerlendirirken Türk usul hukukunda yer alan iki bilirkişi raporu arasında çelişki olursa üçüncü bilirkişiye gitme kuralına uyulmamasının kamu düzeni kapsamında değerlendirilemeyeceğini belirtmiştir. *Şanlı*'ya göre, ICC Tahkim yargılamasında tarafların her biri bilirkişi raporu ibraz etmiş; bilirkişiler çapraz sorgulamaya tabi tutulmuştur<sup>98</sup>. Dolayısıyla hakemlerin taraflara eşit davranma ilkesini çiğnemediği ve hakem kararının kamu düzenine aykırılık içermediği sonucuna varmıştır<sup>99</sup>.

Hakemlerin tarafsız ve bağımsız olmamasının, kamu düzeni kapsamında dikkate alınabilecek bir tenfiz engeli olduğu belirtilmiştir<sup>100</sup>. Hakemlerin bağımsız olup

92 Mehmet Akif Gül, 'New York Sözleşmesi Bağlamında Hukukî Dinlenme Hakkının İhlâl', (2017) 7(29) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 361, 367-369.

93 Hollander, (n 49) 44-46.

94 Nomer, Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni Müdahalesi, (n 62) 564.

95 Nomer, Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni Müdahalesi, (n 62) 571-572; Gül, (n 92) 367-369.

96 Wolff, (n 34) 442-443; Nomer, Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni Müdahalesi, (n 62) 572.

97 Tahkimde bilirkişi müessesinin uygulanması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Musa Aygül, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim Usulüne Uygulanacak Hukuk ve Deliller* (2<sup>nd</sup> edn, Oniki Levha 2014), 264 vd.

98 Cemal Şanlı, *Hukukî Mütalaalarım* (1<sup>st</sup> edn, Adalet 2016), Mütalaa No. 59, 572-573.

99 Şanlı, *Hukukî Mütalaalarım*, (n 98) 572-573.

100 Adnan Deyneki, 'Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizinde Karşılaşılan Sorunlar', *Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan*, (2014) 18(Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 105, 121; van den Berg, (n 35) 230-231; Akıncı, (n 60) 407; Balkar Bozkurt, (n 77) 398; Tanrıver, (n 63) 481; Doğa Elçin, *Milletlerarası Ticari Tahkim Hukukunda Sulh* (1<sup>st</sup> edn, Turhan 2019), 235; Otto and Elwan, (n 35) 369; Wolff, (n 34) 437; Haas and Kahlert, (n 72) 1751; Şanlı and Esen, (n 38) 237.

olmadığı değerlendirilirken hiçbir makam, organ veya kişiden emir, tavsiye ve telkin alıp almadıklarına; davanın tarafları ile objektif bir şekilde karar vermeyi engelleyecek ölçüde maddi ve manevi bir bağ içerisinde olup olmadıklarına bakılmasının gerektiği ifade edilmiştir<sup>101</sup>. Gerek mahkemelerce gerekse hakemlerce yapılan yargılamalarda, yargılayanın tarafsız ve bağımsız olması, AİHS ve diğer uluslararası insan hakları metinlerinin yanı sıra anayasalar ile güvence altına alınmış temel usuli ilkelerdendir ve adil yargılamanın olmazsa olmaz koşullarından biridir<sup>102</sup>. Ancak diğer bir görüş, bu hususun tenfiz aşamasından önce ileri sürülmesi kaydıyla kamu düzeni kapsamında yabancı hakem kararının tenfize engel olabileceğini ifade etmiştir<sup>103</sup>. Bu görüşü savunan *Nomer*'e göre, hakemlerin tarafsız ve bağımsız olması kural olarak hâkimlerden beklendiği ölçüde olmakla beraber hâkimlerin tarafsızlığı ve bağımsızlığına nispetle daha esnek<sup>104</sup>. Çünkü tahkimde tarafların hakem tayin etmeleri sebebiyle hakemlerin bağımsızlıklarına etki ettikleri bir gerçektir. Dolayısıyla hakem heyetinin teşkilinde taraflardan birine tanınan üstünlük, üstünlük tanınan tarafın tahkim yargılamasında da üstün tutulması sonucunu doğurur<sup>105</sup>. Hakem heyetinin oluşturulmasında taraflardan birine tanınan üstünlüğün kaynağının ya usule uygulanan kurallar ya da tahkim sözleşmesi olduğunu belirten *Nomer*, her iki halde de hakem heyetinin oluşturulmasında taraflardan birine tanınan üstünlüğün, kamu düzenini bozacağını ve hakem kararının tenfiz edilemeyeceğini ifade etmiştir<sup>106</sup>. Tarafsız yargılama prensibinin ihlaline ilişkin somut olay ve belirtilerin bulunması halinde yabancı hakem kararının tenfizi kamu düzenine aykırılık sebebiyle engellenebilecektir<sup>107</sup>. Örneğin, hakemin veya hakem heyetinin taraflardan sadece birinin taleplerini yerine getirmesi veya davanın esasına yabancı gerekçelerle taraflardan birinin menfaatlerini kayırması, objektif bir bakış açısı ile tarafsızlığın ihlal edilmiş olduğunun somut belirtileridir<sup>108</sup>. Hakemin rüşvet alması hakemin taraflı olması sonucunu doğurur ve dolayısıyla hakem kararının kamu düzenine istinaden tenfizi engeller<sup>109</sup>. Nitekim, ihaleyi kazanmak için İranlı yetkililere ödenen rüşvetin sözleşmenin diğer tarafına ödenmesine ilişkin hakem kararı, Fransız mahkemesince kamu düzenine aykırı bulunmuş ve tenfizi reddedilmiştir<sup>110</sup>. Hakemlerin tarafsız ve bağımsız olma yükümlülüğüne aykırı davranıp davranmadıkları ve davranmışlarsa bunun kamu düzenini ihlal edip etmediği, tenfiz devletinin kamu düzeni esas alınarak belirlenecektir<sup>111</sup>.

101 Tanriver, (n 63) 482-483.

102 Balkar Bozkurt, (n 77) 398; *Nomer*, Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni Müdahalesi, (n 62) 565.

103 *Nomer*, (n 59) 570-571.

104 *Nomer*, Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni Müdahalesi, (n 62) 560-561.

105 *Nomer*, Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni Müdahalesi, (n 62) 561; Elçin, (n 100) 235.

106 *Nomer*, Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni Müdahalesi, (n 62) 562.

107 *Nomer*, Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni Müdahalesi, (n 62) 569.

108 *Nomer*, Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni Müdahalesi, (n 62) 569.

109 Otto and Elwan, (n 35) 372-373.

110 Otto and Elwan, (n 35) 373.

111 Balkar Bozkurt, (n 77) 397.

Yabancı doktrinde de yargılama usulüne ilişkin bazı kuralların ciddi şekilde ihlâli; ahlâk ve adalete ilişkin temel değerlere aykırılık; hakem heyetinin taraflı olması; taraflara eşit muamele yapılmaması; savunma hakkının ihlâli kamu düzenine aykırılık teşkil eden durumlar olarak kabul edilmektedir<sup>112</sup>. Ayrıca tahkim yargılaması esnasında taraflar arasında sulh sözleşmesi yapılmasına rağmen taraflardan birinin tahkim yargılamasına devam ederek elde ettiği hakem kararının tenfizine kamu düzeninin engel olabileceği ifade edilmiştir<sup>113</sup>.

Kurumsal tahkimde, merkez ile hakemler arasındaki ilişkinin hakemlerin tarafsızlığı ve bağımsızlığına ilişkin usuli güvenceleri ortadan kaldırmaması gerekir. Aksi halde hakem kararının kamu düzenine aykırılığı gündeme gelebilecektir<sup>114</sup>. Hatta bu konuda daha da ileri gidilerek, hakemlerin statüsü ve atanmaları itibariyle usuli güvencelerin ihlal edilmesi halinde bu durumun hakem kararına yansıyor yansımadağına bakılmaksızın kamu düzeni sebebiyle yabancı hakem kararının tenfiz edilememesinin gerektiği ifade edilmiştir<sup>115</sup>. Bu bağlamda 1996 İngiliz Tahkim Kanunu'nun 17. maddesi uyarınca üç hakemin kararlaştırıldığı, ancak davalının kendi hakemini atmadığı hallerde davacının atadığı hakeminin tek başına yargılama yaparak verdiği kararın Türk kamu düzenine aykırı olduğu öne sürülmüştür<sup>116</sup>. Buna karşın doktrinde, hakem veya hakemlerin bağımsızlığının verdikleri kararda etkili olduğu ölçüde dikkate alınabileceği ifade edilmiştir<sup>117</sup>. Bu görüşe göre, kamu düzeninin ihlali hakem kararının içeriği bakımından hakem veya hakemlerin bağımlılıkları ve taraflılıklarının izlerini taşıması halinde söz konusu olacaktır<sup>118</sup>. Yabancı hakem kararlarının tenfizinde hakemlerin tarafsız ve bağımsız olmadıkları gerekçesiyle tenfiz talebinin reddedilmesine nadir olarak rastlanmaktadır<sup>119</sup>. Yargıtay'ın bu konuya değinen kararlarına daha sonra yer verilecektir.

Hakem kararında keyfilik hakim ise hakem kararının kamu düzenine aykırı olacağı ifade edilmiştir<sup>120</sup>. Hakem kararının hiç gerekçe taşıyamamasının keyfilik anlamına

112 Andrew Tweeaddle and Keren Tweeaddle, *Arbitration of Commercial Disputes, International and English Law and Practice* (1<sup>st</sup> edn, Oxford 2005), §13.43-13.55, 425-429; Christoph Müller, *International Arbitration A Guide to the Complete Swiss Case Law Unreported and Reported* (1<sup>st</sup> edn, Schulthess 2004), 257-262; Vesselina Shaleva, 'The Public Policy Exception to the Recognition and Enforcement of Arbitral Awards in the Theory and Jurisprudence of the Central and East European States and Russia', (2003) 19(1) *Arbitration International*, 67, 72-73.

113 Otto and Elwan, (n 35) 391-392.

114 Şanlı, Esen and Ataman Figanmeşe, (n 57) 705; Şanlı, (n 57) 518.

115 Şanlı, Esen and Ataman Figanmeşe, (n 57) 706; Şanlı, (n 57) 520-521. Nitekim AIHM, *Ali Rıza ve Diğerleri v. Türkiye* davasında verdiği 28.1.2020 tarihli kararında TFF Tahkim Kurulu'nun gerek yapısı gerekse oluşumu itibariyle hem tarafsızlık ve bağımsızlık hem de adil yargılanma açısından kriterleri sağlamadığına karar vermiştir. AIHM, 28.1.2020 tarihli kararında TFF Tahkim Kurulu kararına yansıyan bir husus olup olmadığını dikkate almamıştır. Kararın özeti için bkz. Nuray Ekşi, 'AIHM'in *Ali Rıza ve Diğerleri v. Türkiye* Davasında Verdiği 28 Ocak 2020 Tarihli Kararın Özeti', (2020) II(2) *İstanbul Spor Hukuku Dergisi*, 215-230.

116 Şanlı, Esen and Ataman Figanmeşe, (n 57) 706; Şanlı, (n 57) 521-522.

117 Ergin Nomer, 'Yabancı Hakem Kararının Tenfizinde Hakem Mahkemesinin Bağımsızlığı', (1984) 4(1) *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 29, 31.

118 Nomer, *Yabancı Hakem Kararının Tenfizinde Hakem Mahkemesinin Bağımsızlığı*, (n 117) 31.

119 Balkar Bozkurt, (n 77) 398; Didem Kayalı, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı* (1<sup>st</sup> edn, Seçkin 2015), 174.

120 Nomer, (n 59) 572; Tanrıver, (n 63) 481; Elçin, (n 100) 236.



gelebileceği; ancak hukuki gerekçe olmamakla beraber maddi vakıalar açıklanmış ise keyfilikten ve dolayısıyla kamu düzenine aykırılıktan söz edilemeyeceği ifade edilmiştir<sup>121</sup>. Diğer bir görüşe göre, hakem kararında gerekçe olmaması hakemlerin keyfi davrandığını göstermez<sup>122</sup>. Buna karşın kendi içinde çelişkili ve tutarsız olan hakem kararı, hakemlerin keyfi davrandığına emare teşkil edebilir<sup>123</sup>. Taraflar arasındaki sulhu tespit eden hakem kararının gerekçesiz olmasının, bu kararın tenfizi aşamasında kamu düzenine aykırı olarak nitelendirilmeyeceği; zaten hakemlerin uyuşmazlığın esasına ilişkin bir işlem yapmaması sebebiyle sulhu tespit eden hakem kararının gerekçesiz olmasının kamu düzenine dayanan bir tenfiz engeli sayılmayacağı ifade edilmiştir<sup>124</sup>.

*Kalpsüz*, tahkim süresi geçtikten sonra verilen hakem kararının kamu düzenine aykırı olması sebebiyle tenfiz edilemeyeceği görüşündedir<sup>125</sup>.

Hakem kararına karşı kanun yollarına başvurmadan feragata; hakem kararı verilirken unutulmuş hususların taraflarca belirli bir süre içerisinde başvurulması halinde tamamlattırılmasına; hakemlerin kendi ücretlerini kendilerinin belirleyeceğini kabul eden hükümler içeren usul kurallarına tabi olarak verilen yabancı hakem kararlarının kamu düzenine aykırı olmaları sebebiyle Türkiye’de tenfiz edilemeyecekleri ifade edilmiştir<sup>126</sup>.

Sulh üzerine verilen yabancı hakem kararlarının tenfizinde kamu düzenine aykırılık itirazıyla karşılaşılması ihtimalinin fazla olduğu ifade edilmiştir<sup>127</sup>. Bu görüşe göre, taraflardan biri sulh sözleşmesinin hakem kararı olarak kayda alınmasını istemesine rağmen diğerinin bu yönde iradesinin olmaması taraflardan birine üstünlük sağlanması sonucunu doğuracak; bu şekilde oluşan hakem kararının kamu düzenine aykırı olması sebebiyle tenfizi mümkün olmayacaktır<sup>128</sup>.

Hakem kararının hile ile elde edilmesi, kamu düzeni kapsamında yabancı hakem kararının tenfizini engelleyecek bir durum olarak kabul edilmektedir<sup>129</sup>. Bazı hallerde esas sözleşme hile ile yapılmış olabilir. Tahkim yargılamasında gündeme getirilen ve hakemlerce reddedilen bu hususun tenfize engel olmayacağı; hilenin tenfize engel olabilmesi için, hakem kararına yansımış olmasının gerektiği ifade edilmiştir<sup>130</sup>.

121 Ziya Akıncı, ‘Gerekçesiz Hakem Kararları Türkiye’de Tenfiz Edilebilir mi?’, (1996) 70(1-3) İstanbul Barosu Dergisi, 82, 83 vd; Şanlı, (n 57) 515 dn. 653.

122 Nomer, (n 59) 572.

123 Nomer, (n 59) 572.

124 Elçin, (n 100) 236.

125 Turgut Kalpsüz, *Türkiye’de Milletlerarası Tahkim*, (2<sup>nd</sup> edn, Yetkin 2010), 229.

126 Tanrıver, (n 63) 488-490.

127 Elçin, (n 100) 235-236.

128 Elçin, (n 100) 235-236.

129 Otto and Elwan, (n 35 374; Haas and Kahlert, (n 72) 1753.

130 Otto and Elwan, (n 35) 375.

Kanaatimizce, kara parayı aklamak için bir senaryo olarak başlatılan tahkim yargılaması sonucunda verilen hakem kararı Türk kamu düzenine aykırıdır ve bu nedenle söz konusu yabancı hakem kararı Türkiye’de tenfiz edilemez. Ayrıca iflas masasından mal kaçırmak için senarize edilen tahkim yargılamaları sonucunda verilen yabancı hakem kararlarının tenfizi de Türk kamu düzenine aykırıdır. Nitekim İsveç mahkemesi, iflas masasından mal kaçırmak için planlanan tahkim yargılaması sonucunda verilen hakem kararının tenfizini talebini kamu düzenine aykırı bularak reddetmiştir<sup>131</sup>.

## V. Mahkeme Kararlarında Yabancı Hakem Kararlarının Tenfiz Engeli Olarak Kamu Düzeni

### A. Yabancı Hakem Kararlarının Tenfiz Engeli Olarak Kamu Düzeninin Yargıtay Tarafından Çerçevesinin Çizilmesi Teşebbüsleri

Gerek MÖHUK’un 62(1)(b) maddesi gerekse New York Konvansiyonu’nun V(2) (b) maddesi uyarınca yabancı hakem kararının kamu düzenine aykırı olması halinde bu husus mahkeme tarafından resen dikkate alınacak ve tenfiz talebi reddedilecektir. Bir yabancı hakem kararının ne zaman kamu düzenini ihlâl etmiş sayılacağı her somut olayın özelliklerine göre değerlendirilecektir. Yargıtay muhtelif içtihatlarında, yabancı hakem kararlarının kamu düzenine aykırı olup olmadığını değerlendirirken kamu düzeninin çerçevesini çizmeye çalışmıştır. Nitekim Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu’nun 10.2.2012 tarihli kararında<sup>132</sup> kamu düzeni kavramı şöyle tanımlanmıştır:

“[...] Kamu düzeni, niteliği gereği zamana, yere göre değişen, içeriğinin tespiti zor, her somut olaya göre değişiklik gösteren bir kavramdır. İlmi açıklamalara ve yargısal kararlara rağmen gelişen hukuk sistemlerinde bile tanımı olmamasına rağmen ‘toplumun temel yapısını ve çıkarlarını koruyan kuralların bütünü’ olarak tanım yapılabilir. Kamu düzeni kavramının müdahale alanı son derece geniş ve yoruma müsaittir. Hükmün gerekçesiz oluşundan dolayı kamu düzeni kavramından hareket ederek, yabancı ilamın verilmesinde işlenen usulün, uygulanan hukukun, ilamın icrasının meydana getireceği sonuçların incelenmesi suretiyle, bir kararın kamu düzenine aykırı bulunarak tenfizi mümkün olmayacaktır demek çok ağır bir neticeyi yaratmak olacaktır. Türk kamu düzeninin ihlalinin gerektirecek haller çoğunlukla emredici bir hükmün açıkça ihlali halinde düşünülecektir. Fakat her emredici hükmün ihlali halinde veya her emredici hükmü ihlal eden bir yabancı kararın Türk kamu düzenine aykırı bulunduğunu söylemek olanaklı değildir. O halde, iç hukuktaki kamu düzeninin çerçevesi, Türk hukukunun temel değerlerine, Türk genel adap ve ahlak anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı genel siyasete, Anayasa’da yer alan temel hak ve özgürlüklere, milletlerarası alanda geçerli ortak prensip ve özel hukuka ait iyiniyet prensibine dayanan kurallara, medeni toplulukların müştereken benimsedikleri ahlak

131 Otto and Elwan, (n 35) 374. Ancak bazı mahkemeler, bu hususu tenfiz engeli olarak kabul etmemektedir. Konuya ilişkin muhtelif mahkeme kararları için bkz. Otto and Elwan, (n 35) 378-380

132 Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu E. 2010/1, K. 2012/1, T. 10.02.2012.

ilkeleri ve adalet anlayışının ifadesi olan hukuk prensiplerine, toplumun medeniyet seviyesine, siyasi ve ekonomik rejimine, insan hak ve özgürlüklerine aykırılık şeklinde çizilebilir. İç hukukta kamu düzeninin, tarafların uymak zorunda oldukları, kamu hukukundan ve özel hukuktan doğan ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri kurallar olarak anlaşılması gerekir”.

Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, yabancı hakem kararının tenfizine ilişkin 12.5.2014 tarihli kararında<sup>133</sup> doktrindeki tanımları, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu’nun 10.02.2012 tarihli kararını ve konuya ilişkin diğer içtihatları dikkate alarak kamu düzenini şu şekilde yorumlamıştır:

“[...] Bir kuralın kamu düzeni ile ilgisi, ülkenin sosyal, ekonomik, kültürel ve tarihsel gerçeklerine göre belirlenmelidir. Diğer bir deyimle, sözü edilen gerçekler kuralın vazgeçilmezliğini; toplumsal yararını ve hukuk düzeninin korunmasına yönelik amacını ortaya koyuyorsa, kuralın kamu düzeni ile ilgisi kabul edilmelidir. Bilimsel içtihatlarda kamu düzeninin zamana ve mekâna göre değişiklik gösterdiği kabul edilmekte devletlerin vazgeçemeyeceği temel ilkelerde kamu düzenine ilişkin olarak değerlendirme yapıldığı anlaşılmaktadır. Özel hukukta kamu nitelikli kurallar genellikle aile, miras ve eşya hukukunda yer almakta ayrıca, gümrük kanunları, vergiye ilişkin mevzuat, nesebe ilişkin mevzuat vb. Türk hukuku açısından kamu düzeninden sayıldığından devletin müdahalesine açık olarak değerlendirilmektedir. Tüm bu açıklamaları Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu’nun 10.02.2012 tarih ve 2010/1 Esas, 2012/1 Karar sayılı ilâmı ile birlikte değerlendirmek doğru olacaktır. Sözü edilen ilâmda belirtildiği üzere; yabancı mahkeme ya da hakem kararının tenfizine karar verilirken yabancı kararın Türkiye’de icra edilmesi halinde meydana gelecek sonuçların Türk kamu düzenini ihlal edip etmeyeceğinin araştırılması gerekir. Hükmün tenfizi neticesinde ortaya çıkan hukuki sonuçların kamu düzenine aykırı olması halinde yabancı mahkeme kararının tenfiz edilmemesi gerekecektir. Esasa uygulanan hukukun Türk hukukundan farklı olması ya da Türk hukukunun emredici kurallarına aykırı olması gibi nedenlerle yabancı kararın tenfizi reddedilemez. Burada esas alınması gereken kıstas; yabancı ilâmın Türk hukukunda bir veya birden çok kanun hükümlerine aykırı olmasından çok, Türk hukukunun temel değerlerine, Türk genel ahlâk ve adap anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına ve hukuk siyasetine, Anayasa’da yer alan temel hak ve özgürlüklere, milletlerarası alanda geçerli ortak kabul görmüş hukuk prensiplerine, ikili anlaşmalara, gelişmiş toplumların ortak benimsedikleri ahlâk ve adalet anlayışına, medeniyet seviyesine, siyasi ve ekonomik rejimine bakmak olmalıdır”.

Kamu düzeninin tanımının yapılamaması ve çerçevesinin tam olarak çizilememesine ilişkin yaklaşımı istinaf mahkemesi kararlarında da görmek mümkündür. Nitekim İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 14. Hukuk Dairesi 30.1.2020 tarihli kararında<sup>134</sup> Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu’nun 10.02.2012 tarihli kararına da atıfta bulunarak aşağıdaki değerlendirmeyi yapmıştır:

“[...] İlmi açıklamalara ve yargısal kararlara rağmen gelişen hukuk sistemlerinde bile tanım olmamasına rağmen ‘toplumun temel yapısını ve çıkarlarını koruyan kuralların bütünü’ olarak tanım yapılabilir. Kamu düzeni kavramının müdahale alanı son derece geniş ve yoruma

133 15. HD, E. 2014/2183, K. 2014/3226, T. 12.5.2014.

134 İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 14. Hukuk Dairesi, E. 2019/2100 K. 2020/74 T. 30.1.2020.

müsaittir. Hükmün gerekçesiz oluşundan dolayı kamu düzeni kavramından hareket ederek, yabancı ilamın verilmesinde işlenen usulün, uygulanan hukukun, ilamın icrasının meydana getireceği sonuçların incelenmesi suretiyle, bir kararın kamu düzenine aykırı bulunarak tenfizi mümkün olmayacaktır demek çok ağır bir neticeyi yaratmak olacaktır. Türk kamu düzeninin ihlalini gerektirecek haller çoğunlukla emredici bir hükmün açıkça ihlali halinde düşünülecektir. Fakat her emredici hükmün ihlali halinde veya her emredici hükmü ihlal eden bir yabancı kararın Türk kamu düzenine aykırı bulunduğunu söylemek olanaklı değildir. O halde, iç hukuktaki kamu düzeninin çerçevesi, Türk hukukunun temel değerlerine, Türk genel adap ve ahlak anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı genel siyasete, Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklere, milletlerarası alanda geçerli ortak prensip ve özel hukuka ait iyiniyet prensibine dayanan kurallara, medeni toplulukların müştereken benimsedikleri ahlak ilkeleri ve adalet anlayışının ifadesi olan hukuk prensiplerine, toplumun medeniyet seviyesine, siyasi ve ekonomik rejimine, insan hak ve özgürlüklerine aykırılık şeklinde çizilebilir”.

İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 14. Hukuk Dairesi 30.1.2020 tarihli kararında Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu’nun 10.02.2012 tarihli kararından aynen alıntı yaparak kamu düzeninin çerçevesini çizmeye çalışmıştır. Yargıtay ve İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi kararlarından da anlaşılacağı üzere kamu düzeninin çerçevesinin çizilmesi çabaları aslında sonuç vermemekte; kamu düzeninin kapsamına dahil olabilecek hususlar bir hayli ayrıntılı olarak belirlenmektedir.

## **B. Türk Mahkemelerinin Yabancı Hakem Kararlarının Tenfiz Engeli Olarak Kamu Düzenini Geniş Uyguladıkları Dönem**

Yabancı hakem kararlarının tanınması veya tenfizinin kamu düzeni sebebiyle engellenmesi mukayeseli hukukta genel kabul görmüş bir esastır. Kamu düzeninin nadiren yabancı hakem kararlarının tenfizini engellemesinin gerektiği ifade edilmiştir<sup>135</sup>. Ancak kamu düzeninin kapsamının ve çerçevesinin çizilmesi kolay değildir. Bazı devletlerin mahkemeleri kamu düzenini dar yorumlarken bazı devletlerin mahkemeleri geniş olarak yorumlayabilmektedirler. Bazı devletlerin mahkemeleri kamu düzeni kavramını geniş yorumlayarak New York Konvansiyonu’nda yer almayan tenfiz engelleri oluşturmaktadırlar. *Born*, Suriye mahkemesinin 1990 yılında verdiği bir kararında, tahkime başvurunun yetkili devlet kurumu tarafından onaylanmaması sebebiyle hakem kararının kamu düzenine aykırı olduğuna karar verildiğini belirterek bu kararı eleştirmiştir<sup>136</sup>. *Born*, Endonezya mahkemesinin 2002 yılında verdiği kararında İsviçre’de verilen hakem kararının Endonezya’daki ekonomik sorunları artırması ve Endonezya Devlet Başkanı kararına aykırı olması sebebiyle kamu düzeni gerekçesiyle hakem kararının tenfizini reddetmesinin; Çin ve Rus mahkemelerinin, Çinli ve Rus şirketleri aleyhine verilen hakem kararlarının tenfizini ulusal ekonomik menfaatlere aykırı bularak engellemesinin New York Konvansiyonu’na açıkça aykırılık

<sup>135</sup> Albert Jan van den Berg, ‘New York Convention of 1958: Refusals of Enforcement’ (2007) 18(2) ICC International Court of Arbitration Bulletin, 1, 18.

<sup>136</sup> *Born*, (n 40) 3717.

teşkil ettiğini; oysa söz konusu gerekçelerin kamu düzeni sebebiyle yabancı hakem kararlarının tenfizine engel teşkil edemeyeceğini ifade etmiştir<sup>137</sup>. Bu örneklerden anlaşılacağı üzere mahkemeler, yabancı hakem kararlarının tenfizinde kamu düzenini amacı dışında kullanabilmektedir. Yargıtay'ın eski kararlarında bu yönde sergilediği tutum, Türkiye sınırlarını aşarak yabancı literatürde de yankılarını bulmuştur.

Kamu düzeninin ihlali, yabancı hakem kararlarının tenfizini engellemek için her zaman bir silah olarak kullanılmış ve kullanılmaya da devam edilecektir<sup>138</sup>. Aşağıda değinileceği üzere Türk doktrininde ve yabancı doktrinde, Yargıtay'ın eski kararları dikkate alınarak Türk mahkemelerinin bu silahı amacı dışında kullandığı ifade edilmiştir. Yargıtay, özellikle 2000'li yıllara kadar verdiği kararlarında yabancı hakem kararlarının tanınması veya tenfizini engellemede kamu düzenini bir kılıf olarak kullandığı eleştirilerine maruz kalmıştır. Hiç şüphesiz bu tarihe kadar olan süreçte verilen Yargıtay kararlarını değerlendirirken Türk mahkemelerinin tahkim konusundaki tecrübesizliklerini de dikkate almak gerekir. Gerçekten de Yargıtay, önceleri kamu düzenini geniş yorumlamakta ve aslında kamu düzenine girmeyen hususları bile kamu düzeninden sayarak yabancı hakem kararlarının tenfizini reddetmekteydi. Daha önce ifade edildiği üzere hakemlerin tarafsız ve bağımsız olmamaları kamu düzenine aykırılığın tipik örneğini oluşturmaktadır. Ancak bazen hakemlerin tarafsız veya bağımsız olmadıklarını ortaya koymak da kolay değildir. Türk doktrin ve Yargıtay kararlarında hakemlerin bağımsızlığından şüphe edilen bir husus olarak ICC tahkiminde verilen hakem kararının ICC Milletlerarası Tahkim Mahkemesi tarafından gözden geçirilmesi üzerinde durulmaktaydı. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 10.3.1976 tarihli Keban Barajı kararında<sup>139</sup> hakem kararının ICC Tahkim Divanına tevdi ve tasdik ettirilmesini kamu düzenine aykırı bulmuştur. Karar, 1976 yılında verilmiştir. Bu kararın verildiği tarihte henüz MÖHUK yürürlüğe girmemişti ve Türkiye New York Konvansiyonunu onaylamamıştı. Bununla beraber 1949-1982 yılları arasında yani 2675 sayılı MÖHUK yürürlüğünden önce yabancı hakem kararlarının tenfizine mülga HUMK'da yer alan yabancı mahkeme kararlarının tenfizine ilişkin hükümler kıyasen uygulanıyordu. 2675 sayılı MÖHUK'dan önceki dönemde, yabancı mahkemelerden verilen ilamların tenfizi HUMK'un 537-545. maddeleri arasında düzenlenmişti. Bu maddeler 2675 sayılı MÖHUK'un 46. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştı. HUMK'un söz konusu hükümlerinde yabancı kararların tenfizinde aranılan şartlardan biri de HUMK'un 540. maddesinin (3). bendi uyarınca hakem kararının kamu düzenine aykırı olmamasıydı. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 10.3.1976 tarihli kararında, ICC hakem kararının kamu düzenine aykırı olup olmadığının araştırılmasının yasal dayanağını mülga HUMK'un 540. maddesinin (3). bendi oluşturmaktaydı<sup>140</sup>.

137 Born, (n 40) 3717.

138 Ekşi, Yargıtay Kararlarında Yabancı Hakem Kararlarının New York Konvansiyonuna Göre Tenfizine İlişkin Bazı Sorunlar, (n 6) 120.

139 15. HD, E. 1617, K. 1052, T. 10.3.1976: (1977) (202) İlmî ve Kazai İçtihatlar Dergisi, 5671.

140 Ekşi, Yargıtay Kararları Işığında ICC Hakem Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi, (n 1) 61-62.

Yargıtay'ın bu uygulaması doktrinde de destek bulmuştur. Nitekim *Kuru*, ICC hakem kararlarının ICC Tahkim divanın tarafından gözden geçirilmesini hakemlerin bağımsızlığı ilkesine ve dolayısıyla kamu düzenine aykırı olduğunu ifade etmiştir<sup>141</sup>. Ancak doktrinde Yargıtay'ın Keban Barajı kararına karşı eleştiriler de yapılmıştır. Yapılan kontrolün hakem kararının şekline ilişkin olduğu; hakemlerin karar özgürlüğüne dokunulmadığı için Türk kamu düzenine aykırılıktan söz edilemeyeceğini ifade edilmiştir<sup>142</sup>. ICC Tahkim Kurallarına göre, hakem kararı, imzalanmadan önce, hakem heyeti tarafından ICC Milletlerarası Tahkim Mahkemesine (ICC International Court of Arbitration) sunulmaktadır. ICC Milletlerarası Tahkim Mahkemesi, hakem kararının şekline ilişkin düzeltmeler yapabilir. Ancak bu düzeltmeler esnasında hakem kararının esasına dokunulamaz. Bununla beraber, ICC Milletlerarası Tahkim Mahkemesi, hakem heyetinin dikkatini esasa yönelik noktalara çekebilir. ICC Milletlerarası Tahkim Mahkemesi tarafından hakem kararı, şekil açısından onaylanmadan önce hakem kararı taraflara gönderilemez<sup>143</sup>.

Yargıtay'ın Keban Barajı kararı yurt dışında da yankı yapmış; kararın ardından yabancı doktrinde Türk mahkemelerinin ICC hakem kararının tenfizinde kamu düzenini kötüye kullandığı ifade edilmiştir. Yargıtay'ın Keban Barajı kararındaki tutumunu eleştiren *Koch*, ICC divanı ve sekreteryanın hakem kararı sürecine katılmadığını, divan ve sekreteryanın nihai olarak ortaya çıkan kararı sadece şekil açısından denetlediğini, hakem kararının içerik yönünden değiştirilmesinin talep edilemeyeceğini veya esasa yönelik uyarıda bulunulamayacağını; divanın, hakemlerin yerine geçemeyeceğini, kararın hakemlere ait olduğunu ve bu sebeple hakem kararının divan tarafından tasdik edilmesinin kamu düzeni ile ilgisi olmadığını ifade etmiştir<sup>144</sup>. *Kerr*, dışardan bakan birine göre Türk mahkemelerince kamu düzenine ilişkin uygulamanın adil olmadığını söylenebileceği görüşündedir<sup>145</sup>. *Kerr*, alaycı bir üslupla Yargıtay'ın kamu düzenine dayanmasını “remarkable conclusion” (muhteşem sonuç) olarak değerlendirmiştir<sup>146</sup>. Türk mahkemelerinin bu tutumunun sadece ICC’de değil Türkiye’de iş yapan, Türk ortağı olan yabancılar, Türkiye ile bir tahkim anlaşması olan herkes için endişe doğurduğu ifade edilmiştir. 1976 yılında verilen çok eski bir karar olmasına ve New York Konvansiyonu’nun Türkiye açısından yürürlüğe girmesinden önce verilmesine rağmen Keban Barajı kararı Türk mahkemelerinin önyargılı davranacakları ve kamu düzenini geniş yorumlayacakları yönündeki tereddütlerin devam etmesine sebep olmuştur<sup>147</sup>.

141 Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C. VI, (6<sup>th</sup> edn, Demir 2001), 6203.

142 Aysel Çelikel and Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk* (15<sup>th</sup> edn, Beta 2017), 800-801; Nomer, Hakem Kararının Kamu Düzenine Aykırılığı ve Tahkim Anlaşmasının Geçerliliği, (n 55) 129-130; Nomer, Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Hakem Mahkemesinin Bağımsızlığı, (n 117) 29 vd.; Ziya Akıncı, *Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi* (1<sup>st</sup> edn, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye Yayınları 1994), 166-167.

143 Ekşi, Yargıtay Kararları Işığında ICC Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi, (n 1) 57.

144 Christopher Koch, ‘Hakem Kararlarının Tenfizi Hakkında 1958 Tarihli New York Sözleşmesi, Uluslararası Ticari Tahkim Konusundaki Son Gelişmeler Semineri’ (1<sup>st</sup> edn, İTO Yayını No: 1996-15), 31, 38.

145 Michael Kerr, ‘Concord and Conflict in International Arbitration’, (1997)13(1) *Arbitration International*, 121, 140-141.

146 Kerr, (n 145)139-140.

147 Koch, (n 144) 42.

Ancak Yargıtay daha sonra bu görüşünü değiştirmiş ve ICC tahkim kuralları uyarınca hakem kararının sekreteryaya ve Milletlerarası Tahkim Mahkemesi'ne tevdi edilerek onaylatılmasının hakemlerin bağımsızlığı ve dolayısıyla kamu düzenine aykırı olmadığı sonucuna varmıştır<sup>148</sup>.

Türk Yargıtay'ının kamu düzenine ilişkin aynı dar yaklaşımı, ICC hakem kararının tenfizi talebini 1995 yılında reddeden Ankara 4. Asliye Ticaret Mahkemesi tarafından verilen kararı onaylayarak<sup>149</sup> sergilediği belirtilmiştir. Karara konu olan olayda, tahkim yeri olarak taraflarca Zürih kararlaştırılmıştı; taraflar arasındaki tahkim sözleşmesine göre hakemler kararını sözleşmedeki şartlara ve yürürlükteki Türk kanunlarına göre verecekti. Hakemler, “yürürlükteki Türk kanunları” ifadesini sadece uyumsuzluğun esasına uygulanacak olan maddi hukuk kuralları olarak yorumladılar ve usule tahkim yeri hukuku olan Zürih kantonu usul hukukunu uyguladılar. Fakat tenfiz davasında Ankara 4. Asliye Ticaret mahkemesi ve bu kararı onaylayan Yargıtay 15. Hukuk Dairesi yürürlükteki Türk kanunları ifadesinin hem usule hem de esasa uygulanacak hukuku kapsadığını; hakemlerin tarafların anlaşmasının aksine Zürih kantonu usul hukukunu uygulamalarının Türk kamu düzenine aykırı olduğu sonucuna vardılar<sup>150</sup>. *Kerr*, Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 1.2.1996 tarihli kararının Türk mahkemelerinin yabancı hakem kararlarına karşı olan önyargısını yansıttığını ve kamu düzeni müessesini kötüye kullandıklarını gösterdiğini ifade etmiştir<sup>151</sup>. *Born* da Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 1.2.1996 tarihli kararını eleştirmiş ve söz konusu kararın hatalı olduğunu belirtmiştir<sup>152</sup>.

Buna karşın Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 25.12.1997 tarihli kararında, sözleşmede yer alan “yürürlükteki Türk kanunları ifadesinin yalnızca maddi hukuk kurallarını kapsadığı sonucuna varan ICC hakem kararının kamu düzeni kapsamında değerlendirilmesine gerek olmadığı; zaten bu konuda New York Konvansiyonu'nun V(1)(d) maddesi kapsamında inceleme yapılacağı sonucuna varılmıştır. Soma Termik Santrali'nin yapımından doğan uyumsuzlukla ilgili olarak ICC hakem heyeti tarafından Zürih'te verilen hakem kararının tenfizine ilişkin davayı kabul eden Ankara 7. Asliye Ticaret Mahkemesince verilen karar, Yargıtay 15. Hukuk Dairesi tarafından bozulmuştur. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 25.12.1997 tarihli kararında<sup>153</sup>, taraflar arasındaki termik santral yapım sözleşmesinin 35. maddesinin üçüncü paragrafında hakem heyetinin kararlarında yürürlükteki Türk kanunlarını esas

148 Örneğin bkz. 15. HD, E. 2383, K. 3667, T. 10.7.1991: Erol Ertekin and İzzet Karataş, *Uygulamada İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Tanınması* (1<sup>st</sup> edn, Yetkin 1997), 533-534.

149 Kararın İngilizce metni için bkz. Court of Cassation, 15<sup>th</sup> Civil Chamber, 1 February 1996, no. 1996/627: (1997) XXII Yearbook Commercial Arbitration, 809-810.

150 Kerr, (n 145) 139-140.

151 Kerr, (n 145) 139.

152 Born, (n 40) 3717.

153 15. HD, E. 1997/4213, K. 1997/5603, T. 25.12.1997: Nuray Ekşi, *Milletlerarası Nitelikli Davalara İlişkin Mahkeme Kararları*, (1<sup>st</sup> edn, Beta 2007), 457-460.

alacağıın kararlaştırıldığını; “yürürlükteki Türk kanunları” ibaresinin usul kanunlarını da kapsayacak şekilde geniş yorumlanması gerektiğini; usule uygulanacak hukuk kuralları sözleşmede belirlendiği halde, hakem heyetinin bu belirlemenin sadece maddi hukuk kurallarını içerdiği ve usule ilişkin kurallar bakımından taraflarca bir düzenleme yapılmadığından bahisle usule uygulanacak kuralların Türk usul kanunları dışında belirlenmesi ve hakemlik prosedürüne aykırı olarak İsviçre usul kanunu hükümlerinin uygulanmasının New York Konvansiyonu’nun V(1)(d) maddesine aykırı olduğunu belirterek yabancı hakem kararının New York Konvansiyonu’nun V(1)(d) maddesi uyarınca tenfiz isteminin reddini gerektiren bu durumun ayrıca kamu düzeni kapsamında incelenmesine gerek olmadığı sonucuna varmıştır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 15. Hukuk Dairesi’nin hükmünü 5.5.1999 tarihli kararıyla onaylamıştır<sup>154</sup>. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 5.5.1999 tarihli kararını eleştiren Şanlı, Yargıtay’ın tarafların “Türk hukuku uygulanacaktır ibaresini” Türk usul hukukunu da kapsar şekilde yorumlamasının yanlış olduğunu; usul hukuku seçimin açıkça yapılması gerektiğini ifade etmiştir<sup>155</sup>.

Şanlı, eski bir makalesinde, Yargıtay’ın kamu düzeni kıstasını, milletlerarası anlaşmaların amacına ve uluslararası uygulamaya aykırı biçimde yabancı hakem kararlarının tenfizini engelleyecek şekilde kullandığını ifade etmişti<sup>156</sup>. Karara konu olan olayda, Türk ve Amerikan şirketleri Türkiye’de bir otoyolun yapımı konusunda %50 eşit ortaklık payına dayanan bir joint venture oluşturmuşlardı. Joint Venture’in Türk tarafı teşviklerden yararlanacak ancak yararlandığı teşviklerin %50’si Amerikalı ortağa devredilecekti. Bu esasa göre gerçekleştirilen beş yıllık uygulamadan sonra Türk tarafı, Türk hukukunda teşviklerden yararlanma hakkının münhasıran Türk şirketlerine ait olduğunu söyleyerek teşviklerden artık sadece kendisinin yararlanacağını ve geçmiş yıllarda Amerikalı şirket lehine oluşturulan yararlanmanın da Türk şirketine devri konusunda bir karar almıştı. Amerikalı şirket bu kararla joint venture sözleşmesinin ihlal edildiğini iddia ederek ICC tahkimine başvurmuştu. Zürih’te ICC tahkim kurallarına göre verilen hakem kararında, Türk hukukuna göre teşviklerden yararlanma hakkı münhasıran Türk şirketlerinin olsa bile somut olayda teşvik belgesi devredilmemiş, sadece Türk şirketi tarafından kullanılan teşvik belgesindeki menfaatlerin joint venture sözleşmesi ile bölüşümü söz konusu olduğundan Türk şirketinin bu kararı sözleşmenin ihlali olarak kabul etmiştir. Söz konusu hakem kararının tanınması ve tenfizi davasında, Yargıtay, New York Konvansiyonu’nun V(2) (b) maddesi uyarınca hakem kararının kamu düzenine aykırı olduğuna hükmetmiştir. Yargıtay, hakem kararının dolaylı olarak yabancı şirketlerin Türk mevzuatındaki teşviklerden yararlanması sonucunu doğurduğunu, oysa yabancı şirketlerin hiçbir

154 HGK, E. 1999/15-235, K. 1999/273, T. 5.5.1999: Ekşi, *Milletlerarası Nitelikli Davalara İlişkin Mahkeme Kararları*, (n 153) 470-476.

155 Cemal Şanlı, ‘Türkiye’de Yargıtay Kararlarına Göre Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi’, *Prof. Dr. Yılmaz Altuğ’a Armağan*, (1997-1998) 17-18(1-2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 393, 406-407.

156 Şanlı, Türkiye’de Yargıtay Kararlarına Göre Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, (n 155) 405-406.



şekilde teşviklerden yararlanmasının mümkün olmadığını, bu ilkeyi dikkate almayan hakem kararının kamu düzenine aykırı olduğunu belirterek tenfizi talebini reddetmiştir. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 5.2.1997 tarihli kararını<sup>157</sup> eleştiren Şanlı, Yargıtay'ın bu kararında kamu düzenini amacı dışında yorumladığını ve dolaylı da olsa yabancı şirketlerin Türk hukukunda öngörülen teşviklerden yararlanmasının yasak olduğunu; bu ilkeyi dikkate almayan yabancı hakem kararının kamu düzenine aykırı olduğu gerekçesiyle tenfizinin reddedilmesinin doğru olmadığını ifade etmiştir<sup>158</sup>. Zürich'te verilen ICC hakem kararında, her ne kadar Türk hukukunda teşviklerden münhasıran Türk şirketleri yararlanma hakkına sahip olsa da somut olayda Türk şirketi tarafından kullanılan teşvik belgesi ile sağlanan ekonomik menfaatlerin bir özel hukuk sözleşmesi ile yabancı ortağıyla bölüşmesinin söz konusunu olduğu; Türk hukukunda Türk şirketinin teşvikleri aldıktan sonra bunları yabancı ortağı ile bölüştürmesini yasaklayan bir hükmün bulunmadığı belirtilerek Türk şirketinin sözleşme ile taahhüt ettiği teşviklerin yarısını yabancı ortağa vermesi gerektiği sonucuna varılmıştır<sup>159</sup>. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 5.2.1997 tarihli kararına göre, Türk teşvik mevzuatına aykırı olan yabancı hakem kararı kamu düzenine aykırıdır.

### **C. Tenfiz Aleyhtarı Kamu Düzeni Anlayışından Liberal Kamu Düzeni Anlayışına Geçiş**

Yabancı hakem kararlarının tenfizinde Türk mahkemelerinin geçmişte yaygın olarak başvurdukları esaslardan biri kamu düzeniydi. Ancak zamanla tahkim kültürünün oturması, mahkemelerin tahkime bakış açısını da değiştirmiştir. Önceden kamu düzeni kapsamında yabancı hakem kararlarının tenfizini engelleyen hususlar bugün artık tenfizin önünü tıkamamaktadır. Türk mahkemeleri özellikle 2000'li yıllardan itibaren kamu düzenini daha dar yorumlamaya başlamışlardır.

### **D. Mahkeme Kararlarında Yabancı Hakem Kararlarının Tenfiz Engeli Olarak Kamu Düzenine Aykırı Sayılan Başlıca Haller**

#### **1. Hakemlerin Uyguladıkları Hukukun Türk Hukukuna Aykırı Olmasının Kamu Düzeni Kapsamında Yabancı Hakem Kararının Tenfizine Etkisi**

Yabancı hakemlerin uyguladıkları hukukun Türk hukukundan farklı olması mümkündür. Daha önce bu konuda doktrinadaki görüşlere değinirken, hakim görüşün, hakemlerin, tenfiz devletinin hukukundan başka bir hukuku uygulamasının kural olarak yabancı hakem kararının tenfize engel olmayacağı yönünde olduğunu ifade etmiştik. Ancak bu başlık altında yapacağımız açıklamalar açısından üçlü bir ayırım yapmak

157 13. HD, E. 903, K. 978, T. 5.2.1997.

158 Şanlı, Türkiye'de Yargıtay Kararlarına Göre Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, (n 155) 405-406.

159 Şanlı, Türkiye'de Yargıtay Kararlarına Göre Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, (n 155) 406-407.

gerekir. Birincisi yabancı hakem kararının Türk hukukunun emredici kurallarına aykırı olması; ikincisi yabancı hakem kararının Türk hukukunun müdahaleci normlarına aykırı olması ve üçüncüsü yabancı hakem kararının Anayasaya ve temel haklara aykırı olması.

### **a. Türk Hukukunun Emredici Hükümlerine Aykırı Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizine Kamu Düzeninin Etkisi**

Kimi ülkelerde iç hukukun emredici kurallarına aykırılık, yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizine kamu düzeni bağlamında engel olmaktadır. Özellikle iç hukukun emredici kurallarıyla düzenlediği rekabet hukuku, iflasta alacaklıların eşitliği, yargı muafiyeti, punitive damages yasakları, fahiş cezai şart yasakları, tahkime elverişli olmayan bir konuda tahkime gidilmesi yasağı ile bağdaşmayan yabancı hakem kararlarının tenfizine maddi kamu düzeninin engel olacağı kabul edilmektedir<sup>160</sup>. Nitekim Suudi Arabistan hukukunda faizin yasak olması sebebiyle faize ilişkin yabancı hakem kararlarının bu ülkede tenfiz edilmeyebileceği ifade edilmiştir<sup>161</sup>. Bununla beraber kimi ülkelerde iç hukukun emredici kurallarına aykırılık, kamu düzeni kapsamında yabancı hakem kararlarının tenfizini engellememektedir. *Flame Maritime Ltd. v. Hassan Ali Rice Export* davasında Londra’da verilen hakem kararının tenfizi için Pakistan Karaçi mahkemesinde dava açılmıştı. Aleyhine tenfiz davası açılan taraf diğer itirazlarının yanı sıra hakemlerce faize hükmedildiğini, oysa faizin İslam’da yasaklandığını, dolayısıyla hakem kararının Pakistan kamu düzenine aykırı olduğunu öne sürmüştü. Ancak Karaçi mahkemesi bu itirazı kabul etmemiştir<sup>162</sup>.

Doktrinde bir görüşe göre, yabancı hakem kararının Türk hukuk sisteminin emredici hükümlerine ve kamu hukuku ilkelerine aykırı olması halinde kamu düzenine aykırılıktan söz edilebilecektir<sup>163</sup>. Tenfiz devletinin hukukunun emredici kurallarına aykırılığın her zaman kamu düzeninin ihlaline yol açmayacağı; ancak en temel adalet ve ahlak prensiplerinin tahammül edilemez şekilde ihlal edilmesi halinde bu durumun kamu düzenine aykırılık teşkil edeceği belirtilmiştir<sup>164</sup>. Yukarıda belirtildiği üzere hakim görüşe uyarınca yabancı hakem kararının Türk hukukuna aykırı olması, kural olarak, bu kararın tenfizini engellemez. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 12.5.2014 tarihli kararında yabancı hakem kararının Türk hukukunun emredici hükümlerine aykırı olmasını, somut olayın özelliklerini de dikkate alarak, kamu düzenine aykırı bulmamıştır. Frontera Eastem Georgia Limited ile Arar Petrol ve Gaz Arama Üretim Paz. A.Ş. ve Fatih Alpay arasında Ankara 4. Asliye Ticaret Mahkemesi’nde görülen yabancı hakem kararının tenfizi davasında hakem heyetince hükmedilen cezai şartın

160 Hollander, (n 49) 47; Otto and Elwan, (n 35) 349-358; Wolff, (n 34) 456-458.

161 Otto and Elwan, (n 35) 390.

162 Dar, (n 36) 341.

163 Ertekin and Karataş, (n 148) 518.

164 Hakan Pekcanitez, ‘Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de İcrasına Karşı Konulması’, (2019)4(1) Regesta, 19, 32.

mülga TBK'nın 19-20. maddelerine aykırılığı sebebiyle tenfizinin reddedilmesine ilişkin ilam, Yargıtay 15. Hukuk Dairesi tarafından aşağıdaki gerekçeyle bozulmuştur:

15. HD, E. 2014/2183, K. 2014/3226, T. 12.5.2014: Dava, yabancı hakem kararının tenfizi talebinden ibarettir. Davacı şirket vekili, taraflar arasında eser sözleşmesi niteliğinde sözleşme imzalandığını, bu sözleşmeden kaynaklanan ihtilafların halli için uluslararası tahkim heyetinin yetkili kılındığını, ortaya çıkan uyuşmazlığın taraflar arasında imzalanan 16.12.2008 tarihli sulh mutabakatı ile çözümlendiğini, sulh hükümlerinin yerine getirilmemesi üzerine hakem heyetine başvurulduğunu ve hakem heyetinin yaptığı yargılama sonucu davalıların davacı şirkete sulh mutabakatı çerçevesinde ödeme yapılmasına karar verdiğini, yabancı mahkeme<sup>165</sup> kararı niteliğindeki bu kararın tenfizini talep etmiştir. Davalılar vekili, geçerli bir tahkim anlaşması bulunmadığını, sulh ile sona eren tahkim yargılamasına daha sonra devam edilmesinin tahkim usulüne aykırılık oluşturacağını, hakemlerin yetkilerini aştığını, hakem bağımsızlığının temin edilemediğini, cezai şartın fahiş öngörüldüğünü, hem usule hem esasa ilişkin kamu düzenine aykırılık halleri bulunduğunu, tahkim sözleşmesinin tarafı olmayan davalıları bağlamayacağını bu nedenle davanın husumet nedeniyle reddine karar verilmesi gerektiğini, tarafı olmadıkları bir hakem kararı ile belirlenen cezai şartın fahiş olduğunu ve bu durumun kamu düzenine aykırılık teşkil ettiğini, ayrıca tenfiz için aranan koşulların gerçekleşmediğini savunmuştur. Mahkemece, yapılan yargılama sonucu davanın reddine karar verilmiş, karar davacı vekilince temyiz edilmiştir.

Yabancı mahkemelerden veya hakem heyetlerinden hukuk davalarına ilişkin olarak verilmiş ve o devlet kanunlarına göre kesinleşmiş bulunan ilâmların Türkiye'de icra olunabilmesi yetkili Türk mahkemesi tarafından tenfiz kararı verilmesine bağlıdır [...].

Dolayısıyla tenfiz isteminin madde hükmünde belirlenen bu koşullara göre değerlendirilmesi zorunludur. Yerel mahkemece; tarafların sözleşmenin içeriğini ve cezai şartın miktarını belirlemede ilke olarak serbest olmakla birlikte, bu serbestliğin mutlak olmayıp, kanunun bu özgürlüğe sınırlama getirdiği, somut olayda belirlenen cezai şartın garantör sıfatıyla yer alan davalıların durumu dikkate alındığında ekonomik özgürlüğünü yok edecek ya da ağır şekilde kısıtlayacak, ekonomik geleceğini tehlikeye düşürecek miktarda olduğu ve cezai şartın batıl sayılması gerektiği müeyyidesinin butlan olduğu, bu açıdan kamu düzenini ilgilendirdiği gerekçesi ile davanın reddine karar verildiği anlaşılmaktadır.

O halde; yerel mahkemenin kararına dayanak yaptığı kamu düzeni kavramının açıklanıp tartışılması gerekmektedir [...]. Bir kuralın kamu düzeni ile ilgisi, ülkenin sosyal, ekonomik, kültürel ve tarihsel gerçeklerine göre belirlenmelidir. Diğer bir deyimle, sözü edilen gerçekler kuralın vazgeçilmezliğini; toplumsal yararını ve hukuk düzeninin korunmasına yönelik amacını ortaya koyuyorsa, kuralın kamu düzeni ile ilgisi kabul edilmelidir. Bilimsel içtihatlarda kamu düzeninin zamana ve mekana göre değişiklik gösterdiği kabul edilmekte devletlerin vazgeçemeyeceği temel ilkelerde kamu düzenine ilişkin olarak değerlendirme yapıldığı anlaşılmaktadır. Özel hukukta kamu nitelikli kurallar genellikle aile, miras ve eşya hukukunda yer almakta ayrıca, gümrük kanunları, vergiye ilişkin mevzuat, nesebe ilişkin mevzuat vb. Türk hukuku açısından kamu düzeninden sayıldığından devletin müdahalesine açık olarak değerlendirilmektedir.

Tüm bu açıklamaları Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 10.02.2012 tarih ve 2010/1 Esas, 2012/1 Karar sayılı ilâmı ile birlikte değerlendirmek doğru olacaktır. Sözü edilen ilâmda belirtildiği üzere; yabancı mahkeme ya da hakem kararının tenfizine karar

<sup>165</sup> Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, "yabancı hakem kararı" yerine muhtemelen sevhen "yabancı mahkeme kararı" ibaresini kullanmıştır.

verilirken yabancı kararın Türkiye’de icra edilmesi halinde meydana gelecek sonuçların Türk kamu düzenini ihlal edip etmeyeceğinin araştırılması gerekir. Hükmün tenfizi neticesinde ortaya çıkan hukuki sonuçların kamu düzenine aykırı olması halinde yabancı hakem kararının tenfiz edilmemesi gerekecektir. Esasa uygulanan hukukun Türk hukukundan farklı olması ya da Türk hukukunun emredici kurallarına aykırı olması gibi nedenlerle yabancı kararın tenfizi reddedilemez. Burada esas alınması gereken kıstas; yabancı ilâmın Türk hukukunda bir veya birden çok kanun hükümlerine aykırı olmasından çok, Türk hukukunun temel değerlerine, Türk genel ahlâk ve adap anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına ve hukuk siyasetine, Anayasa’da yer alan temel hak ve özgürlüklere, milletlerarası alanda geçerli ortak kabul görmüş hukuk prensiplerine, ikili anlaşmalara, gelişmiş toplumların ortak benimsedikleri ahlâk ve adalet anlayışına, medeniyet seviyesine, siyasi ve ekonomik rejimine bakmak olmalıdır.

Yerel mahkeme kararına dayanak yapılan cezai şartın fahiş olmasının mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 19 ve 20. maddesindeki sınırlamalar dahilinde butlan ile batıl olduğunun kabulü ve bu durumun kamu düzeninden sayılması bu açıklamalar doğrultusunda mümkün değildir.

Somut olaya gelince; tenfizi talep edilen hakem kararında hüküm altına alınan miktar, tarafların sulh sözleşmesinde kararlaştırdıkları miktar olup, tenfizi istenen hükümde az yukarıda belirtilen ilkeler ışığında değerlendirme yapıldığında cezai şartın fahiş olarak kararlaştırılmış olmasının kabulü halinde dahi, kamu düzenine aykırılık söz konusu olmadığından tenfiz talebinin kabulü gerekirken reddi doğru olmamış, hükmün bu nedenlerle bozulması gerekmiştir”.

Yargıtay diğer bazı kararlarında da Türk hukukunun emredici hükümlerine aykırılığı kamu düzeni kapsamında yabancı hakem kararının tenfizine engel bir husus olarak değerlendirmemiştir. Nitekim yukarıda değinilen Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu’nun 10.2.2012 tarihli kararına göre, “Türk kamu düzeninin ihlalini gerektirecek haller çoğunlukla emredici bir hükmün açıkça ihlali halinde düşünülecektir. Fakat her emredici hükmün ihlali halinde yabancı kararın Türk kamu düzenine aykırı bulunduğunu söylemek olanaklı değildir”. Yine Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, yabancı hakem kararının tenfizine ilişkin 12.5.2014 tarihli kararında esasa uygulanan hukukun Türk hukukundan farklı olması ya da Türk hukukunun emredici kurallarına aykırı olması gibi nedenlerle yabancı kararın tenfizinin reddedilmeyeceğini ifade etmiştir. Yargıtay’ın bu tutumu yalnızca yabancı hakem kararlarının tenfizinde değil hakem kararlarının iptali davalarında da söz konusudur<sup>166</sup>.

166 Örneğin, 4686 sayılı Kanun’un 15. maddesine istinaden açılan iptal davasında verilen Yargıtay 15. Hukuk Dairesi’nin [E. 2019/2474 K. 2019/3640] 26.9.2019 tarihli kararına göre: “[...] Milletlerarası Tahkim Kanunu’nda ve diğer kanunlarda, kamu düzeni kavramının bir tanımı yapılmamıştır. Kavramın niteliği gereği herkeşce kabul edilecek ve her zaman geçerliliğini koruyacak bir tanım yapmak da güçlük arz etmektedir. Öğretide ve yargısal içtihatlarda da yapılan tanımlar farklılık arz etmekte, zamana göre de verilen anlamda değişimler yaşanmaktadır. Kamu düzeni kavramı, doğrudan devlet düzeni ve toplumsal yapı ile ilgili olduğundan, devlet düzeni ve toplumsal yapıdaki değişimle birlikte değişmesi ve verilen anlamda da farklılık arz etmesi olağan olmakla birlikte, hukukumuzdaki tartışması çok daha ileri boyuttadır. Buna bağlı olarak, bu konuda gerek Anayasa Mahkemesince verilen kararlar gerek diğer yüksek mahkemelere verilen kararlar ciddi tartışmalara sebep olmuştur. [...] Kararın kamu düzenine aykırı olması nedeniyle iptaline karar vermek için yalnızca hukuka aykırı olması yeterli değildir. Emredici olsun veya olmasın bir kanun hükmünün uygulanmamış veya yanlış uygulanmış olması da yeterli değildir. Bu aykırılığın aynı zamanda, toplumun temel değerlerine, genel ahlak ve adabına, Anayasa’da kabul edilen temel hak ve hürriyetler gibi temel değerlere aykırı olması gerekir. Netice itibarıyla, bir kararın kamu düzenine aykırı olarak kabul edilebilmesi için; tarafların sözleşmesel yükümlülüklerini aşan, toplumsal boyutu olan, toplumun kabul edemeyeceği, toplumsal vicdani yaralayan, toplumda rahatsızlık oluşturan bir karar olması gerekir. [...] Tüm bu hususlar dikkate alındığında, açılan iptal davasının tümünden reddine karar verilmesi gerekirken, keşif yapılarak bilirkişi raporu alınmaması, taraflar arasındaki 22.07.2015 tarihli sözleşmenin yeminli tercüman aracılığıyla tercümesinin yaptırılmaması ve hakemlerin görev belgesinin düzenlenmemiş olması kamu düzenine aykırı bulunarak iptal kararı verilmesi doğru olmamış, iptal davasında davalı olan tarafın temyiz isteminin kabulü ile verilen hükmün davalı yararına bozulması gerekmiştir”.

## **b. Türk Hukukunun Müdahaleci Normlarına Aykırı Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizine Kamu Düzeninin Etkisi**

Kamu düzeni tenfiz devletinin, kendisinden vazgeçilemeyecek temel hukuk kuralları anlamında kullanılmaktadır. Dolayısıyla müdahaleci kuralların kamu düzeninin bir parçası olup olmadığı ve bu kurallara aykırı yabancı hakem kararlarının tenfizini engelleyip engellemediği sorunu ortaya çıkmaktadır<sup>167</sup>. Bazı müdahaleci normların kamu düzeni kapsamına girdiğinde tereddüt edilmemektedir. Ancak bu kuralların hangileri olduğu konusunda farklı fikirler vardır<sup>168</sup>. İngiliz mahkemesi, 1999 yılında verdiği bir kararında müdahaleci normlara aykırı yabancı hakem kararının tenfizinin kamu düzenine aykırı olup olmadığını incelemiştir. Üstelik bu kararında İngiliz mahkemesi, İran Devleti'nin müdahaleci normlarına aykırılığı kamu düzeninin ihlali saymıştır. İngiliz Mahkemesi'nin *Soleimany v. Soleimany* davasında<sup>169</sup> verdiği karara konu olan olayda baba ile oğul arasında İran'dan İngiltere'ye halı kaçakçılığına ilişkin bir sözleşme yapılmıştır. Bu sözleşme İran Devleti'nin ihracatı kontrol ve vergi mevzuatına aykırıdır. Halılar İran'dan getirilerek Londra'da satılmış ve baba ile oğul arasında bedelin paylaşılması konusunda uyuşmazlık çıkmıştır. Oğul, babasına karşı, aralarındaki sözleşmeyle tahkim mahkemesi olarak seçilen Londra'daki hahamlığa başvurmuştur. Oğul lehine verilen kararı baba yerine getirmeyince, İngiliz mahkemesinden hakem kararının tenfizi istenilmiştir. Baba hakem kararının kamu düzenine aykırı olduğunu öne sürmüştür. İngiliz mahkemesi, baba ile oğul arasında yapılan sözleşmeyi geçerli kabul eden hakem kararını kamu düzenine aykırı bulmuştur. Tahkim yeri Londra olan bu davada uygulanan Musevi hukukuna göre, sözleşmenin yasadışı amaçla yapılmasının tarafların borçları üzerinde etkisi yoktur<sup>170</sup>. Aslında sanki hakem kararında yabancılık unsurunun olmadığı izlenimi olsa da hakem kararının yabancı hakem kararı olarak kabul edilmesi ve dolayısıyla tenfizinin istenilmesi, tarafların Londra'daki hahamlığı hakem olarak seçmesinden kaynaklanmaktadır<sup>171</sup>. Hamamlık, yabancı ülke toprağı sayılmış ve dolayısıyla hakem kararının yabancı bir ülkede verildiği kabul edilmiştir.

Yargıtay, açıkça müdahaleci norm kavramını kullanmaksızın Türk hukukunda yer alan bazı düzenlemelere aykırı yabancı hakem kararlarının tenfizinin kamu düzenine aykırı olduğu sonucuna varmıştır. Nitekim yukarıda değinilen Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 5.2.1997 tarihli kararına göre, Türk teşvik mevzuatına aykırı yabancı hakem kararı kamu düzenine aykırı olduğundan tenfiz edilmeyecektir. Kanaatimizce yabancı hakem kararının müdahaleci normların hakim olduğu kamu sağlığını ilgilendiren yasal

167 United Nations Commission on International Trade Law UNCITRAL Secretariat Guide on the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, (n 36) 244.

168 United Nations Commission on International Trade Law UNCITRAL Secretariat Guide on the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, (n 36) 244.

169 [1999]QB 785.

170 Redfern and Hunter, (n 2) 2015 §11.106; Lew, Mistelis and Kröll, (n 77) 722-723.

171 Lew, Mistelis and Kröll, (n 77) 723-724.

düzenlemelere aykırı olması halinde kamu düzeni sebebiyle Türkiye’de tenfizi söz konusu olmayacaktır. Yargıtay 19. Hukuk Dairesi 28.2.2018 tarihli kararında aynı sonuca varmış ve Biogüvenlik Kanunu’na aykırı yabancı hakem kararının Türk kamu düzenine aykırı olduğunu kabul etmiştir. Yargıtay 19. Hukuk Dairesi’nin söz konusu kararı şöyledir:

19. HD, E. 2017/4228, K. 2018/1042, T. 28.2.2018: [...] Dava, yabancı hakem heyeti kararının tanınması ve tenfizi istemine ilişkindir. Davalı vekili, davanın reddini istemiştir. Mahkemece, toplanan delillere göre; taraflar arasındaki tahkim sözleşmesi gereği yapılan işlemlerin usulüne uygun olduğu, yabancı hakem heyeti tarafından verilen kararın üst hakem kurulu tarafından onanarak kesinleştiği gerekçeleriyle davanın kabulüne yabancı hakem heyeti kararının tanınarak aynen tenfizine karar verilmiş, hükmün davalı vekili tarafından temyizi üzerine Dairemizin 2015/1629 esas 2015/14117 karar sayılı 05.11.2015 tarihli bozma ilamı ile “tenfize konu edilen İngiliz hakem heyeti kararında toplam 334.473 USD’nin davalıdan tahsiline karar verildiği görülmektedir. Bu durumda tenfizi istenen yabancı hakem kararının belirli bir alacağın tahsiline yönelik olması karşısında tenfize konu kararın nisbi harca tabi davalardan olduğu gözetilerek dava değeri üzerinden hesaplanacak nisbi karar ve ilam harcının 1/4’ü oranında peşin harcın davacıdan tahsil olunarak yargılama yapılması gerekirken mahkemece, maktu karar ve ilam harcı alınarak ve sonrasında harç ikmali gerçekleştirilmeksizin yargılamaya devam edilerek yazılı şekilde esasa yönelik hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olmuştur” gerekçesiyle karar bozulmuştur. Mahkemece bozmaya uyularak yapılan yargılama neticesinde, tenfize konu uyuşmazlıkta, GDO ile ilgili düzenlemelerin Türk hukukunda Biyogüvenlik Kanunu ile düzenlendiği, söz konusu Kanunun ağır yaptırımlar içerdiği, taraflar arasındaki mısır anlaşmasına göre GDO testlerinin Türkiye’de yapılacağına kararlaştırıldığı, Türk kanunlarına uygun şekilde ilgili kamu kurumu tarafından testlerin yaptırıldığı ve sonuçların negatif çıkması gerekirken pozitif çıktığı, bu nedenle alıcının malı teslim almaktan kaçındığı, GDO ile ilgili düzenlemelerin doğrudan uygulanması gereken kamu düzenine ilişkin hükümler olduğu, tenfizi istenen kararın kamu düzenine aykırılık oluşturduğu gerekçesiyle tenfiz isteminin reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir. Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davacı vekilinin yerinde görülmeyen bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün onanmasına [...] 28.02.2018 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Karara konu olan olayda, taraflar arasında mısır alım satımı konusunda bir sözleşme yapılmıştır. Sözleşmede uyuşmazlıkların çözüm yolu olarak İngiltere’de tahkim kararlaştırılmıştır. Türkiye’ye gelen mısırlar için yapılan kontrolde mısırların GDO’lu olduğunun anlaşılması üzerine alıcı mısırları gümrükten almamıştır. Satıcı tahkim yoluna başvurmuş ve İngiltere’de verilen hakem kararının tenfizi için dava açmıştır. Türk hukukunda GDO’ya ilişkin yasal düzenlemeler müdahaleci norm niteliğindedir<sup>172</sup>. Türk hukukunda 5977 sayılı Biyogüvenlik Kanunu<sup>173</sup>; Biyogüvenlik

172 Müdahaleci normlar ayrıntılı bilgi için bkz. Nuray Ekşi, *Milletlerarası Ticaret Hukuku*, (3<sup>rd</sup> edn, Beta 2019), 44-53. Dış ticaret açısından müdahaleci normlar hakkında ayrıca bkz. Hatice Özdemir Kocasakal, *Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri* (1<sup>st</sup> edn, Galatasaray Üniversitesi Yayınları 2001), 117 vd.

173 RG 18.3.2010/27533.

Kurulu ve Komitelerin Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelik<sup>174</sup>; Veteriner Hizmetleri Bitki Sağlığı Gıda ve Yem Kanunu<sup>175</sup>, Gıda Maddelerinin Umumi Sağlığı İlgilendiren Eşya ve Levazımın Hususi Vasıflarını Gösteren Tüzük<sup>176</sup> nitelikleri gereği kamu düzeni ve kamu sağlığı kapsamına girmektedirler. 5977 sayılı Kanun'un gerekçesinde<sup>177</sup> de ifade edildiği üzere modern biyoteknoloji ile genetik yapıda doğal olmayan yeni genetik oluşumlar meydana getirilmekte; GDO'lar insan, hayvan, bitki ve çevre sağlığı ile biyolojik çeşitlilik üzerinde zarar oluşturmaktadır. Nitekim GDO'lar dahil modern biyoteknoloji teknikleri kullanılarak geliştirilen ürünlerde risklerin varlığı kabul edildiği için bu konuda Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi<sup>178</sup> ve Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi'nin Biyogüvenlik Kartagena Protokolü hazırlanmıştır. Türkiye, bu Protokole de taraftır<sup>179</sup>.

Doktrinde 6102 sayılı TTK'nın 122(4). maddesinde öngörülen denkleştirme tazminatına ilişkin hükmün müdahaleci norm olduğu savunulmaktadır<sup>180</sup>. Danimarka Kopenhag'da verilen ve distribütörlük sözleşmesinden doğan uyuşmazlığı karara bağlayan yabancı hakem kararının New York Konvansiyonu'na göre tenfizi davasında, davalı Türk şirketi, diğer itirazlarının yanı sıra, TTK'nın 122(4). maddesine aykırı olan yabancı hakem kararının kamu düzenini ihlal ettiğini öne sürmüştür. İstanbul 12. Asliye Ticaret Mahkemesi'ne göre:

İstanbul 12. Asliye Ticaret Mahkemesi, E. 2019/128 K. 2019/611, T. 18.7.2019: “[...] Davalı tarafın portföy tazminatına ilişkin savunmaları yönünden ise; tahkime başvuranın davacı olduğu ve davalının portföy tazminatının tahkim konusu olmadığı, bu nedenle davalının portföy tazminatına ilişkin 6102 sayılı TTK'nın 122(4). maddesinde öngörülen bu portföy tazminatından vazgeçilemeyeceğine ilişkin kamu düzenine aykırılık olarak dile getirdiği hususa ilişkin de savunması yerinde görülmemiş, bu yönden de mahkememizce resen dikkate alınacak bir kamu düzenine aykırılık hususu görülmediğinden davalının bu yöndeki savunmalarına da itibar edilmemiştir”.

### **c. Anayasaya ve Temel Haklara Aykırı Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizine Kamu Düzeninin Etkisi**

Yabancı hakem kararındaki ciddi usuli hatalar; özellikle tahkim yargılaması sırasında temel insan haklarının ihlal edilmesi, dosyaya ibraz edilen bilgi ve belgelerin taraflardan birinden saklanması yabancı hakem kararının tenfizini engelleyecektir.

174 RG 13.8.2010/27671.

175 RG 13.6.2010/27610.

176 RG 18.10.1952/8236.

177 Dönem: 23 Yasama Yılı: 4 TBMM (S. Sayısı: 473) Biyogüvenlik Kanunu Tasarısı ile Çevre, Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler, Avrupa Birliği Uyum ile Tarım, Orman ve Köyişleri Komisyonları Raporları (1/789).

178 Onay Kanunu için bkz. 3.9.1996/22746. Onay Kararı için bkz. RG 27.12.1996/22860.

179 Onay Kanunu için bkz. RG 24.6.2003/25148. Onay Kararı için bkz. RG 11.8.2003/25196.

180 Hüseyin Ülgen, Mehmet Helvacı, Abuzer Kendigelen, Arslan Kaya and N. Füsün Nomer Ertan, *Ticari İşletme Hukuku* (4<sup>th</sup> edn, Oniki Levha 2015), 823. Bu hükmün kamu düzeninden bir hüküm olduğu hakkında bkz. Şanlı, Esen and Ataman Fıganmeşe, (n 57) 91 and 453; Şanlı, (n 57) 126.

Ancak Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 29.11.2018 tarihli kararında<sup>181</sup> farklı bir sonuca varmıştır. Karar konu olan olayda, ICC hakem heyetince verilen iki hakem kararının tenfiz davasında davalı, bilirkişi raporunu hazırlayanların isimlerinin gizli tutulması ve raporun bir kısmını görememeleri sebebiyle adil yargılanma haklarının ihlal edildiğini öne sürmüştür. ICC hakem kararında bilirkişi raporunu hazırlayanların isimleri gizlenmişti. Davalı, ICC hakem heyetince hükme esas alınan “Mart 2010 Raporu” adı verilen rapordan raporu hazırlayan kişilerin isimlerinin, anonim şirketin değeri ile ilgili olmayan kısımların çıkartılmasına, raporun sadece davalıların avukatlarının ve uzmanlarının incelemesine izin verilmesine, tahkim davasında davalıların bilirkişi raporunu görmelerinin yasaklanmasına karar verildiğini belirterek, tahkim yargılamasında adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir. Tenfiz davasına bakan ilk derece mahkemesince, Türk mahkemelerince verilmiş ve kesinleşmiş mahkeme kararı ile çelişen 13.12.2012 tarihli hakem kararı ile adil yargılanma hakkının ihlali suretiyle yapılan tahkim yargılaması sonucu verilen 19.12.2013 tarihli yabancı hakem kararının kamu düzenine aykırılık sebebiyle tenfizi istemi reddedilmiştir. Ancak Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, tahkim yargılamasında hakemlerin uyguladıkları bu yönetimin, yargılamada benimsenmesi ve uygulanması gereken usul kurallarına aykırı olduğuna dair somut deliller ibraz edilmemiş olduğundan bu hususu kamu düzeni kapsamında incelemeye değer bulmamış ve kamu düzenini ihlal etmesi sebebiyle ICC hakem kararının tenfizini reddeden ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur.

## 2. Gereksiz Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizine Kamu Düzeninin Etkisi

HMK'nın 436(1)(c) maddesine göre, hakem kararlarında, kararın dayandığı hukuki sebepler ile gerekçesi gösterilir. 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 14A(2). maddesinde de hakem kararında, kararın dayandığı hukuki sebepler ile gerekçesi yazılır hükmü yer almaktadır. Buna karşın Türkiye'nin 1991 yılında onayladığı<sup>182</sup> Milletlerarası Ticari Tahkime İlişkin Avrupa Konvansiyonu'nun VIII. maddesinde hakem kararının gerekçe ihtiva etmeyeceği hallere de yer verilmiştir. 1961 Avrupa Konvansiyonu'nun VIII. maddesine göre, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça tarafların hakem kararının gerekçe ihtiva edeceğini kararlaştırdıkları kabul edilecektir. O halde taraflar hakem kararının gerekçesiz olması konusunda anlaşabilirler. Aynı maddede hakem kararının gerekçesiz olabileceği ikinci bir duruma daha yer verilmiştir. Buna göre, tarafların, uyuşmazlığın çözümünde hakem kararının gerekçe içermesinin mutad olmadığı bir tahkim usulünü kararlaştırmaları halinde hakem kararı gerekçesiz olabilir. Ancak, bu son halde, taraflar tahkim usulü duruşmalı cereyan etmiş ise duruşmanın sonundan evvel, duruşmasız cereyan etmiş ise hakem kararının yazılmasından önce, hakem kararının gerekçeli olarak yazılmasını talep edebilirler.

181 11. HD, E. 2016/14160, K. 2018/7501, T. 29.11.2018.

182 Milletlerarası Ticari Hakemlik Konusundaki Avrupa Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun, Kanun No: 3730, Kabul Tarihi: 8.5.1991, RG 21.5.1991/20877; Bakanlar Kurulu Karar Sayısı: 91/2138, Kabul Tarihi: 18 Mart 1991; Milletlerarası Ticari Hakemlik Konusundaki Avrupa Sözleşmesi Hakkında Karar, RG 23.9.1991/21000.



Yabancı hakem kararının gerekçesiz olmasının söz konusu kararın tanınması veya tenfizine engel teşkil edip etmediği hususunda New York Konvansiyonu'nun V. maddesi ve MÖHUK'un 62. maddelerinde bir hüküm yer almamaktadır. Hakemlerin tarafların savunma haklarına uyup uymadığı; hakem kararının usul ve esas açısından hukuka uygun olup olmadığı; hangi sebeplerle hakem kararına itiraz edilip edilemeyeceği ancak hakem kararının gerekçeli olması halinde anlaşılabilirliği için gerekçesiz yabancı hakem kararlarının kamu düzeni açısından tenfizinde sorun çıkabileceği ifade edilmiştir<sup>183</sup>. Zaten yabancı hakem kararının kamu düzenine aykırı olduğuna ilişkin itirazın, kamu düzenine aykırılığın hakem kararının içeriğinden anlaşılmadıkça reddedildiği ifade edilmiştir<sup>184</sup>. Doktrinde, gerekçesiz hakem kararlarının tanınması veya tenfizinin engellenip engellenemeyeceği konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Diğer bir ifadeyle gerekçesiz yabancı mahkeme kararlarının tenfiz edilip edilemeyeceği tartışmalı bir konudur<sup>185</sup>. Bir görüşe göre, gerekçesiz yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi kamu düzeni kapsamında değerlendirilebilecek ve kamu düzenine aykırı olmaları sebebiyle tanıma veya tenfiz istemleri reddedilebilecektir<sup>186</sup>. Hakem kararının hiç gerekçe taşımamasının keyfilik anlamına gelebileceği, bu tür yabancı hakem kararlarının tenfizinin kamu düzenine aykırı olacağı; ancak hakem kararında hukuki gerekçe olmamakla beraber maddi vakıalar açıklanmış ise bunun yeterli sayılmasının gerektiği ifade edilmiştir<sup>187</sup>. Diğer bir görüşe göre, hakem kararının gerekçesiz olması hakem kararının tenfizine kamu düzeni sebebiyle engel olmaz<sup>188</sup>. Bununla beraber hakem kararındaki gerekçelerin birbiriyle çelişkili olması kamu düzenine aykırıdır<sup>189</sup>. Bir başka görüşe göre, yabancı bir hakem kararının gerekçesiz olmasının söz konusu kararın tanınmasını veya tenfizini engelleyip engellemeyeceği sorusunun tahkim yargılamasına uygulanan usule ilişkin kurallar dikkate alınarak cevaplandırılması gerekir; eğer tahkim yargılamasına uygulanan kurallar hakem kararının gerekçesiz olmasına cevaz veriyorsa, gerekçesiz olması söz konusu yabancı hakem kararının tanınması veya tenfiz edilmesine engel olmayacaktır<sup>190</sup>. Doktrinde tarafların anlaşması halinde hakem kararının gerekçesiz olarak verilebileceğini öngören kuralların uygulandığı tahkim yargılamaları sonucunda verilen yabancı hakem kararlarının Türkiye'de tenfizinin kamu düzeni engellemesi ile karşılaşacağı ifade edilmiştir<sup>191</sup>.

183 Domenico Di Pietro and Martin Platte, *Enforcement of International Arbitration Awards: The New York Convention of 1958*, (1<sup>st</sup> edn, Cameron May Publisher 2001), 189-190.

184 Cemal Şanlı, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk*, (1<sup>st</sup> edn, Sevinç Matbaası), 413.

185 Bu konuda özellikle bkz. Gilles Cuniberti, 'The Recognition of Foreign Judgments Lacking Reasons in Europe: Access to Justice, Foreign Court Avoidance, and Efficiency', (2008) 57(1) *International and Comparative Law Quarterly*, 25, 25-52; Otto and Elwan, (n 35) 376-377; Wolff, (n 34) 448.

186 Uğur Bulut, 'New York Sözleşmesi'ne Göre Kendiliğinden Dikkate Alınacak Tenfiz Engelleri Kapsamında Hakem Kararının Gerekçesi', (2013) 14(14) *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 651, 680-682; Yavuz Alangoya, 'UNCITRAL Tahkim Yönetmeliği Hakkında', *Makaleler*, (1<sup>st</sup> edn, Beta 2012), 179; Süha Tanrıver, 'Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tenfizinde Kamu Düzeninin Rolü', *Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan*, (1<sup>st</sup> edn, Seçkin 1998), 565, 575; Deynekli, (n 100) 121.

187 Ziya Akıncı, 'Gerekçesiz Hakem Kararları Türkiye'de Tenfiz Edilebilir mi?', (1996) 70(1-3) *İstanbul Barosu Dergisi*, 82, 83 vd; Şanlı, (n 57) 515 dn. 653.

188 Hollander, (n 49) 46; Wolff, (n 34) 448; Haas and Kahlert, (n 72) 1751.

189 Wolff, (n 34) 448; Haas and Kahlert, (n 72) 1751-1752.

190 İbrahim Özbay, 'Hakem Kararlarında Gerekçe' (2001) XXI(2) *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 299, 318.

191 Tanrıver, *Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tenfizi Bağlamında Kamu Düzeninin Etkisi*, (n 63) 487.

Daha önce üzerinde durulan Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 10.02.2012 tarihli kararında<sup>192</sup> yer alan “hükümün gerekçesiz oluşundan dolayı kamu düzeni kavramından hareket ederek...tenfizi mümkün olmayacaktır demek çok ağır bir neticeyi yaratmak olacaktır” ifadesinden sanki yabancı mahkeme kararının gerekçesiz olmasının tek başına kamu düzenine aykırı hale getirmeyeceği sonucuna varmış gözükmemektedir. Nitekim doktrinde, İçtihadı Birleştirme Kararı ve bu kararı esas alan Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 31.3.2016 tarihli kararı, gerekçesiz yabancı kararların Türkiye’de tenfizinin kamu düzenine aykırılık teşkil etmeyeceğine dair şaşırtıcı kararlar olarak nitelendirilmiştir<sup>193</sup>. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, yabancı hakem kararının tenfizine ilişkin 31.3.2016 tarihli<sup>194</sup> ve 12.5.2014 tarihli<sup>195</sup> kararlarında; İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 14. Hukuk Dairesi 30.1.2020 tarihli kararında<sup>196</sup>, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 10.02.2012 tarihli kararına atıfta bulunarak aynı tümceleri kullanmışlardır. İçtihadı Birleştirme Kararı, yabancı mahkeme kararlarının tenfizine ilişkindir. Ancak söz konusu kararlardan gerekçesiz hakem kararları özelinde kesin bir sonuca varmak kanaatimizce mümkün gözükmemektedir.

### 3. Taraflardan Biri Üstün Tutularak Verilen Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizine Kamu Düzeninin Etkisi

Doğrudan yabancı hakem kararının tenfizine ilişkin olmamakla beraber Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 25.4.1991 tarihli kararı<sup>197</sup> ekonomik yönden taraflardan birinin değerinden üstün olmasına örnek teşkil etmektedir. Karar konu olan uyuşmazlık gitana cinsi domates üretme, satma ve satın alma sözleşmesinden doğmuştur. Taraflar arasındaki sözleşmenin 11. maddesinde yer alan tahkim şartına göre, tahkim yeri domates alıcısının seçimine göre Antalya veya Ankara olacaktır. Üreticinin davayı mahkemede açması üzerine domates alıcısı tahkim itirazı yapmıştır. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi tahkim yerini seçmenin tamamen ekonomik ve sosyal güce sahip olan davalı şirkete bırakılması sebebiyle tahkim sözleşmesini ahlaka aykırı bulmuş ve tahkim sözleşmesinin geçersiz olduğu sonucuna varmıştır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 9.6.1999 tarihli kararında<sup>198</sup> terditli tahkim merkezi seçiminin taraflardan birine üstünlük sağlamadığı ve kamu düzenine aykırı olmadığı sonucuna varmıştır. Karara konu olan olayda taraflar arasında kömür alım satımı

192 Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu E. 2010/1, K. 2012/1, T. 10.02.2012.

193 Tarman ZD, ‘Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Türkiye’de Tenfizinde Karşılaşılan Sorunlara İlişkin Bazı Tespitler’, Prof. Dr. Yücel Sayman’a Armağan, C. II, (2017) 37(2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 987, 1003.

194 15. HD, E. 2016/895, K. 2016/2050, T. 31.3.2016.

195 15. HD, E. 2014/2183, K. 2014/3226, T. 12.5.2014.

196 İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 14. Hukuk Dairesi, E. 2019/2100 K. 2020/74 T. 30.1.2020.

197 13. HD, E. 1990/8778, K. 1991/4492, T. 25.4.1991, (1991) 17(8) Yargıtay Kararları Dergisi, 1224.

198 HGK, E.1999/19-468, K. 1999/489, (2000) 26 (2) Yargıtay Kararları Dergisi, 183-186.

sözleşmesi yapılmış; sözleşmenin 9. maddesinde, sözleşmeden doğan uyuşmazlıklar için Stockholm Ticaret Odası Tahkim Enstitüsü yetkilendirilmiş; daha sonra bu maddeye yapılan eklemeye aynı zamanda Rusya Federasyonu Ticaret ve Sanayi Odası Uluslararası Tahkim Merkezi başvurulacağı kararlaştırılmıştır. Böylece terditli olarak iki tahkim merkezi seçilmiştir. Bu iki kurumdan hangisine başvurulacağını iddia sahibi belirleyecektir. Kömür bedelinin ödenmemesi üzerine Rus satıcı, Rusya Federasyonu Ticaret ve Sanayi Odası Uluslararası Tahkim Merkezi'ne başvurmuştur. Hakem heyeti, kömür alacağının tahsiline karar vermiştir. Rusya Federasyonu Ticaret ve Sanayi Odası Uluslararası Tahkim Merkezi tarafından verilen hakem kararının tenfizi için Türk mahkemesinde dava açılmıştır. İlk derece mahkemesince iki tahkim kurumundan birini seçme hakkının iddia sahibine tanınmasının kamu düzenine aykırı olduğuna karar verilmiştir. İlk derece mahkemesince verilen kararın temyizi üzerine Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, kararı bozmuştur. Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'ne göre:

“[...] Ek sözleşmede tahkim heyetini seçme hakkının iddia sahibine ait olduğu belirtilmiştir. Mahkemece bu düzenlemenin Türk kamu düzenine aykırı olduğu kabul edilmiştir. Tahkim sözleşmesinde veya bir sözleşmede yer alan tahkim şartında taraflardan sadece birine hakem heyetini seçme hakkının tanınması halinde taraflardan biri lehine yargılamada üstünlük sağlanmış olacağından böyle bir tahkim sözleşmesi veya tahkim şartı geçerli değildir. Oysa somut olayda hakemlerin seçme hakkı iddia edene, yani her iki tarafa da tanınmıştır. Böyle bir tahkim şartı ile davacı satıcı firma yargılama bakımından üstün bir duruma getirilmemiştir. Bu nedenle ek sözleşmedeki hakem seçimine ilişkin hükmün kamu düzenine aykırı olduğu kabul edilemez”.

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi yukarıdaki gerekçeyle ilk derece mahkemesi kararını bozmuş; ilk derece mahkemesinin kararında direnmesi üzerine dosya Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun önüne gelmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 19. Hukuk Dairesi'nin kararının yerinde olduğu sonucuna varmıştır.

#### **4. Tahkim Merkezleri ile Bu Merkezlerde Gerçekleşen Tahkim Yargılamalarını Yürüten Hakemler Arasındaki Organik İlişkinin Kamu Düzeni Bağlamında Tenfize Etkisi**

Yukarıda özetlenen doktrindeki görüşler kısmında yer verdiğimiz üzere, tahkim merkezleri ile bu merkezlerce atanan hakemler arasında organik bir ilişkinin olması ve dolayısıyla usuli güvencelerle donatılmamış hakemlerce verilen kararın kamu düzenine aykırı olması gündeme gelebilir<sup>199</sup>. Geçmişte özellikle sosyalist ülkelerde kurulmuş olan tahkim merkezleri açısından bu konu gündeme gelmiştir<sup>200</sup>. Nitekim bu konuya ilişkin olarak aşağıda değinilecek olan iki Yargıtay kararından birinde SSCB'de bulunan tahkim merkezinin devletin güdümünde olması sebebiyle tarafsız ve bağımsız olmayacağı sonucuna varılmıştır.

199 Bkz. Şanlı, (n 57) 520-522; Şanlı, Esen and Ataman Figanmeşe, (n 57) 706; Şanlı and Esen, (n 38) 239.

200 van den Berg, The New York Arbitration Convention of 1958, (n 35) 378-380; Di Pietro and Platte, (n 183) 189; Günseli Öztekin Gelgel, 'New York Konvansiyonu'na Göre Hakem Kararlarının Tenfizinde Yargıtay'ın Bazı Kararlarının Değerlendirilmesi', (2002) 22(2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 1137, 1155.

Tahkim merkezleri ile hakemler arasındaki organik ilişkiyi inceleyen ve oldukça eski olan iki Yargıtay kararı tespit edilebilmiştir. Bu kararlardan birincisi, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 9.1.1964 tarihli kararıdır. Bu karar, tenfiz davasına ilişkin değildir. İç tahkime ilişkin bu kararda tahkim sözleşmesinin geçerli olup olmadığı değerlendirilmiştir. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 9.1.1964 tarihli kararına<sup>201</sup> konu olan olayda, avukat ile banka arasındaki sözleşmede taraflar arasındaki uyuşmazlıkların banka yönetim kurulu tarafından hakem sıfatıyla çözümleneceğine ilişkin bir kayıt konulmuştu. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, uyuşmazlığın taraflarından birinin hakemlik yapamayacağını, oysa banka ile avukat arasındaki uyuşmazlığın tarafı olan banka yönetim kurulunun hakem olarak görev yaptığını belirterek hakem sıfatıyla yargılama yapan davalı bankanın yönetim kurulu kararının içeriğini dikkate almaksızın yönetim kurulunun bağımsız ve tarafsız olmadığı; dolayısıyla yapılan tahkim sözleşmesinin ve bu sözleşmeye istinaden verilen hakem kararının kamu düzenine aykırı olması sebebiyle uyuşmazlığın mahkemelerce çözümlenmesi gerektiği sonucuna varmıştır.

Yargıtay Ticaret Dairesi tarafından verilen 17.2.1938 tarihli kararda<sup>202</sup>, taraflardan birinin Türk vatandaşı olduğu uyuşmazlığa bakan tahkim merkezinin devlete ile arasındaki organik ilişki incelenmiştir. Taraflar arasında yapılan sözleşmenin 14. maddesi uyarınca Moskova Ticaret Odası Tahkim Komisyonu'na başvurulması kararlaştırılmıştı. Zaten kararın verildiği tarih dikkate alındığında SSCB yönetiminin sosyalist sistem olması sebebiyle bu sistemin hakim olduğu dönemde SSCB'nin veya kamu kurumlarının taraf olduğu uyuşmazlıklarda ya şimdiki adıyla Rusya Federasyonu Ticaret ve Sanayi Odası Uluslararası Tahkim Merkezi'ne ya da Stockholm Ticaret Odası Tahkim Enstitüsü'ne başvurulması kararlaştırılıyordu. Moskova Ticaret Odası Tahkim Komisyonu tarafından verilen kararın tenfizi için dava açılmıştır. İlk derece mahkemesi tenfiz istemini reddetmiştir. Yargıtay Ticaret Dairesi, hakemin yabancı olmasına ve yabancı ülkede ikamet etmesine engel bir durum olmamakla beraber taraflar arasındaki sözleşmenin 14. maddesi uyarınca belirlenen Moskova Ticaret Odası Tahkim Komisyonu'nun SSCB'ye bağlı resmi bir kurum olup olmadığının araştırmasının gerektiğini ifade etmiştir. Yargıtay Ticaret Dairesi'nin 17.2.1938 tarihli kararına göre, yabancı resmi bir kurumun hakem olarak tayin edilmesi, amme hukukunun esaslarıyla bağdaşmamaktadır. *Şanlı*'nın da ifade ettiği üzere<sup>203</sup>, Yargıtay Ticaret Dairesi bu kararında, devlete bağlı bir tahkim merkezinin varlığını, bu merkezin tarafsız olamayacağı şeklinde yorumlamış ve verilen kararın içeriğine bakılmaksızın kamu düzenine aykırı olacağı sonucuna varmıştır.

201 4. HD, E. 8868, K. 739, T. 9.11.1964: Rasih Yeğencil, *Tahkim* (1<sup>st</sup> edn, Cezaevi Matbaası 1974), 379, Karar no. 41.

202 Yargıtay Ticaret Dairesi, E. 2635, T. 17.2.1938: Yeğencil, (n 201) 398-400 Karar No. 82.

203 Şanlı, (n 57) 521-522.

## 5. Tebligatların Yabancı Dilde Olmasının Kamu Düzeni Kapsamında Hakem Kararlarının Tenfizine Etkisi

Taraflar arasında yapılan tahkim sözleşmesinde tahkim dili kararlaştırılmış olabilir. Eğer taraflarca tahkim dili konusunda bir anlaşma yapılmamış ise, tahkim merkezlerinin kurallarının veya *ad hoc* tahkimde usule uygulanacak kuralların bu konuda nasıl bir yol takip edileceğine ilişkin hükümleri uygulanacaktır. Kimi durumlarda tahkim yargılamasına ilişkin e-mail yoluyla yapılan tebligatları, Türk şirketlerinin ciddiye almadıkları görülmektedir. Çoğu durumda bilinçsiz bir şekilde böyle bir tutum takınan Türk şirketleri tebligatın resmi şekilde yapılmaması sebebiyle kendilerini bağlamayacağını düşünmektedirler. Oysa Türk şirketlerinin, tahkim anlaşmasında veya tahkim yargılamasına uygulanan kurallarda yazan tebligat şekli ve usulünü göz önünde bulundurmaları gerekir. Türk şirketlerinin ayrıca yabancı dilde yapılan tebligatları dikkate almama eğilimde oldukları görülmektedir. Örneğin, tahkim sözleşmesinde “yargılama dili Çince olacaktır” hükmü yer almasına rağmen Türk şirketi, anlamadığı bir dilde gelen tahkim yargılamasına ilişkin kargoyu aynen geri gönderebilmektedir.

Her iki durumda da Türk şirketlerinin tenfiz davası sırasında öne sürdükleri bu gerekçelere itibar edilmemektedir. Basiretli tacir olarak kendilerine düşen yükümlülüğü yerine getirmeyenlerin savunma haklarının ve dolayısıyla kamu düzeninin ihlal edildiği gerekçesiyle yabancı hakem kararının tenfizine karşı yaptıkları itirazlar dikkate alınmamaktadır. Nitekim Yargıtay 19. Hukuk Dairesi 17.12.1998 tarihli kararında<sup>204</sup> İngiltere’de bulunan Post ve Deri Tüccarları Birliği Tahkim Merkezi tarafından verilen hakem kararının tenfizi davasında, davalı kendisine yapılan tebligatın İngilizce olması sebebiyle içeriğini anlayamadığını öne sürmüştür. Ancak Yargıtay bu hususu savunma hakkının ve dolayısıyla kamu düzeninin ihlali olarak görmemiştir. Kanaatimizce tahkim dili olarak kararlaştırılan dili, taraflar anlamasa veya bu dil ile iletişim kuramasa bile bu dilde yapılan tebligatlar geçerlidir.

## 6. Yabancı Hakem Kararının Yargılama Giderlerine İlişkin Kısımının Türk Hukukunun Yargılama Giderlerine İlişkin Düzenlemesinden Farklı Olmasının Kamu Düzeni Bağlamında Tenfize Etkisi

Türk hukukunda yargılama giderleri açısından tarafların davadaki başarıları dikkate alınmıştır. Ayrıca yargılama gideri olarak avukatlık ücretleri, asgari tarifeye göre belirlenmekte; avukat ile müvekkili arasında yapılan ücret sözleşmesi ile kararlaştırılan tutar yargılama giderlerinden sayılmamaktadır. Tahkim yargılamalarında ise avukat ile müvekkil arasında kararlaştırılan tutar tahkim yargılama giderlerine dahil edilebilmekte; tahkim yargılamasında başarılı olan tarafın yargılama giderlerine katlanmasına

204 19. HD, E. 1998(6099, K. 1998/7735, T. 17.1.21998: Ekşi, Milletlerarası Nitelikli Davalara İlişkin Mahkeme Kararları, (n 153) 464-465.

karar verilebilmektedir. Hatta başarı durumlarına bakılmaksızın tahkim yargılama giderlerinin taraflar arasında eşit olarak bölüşülmesine hükmedilebilmektedir. Doktrinde yabancı hakem kararında aşırı yargılama masrafına hükmedilmesinin kamu düzenine aykırı olabileceği ifade edilmiştir<sup>205</sup>.

Tahkim davalarında yargılama giderlerinin Türk hukuk sistemine aykırı şekilde karara bağlanmasının yabancı hakem kararının tenfizinde kamu düzeni kapsamında değerlendirilecek bir husus olup olmadığına Yargıtay 11. Hukuk Dairesi olumsuz cevap vermiştir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 16.7.2013 tarihli kararında, İsviçre’de açılan tahkim davasında, davanın reddine karar verilmesine rağmen yargılama giderlerinin aleyhine tahkime başvuru kişiler tarafından ödenmesine ilişkin hakem kararının tenfizinin kamu düzenine aykırı olmadığı sonucuna varmıştır. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin söz konusu kararı şöyledir:

11. HD, E. 2012/16024, K. 2013/14728, T. 16.7.2013: Davacı Klüh Beteiligungsgesellschaft GmbH ile davalılar Hüseyin B., Hamit B. ve Nusret B. arasında yapılan 16.10.2007 tarihli ortaklık sözleşmesi ve 29.02.2008 tarihli Ortaklık Ek Sözleşmesinin “L. İhtilaflar” maddesinin 2. bendinde tarafların aralarındaki uyuşmazlığı çözmek konusunda uzlaşmacı tutumun sonuçsuz kalması halinde uyuşmazlıkların, Zürih Sanayi ve Ticaret Odası Kurallarına göre toplanacak üç kişilik bir hakem heyetiyle çözüleceği, söz konusu hakem heyetinin birer üyesinin taraflarca atanacağı ve üçüncü hakemin ise diğer iki hakem tarafından belirleneceği açıkça ve herhangi bir tereddüde yer vermeyecek şekilde belirlenmiş olduğunu, müvekkili Klüh Beteiligungsgesellschaft GmbH tarafından davalılar aleyhine İsviçre Odası Tahkim Kuralları kapsamında 3.556.157,61 TL bedel üzerinden bir tazminat davası ikame edilmiş olduğunu, hakem heyeti tarafından yapılan yargılama sonucunda 28.09.2010 tarihli karar tesis edildiğini, mezkur kararın ‘Nihai Hüküm’ başlıklı 9. maddesinin 6. ve 7. bendleri uyarınca yargılama masrafları ve katma değer vergisine karşılık gelmek üzere toplamda 118.902,75 SFR ile 14.458,90 Avro’nun davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsili ile müvekkil şirkete ödenmesine karar verildiğini ileri sürerek, İsviçre Ticaret Odası’nın 600157-2009 sayılı ve 28.09.2010 tarihli kararının ‘Nihai Hüküm’ başlıklı 9. maddesinin 6. ve 7. bendlerinin tenfizine, yargılama giderleri ile vekalet ücretinin karşı tarafa yükletilmesine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalılar vekili, davacı şirketin haksız ve kötü niyetli olarak müvekkillerine İsviçre Ticaret Odası’nda tahkim davası açtığını, Emin Tabldot ve Emin Hazır Yemek şirketlerinin %100 tüm ekonomik değerlerinin davacıya geçtiğini, davacının %49’luk kısma tekabül eden kısım ile ilgili borcunu ödemediğini, İsviçre Odası Tahkim davasında, tahkim kurulunun 28.09.2010 tarih ve 600157-2009 sayılı kararında, IX. Karar başlıklı 4. Numaralı bendinde “davacının taleplerinin tamamen reddedilmiş olduğunu” kararın oy birliği ile alındığını, 16.10.2010 tarihli Birleşme Sözleşmesinin K. Nihai Şartlar başlıklı bölümün 1 numaralı bendinde sözleşme ile ilgili ihtilaflarda Türk hukukunun uygulanacağı açıkça belirtilmiş olduğunu savunarak, davacının açmış olduğu tenfiz davası MÖHUK ilgili maddelerine dolayısıyla Türk hukukuna açıkça aykırı olduğunu ve davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece, Türk hukuk sistemine göre mahkeme masrafları ve harçların davalı taraftan tahsilinin davada kaybedilen miktar üzerinden mümkün olduğu, davacı davayı kazandığı

205 Ay, (n 82) 513.

veya kısmen kabullerde kabul miktarı oranında yaptığı yargılama giderini karşı taraftan talep edebileceğinin HMK ile net bir şekilde hükme bağlandığı, HMK'nın 323. maddesinde de yargılama giderinin aleyhine hüküm verilen taraftan alınmasına cevaz verdiği, davanın reddi halinde yapılan tüm masraf ve harçların davacı üzerinde bırakılacağı, davacının böyle bir talebinin olmadığı, davacı talebinin Zürih tahkim heyetinde red edilmiş olması karşısında iç hukuka göre davacının yargılama giderini davalı taraftan talep hakkı HMK 323. ve 326. maddeleri doğrultusunda mümkün görülmediği ve ana davanın tahkim heyetince red edilmiş olması karşısında yargılama gideri ve harç masraflarının iç hukukuna göre talep edilemeyeceği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Kararı davacı vekili temyiz etmiştir. Dava, yabancı tahkim heyeti tarafından verilen kararın kısmen tenfizi istemine ilişkin olup, mahkemece, yabancı hakem kararının tenfiz talebine konu bölümlerinin 6100 sayılı HMK'nın 323. ve 326. maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle tenfiz talebinin reddine karar verilmiştir. Ancak 5718 sayılı MÖHUK'un 62. maddesi uyarınca mahkeme yabancı hakem kararının tenfizi istemini; tahkim sözleşmesi yapılmamış veya esas sözleşmeye tahkim şartı konulmamış ise, hakem kararı genel ahlaka veya kamu düzenine aykırı ise, hakem kararına konu olan uyuşmazlığın Türk kanunlarına göre tahkim yoluyla çözümü mümkün değilse, taraflardan biri hakemler önünde usulüne göre temsil edilmemiş ve yapılan işlemleri sonradan açıkça kabul etmemiş ise, hakkında hakem kararının tenfizi istenen taraf, hakem seçiminden usulen haberdar edilmemiş yahut iddia ve savunma imkânından yoksun bırakılmış ise, tahkim sözleşmesi veya şartı taraflarca tabi kılındığı kanuna, bu konuda bir anlaşma yoksa hakem hükmünün verildiği ülke hukukuna göre hükümsüz ise, hakemlerin seçimi veya hakemlerin uyguladıkları usul, tarafların anlaşmasına, böyle bir anlaşma yok ise hakem hükmünün verildiği ülke hukukuna aykırı ise, hakem kararı, hakem sözleşmesinde veya şartında yer almayan bir hususa ilişkin ise veya sözleşme veya şartın sınırlarını aşıyor ise bu kısım hakkında, hakem kararı tabi olduğu veya verildiği ülke hukuku hükümlerine veya tabi olduğu usule göre kesinleşmemiş yahut icra kabiliyeti veya bağlayıcılık kazanmamış veya verildiği yerin yetkili mercii tarafından iptal edilmiş ise yabancı hakem kararının tenfizi istemini reddedebilecektir. Somut olayda anılan nedenlerden hiçbiri gerçekleşmediği gibi, sadece yargılama giderlerinin aleyhine tahkim yoluna başvuru olan davacılar tarafından tahsiline karar verilmesi de kamu düzenine aykırılık teşkil etmez. Bu itibarla, anılan yabancı hakem heyeti kararının tenfizine karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiş, hükmün davacı yararına bozulması gerekmştir”.

İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 14. Hukuk Dairesi'nin 30.1.2020 tarihli kararına konu olan ICC hakem kararının tenfizi davasında, davalılar vekili, hakemlerce hüküm altına alınan yargılama giderlerinin Türk kamu düzenine aykırı olduğunu; usule ilişkin bu hususun kamu düzeni uyarınca yabancı hakem kararının tenfizini engelleyeceğini öne sürmüştür. İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 14. Hukuk Dairesi de yargılama giderlerini ICC Tahkim Kuralları'nda yer alan usul çerçevesinde hüküm altına alınması sebebiyle, bu usul Türk hukukuna aykırı olsa bile, yabancı hakem kararının tenfizini kamu düzenine aykırı hale getirmeyeceği sonucuna varmıştır.

İstanbul BAM, 14. HD, E. 2019/2100 K. 2020/74 T. 30.1.2020: “[...] Taraflar arasındaki hisse devir sözleşmesi uyarınca tahkim yargılamasının Zürih'te (İsviçre'de) ikame edilerek görüldüğünü, [...] hakem heyetinin yargılaması sonucunda, 9 Mart 2018 tarihli nihai kararında, davalıların (tahkim davasının davacılarının) müvekkilinin tahkim davası yüzünden katlanmış olduğu toplam 1.641.236,21 ABD Doları, 3.789.421,36 Euro ve 42.244,06 İsviçre Frangı

tutarındaki masrafın, 9 Mart 2018 tarihinden itibaren 3095 sayılı Kanunun 4(a) maddesi uyarınca işleyecek faizi ile birlikte müvekkiline davalılarca müştereken ve müteselsilen ödenmesine karar verildiğini, bu karara karşı yasal süresi içinde iptal davası açılmadığını, kararın kesinleşerek icra kabiliyeti kazanmış ve taraflar açısından bağlayıcı hale geldiğini ileri sürerek, [...] ICC nezdinde görülmüş olan...numaralı tahkim yargılaması çerçevesinde verilen 9 Mart 2018 tarihli hakem kararının aynen tenfizine ve ayrıca ihtiyati haciz koşulları olduğundan, tenfize konu hakem kararında davalılar tarafından müvekkili şirkete ödenmesine hükmedilen alacağı teminat altına almak üzere davalıların taşınır ve taşınmaz malları ile üçüncü kişilerdeki hak ve alacaklarının ihtiyaten haczine karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Davalılar vekili, tahkim yargılamasında hükmedilen tahkim gideri ve masrafların dayanaklarının gösterilmediğini, tahkim heyetince belirlenen miktarların geçerliliği ve kanıtlanabilir tarafının olmadığını, yabancı hakem kararının tenfizinin Türk ekonomisine veya Türk kamu kurumlarına tahammülü güç mali bir yük getirmiş olmasının kamu düzenine aykırılık teşkil ettiğini belirterek, davanın reddine karar verilmesini istemiştir. İlk derece mahkemesince yapılan yargılama ve toplanan deliller sonucunda, tenfizi talep edilen ilamın Türk kamu düzenine aykırılık teşkil ettiği iddiasının soyut ve dayanaksız olduğu, hakem heyeti kararında, talep edilen masrafların ICC Tahkim Kuralları'nın 37. maddesine uygun olduğunun tespit edildiği, kaldı ki hakem kararlarının maddi hukuk bakımından içeriği ve doğruluğunun tenfiz mahkemesi tarafından incelenemeyeceği gerekçesiyle, [...] ICC nezdinde görülmüş olan...numaralı tahkim yargılaması çerçevesinde verilen 09.03.2018 tarihli yabancı hakem kararının MÖHUK'un 60 vd. maddeleri uyarınca ve New York Sözleşmesi uyarınca tenfizine karar verilmiştir. Bu karara karşı davalılar vekili tarafından istinaf başvurusunda bulunulmuştur. [...] Davalılar vekilinin istinaf dilekçesinde özetle [...] tenfize konu yabancı hakem kararının konusunu avukatlık ücreti ve tahkim masrafları oluşturduğunu, hakemlerin yetkilerini aşarak ve herhangi bir hukuk kuralına bağlı kalmayarak takdiren bu ücretleri belirlediğini, böylece tahkim yeri olan İsviçre hukuku ve Türk hukukunun emredici kurallarının, dolayısıyla kamu düzeninin ihlal edildiğini [...] öne sürmüştür. [...] Taraflar arasında imzalanan hisse alım-satım sözleşmesinde tahkim yeri olarak İsviçre/Zürich'in gösterildiği, Türkiye Cumhuriyeti kanunlarının geçerli olacağı ve sözleşmeden kaynaklı ihtilafların Paris'teki Uluslararası Ticaret Odası Tahkim kuralları doğrultusunda, üç hakem tarafından nihai olarak çözüme kavuşturulacağı öngörülmüştür. Taraflar arasındaki uyuşmazlık, tenfizi istenen yabancı hakem kararında, davacı lehine belirlenen tahkim gider ve masraflarının hakem heyetince usulüne uygun olarak belirlenip belirlenmediği ve ilgili kararın tenfiz koşullarının oluşup oluşmadığı noktasında toplanmaktadır. [...] Davalılar vekili, tenfize konu hakem kararının yargılama giderlerine ilişkin bölümlerinin kamu düzenine aykırı olduğunu savunmuştur. [...] Somut olayda davalılar vekili, hakemlerce hüküm altına alınan yargılama giderlerinin Türk kamu düzenine aykırı olduğunu savunmuş olup, usule ilişkin bir hususta kamu düzenine aykırılık iddiası söz konusudur. Taraflar, özgür iradeleriyle ICC tahkim kurallarının uygulanmasını seçmişlerdir. Hakemler, yargılama giderlerini bu tahkim kurallarının tayin ettiği usul çerçevesinde hüküm altına almıştır. Dosya kapsamına göre, tahkim yargılamasında taraflarca belirtilen masrafların dayanaklarının gösterilmemesi ile ilgili hakem heyeti tarafından taraflara sunulan öneriye karşı çıkmadığı, davacının sunmuş olduğu masraflara da itiraz edilmediği, tahkim masrafları ile ilgili olarak tahkimin tabi olduğu ICC Kuralları'nın 37. maddesine uygun olarak karar verildiği, hakem kararına karşı iptal davası açılmadığı, bu nedenlerle yabancı hakem kararının kamu düzenine aykırı olmadığı ve yukarıda belirtilen tenfiz şartlarının somut olayda gerçekleştiği gözetildiğinde, ilk derece mahkemesince, hakem kararının tenfizine karar verilmesinde usule ve yasaya aykırılık görülmemiştir”.



Davalılar, yargılama masraflarına ilişkin ICC hakem kararında tahkim giderlerinin ve masraflarının dayanaklarının gösterilmediğini; gider ve masrafların miktarların geçerliliği ve kanıtlanabilir olmadığını; yabancı hakem kararının tenfizinin Türk ekonomisine veya Türk kamu kurumlarına tahammülü güç mali bir yük getirmiş olmasının kamu düzenine aykırılık teşkil ettiğini belirterek tenfize karşı çıkmıştır. İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 14. Hukuk Dairesi, ICC hakem heyetinin masraflar konusunda ICC Tahkim Kuralları'nın 37. maddesini esas almasını; tarafların özgür iradeleriyle ICC Tahkim Kuralları'nın uygulanmasını kararlaştırmasını; davalının hakem heyetine sunmuş olduğu masraflara itirazlar etmemesini; Zürih'te verilen hakem kararının iptali için İsviçre Federal Mahkemesi'nde dava açılmamasını esas alarak davalının kamu düzeni savunmasını kabul etmemiştir.

### **7. Kesinleşmiş Türk Mahkemesi Kararının Kamu Düzeni Kapsamında Yabancı Hakem Kararının Tenfizine Etkisi**

Yabancı hakem kararının kesinleşmiş bir Türk mahkemesi kararıyla aynı konuya ilişkin olması, kamu düzeni kapsamında yabancı hakem kararının Türkiye'de tenfizini engelleyecektir. Türk mahkemesi kararının ilk derece, istinaf veya Yargıtay kararı olması arasında fark yoktur. Üstelik kararı veren mahkemenin hangi mahkeme olduğu da önemli değildir. Kararı veren ceza mahkemesi, idare mahkemesi, vergi mahkemesi, Danıştay olabileceği gibi asliye ticaret veya asliye hukuk ya da sulh hukuk mahkemesi vs. olabilir. Nitekim Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 1.5.2007 tarihli kararında ICC hakem kararının vergi mahkemesince verilen ve kesinleşen kararla çelişmesi sebebiyle kamu düzeni uyarınca ICC hakem kararının Türkiye'de tenfiz edilemeyeceği sonucuna varmıştır.

11. HD, E. 2006/7396, K. 2007/6672, T. 1.5.2007: [...] Öte yandan, somut uyuşmazlığın gelişiminde davacılar tarafından davalıya satış sözleşmesi kapsamında ödenen KDV'nin davalı tarafından ilgili vergi dairesine yatırılmasını emreden vergi mahkemesi kararı, davalının 4811 sayılı Kanundan faydalanabilmek amacıyla davadan feragati nedeniyle kesinleşmiştir. Hakem kararının (30) numaralı paragrafı, davacıların talebinin ve hakem kararının temelini açıkça, kesinleşmiş Türk mahkeme kararının aksine, taraflar arasındaki sözleşmenin KDV'den muaf olması düşüncesine dayanmaktadır. Oysa bu husus İstanbul Vergi Mahkemesinin 2001/229 Esas, 2001/1221 sayılı ilamıyla kesinleşmiş olup, taraflar arasındaki sözleşmenin KDV'den muaf olmadığına karar verilmiştir. Bu sebeple, taraflar arasındaki sözleşmenin KDV'den muaf olduğu ve bu nedenle KDV karşılığı davalıya ödenen paranın istirdadına dair karar veren hakem kararının, kesinleşen Türk mahkemesi kararı ile çelişeceği ve bu durumun kamu düzenine aykırılık teşkil edeceğinin açık olması karşısında, dava konusu hakem kararının New York Konvansiyonunun V(2)(b) ve 2675 sayılı Kanunun 45(b) maddeleri karşısında tanınması ve tenfizinin mümkün olmamasına göre, davacıların tenfiz isteminin reddine karar verilmesi gerekirken istemin kabulü doğru olmamış ve kararın açıklanan nedenlerle davalı yararına bozulmasına karar vermek gerekmiştir<sup>206</sup>.

206 Karar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ekşi, Yargıtay Kararları Işığında ICC Hakem Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi, (n 1) 65-67; Ekşi, Yargıtay Kararlarında Yabancı Hakem Kararlarının New York Konvansiyonuna Göre Tenfizine İlişkin Bazı Sorunlar, (n 6) 145-149.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 29.11.2018 tarihli kararında<sup>207</sup> enteresan bir sonuca varmış ve ICC hakem kararının Türk ceza mahkemesince verilen ilamla çeliştiği itirazını kabul etmemiştir. Yargıtay kararına konu olan olayda aynı uyumsuzluğa ilişkin ICC hakem heyeti tarafından verilen iki kararın tenfizi davasında davalı vekili, tahkim yargılamasında müvekkilinin savunma hakkının kısıtlandığını, verilen kararın Türkiye’de alınan mahkeme kararları ile çeliştiğini belirterek davanın reddini talep etmiştir. Mahkemece, Türk mahkemelerince verilmiş ve kesinleşmiş mahkeme kararı ile çelişen 13.12.2012 tarihli hakem kararı ile adil yargılanma hakkının ihlali suretiyle yapılan tahkim yargılaması sonucu verilen 19.12.2013 tarihli yabancı hakem kararının kamu düzenine aykırılık sebebiyle tenfizine dair istem reddedilmiştir. ICC hakem kararı, şirket hisselerinin hileli bir şekilde elde edilmesine dayanmaktaydı. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’ne göre, İstanbul 7. Ağır Ceza Mahkemesi’nin E. 2012/425 ve K. 2014/4 sayılı kararında, tenfiz davasında davalı olan kişinin de aralarında bulunduğu sanıkların üzerlerine atılı suçları işlediklerine dair mahkumiyetlerine yeterli kesin ve inandırıcı delil elde edilemediği; atılan suçların unsurları itibarı ile oluşmadığı anlaşıldığından, sanıkların üzerlerine atılı nitelikli dolandırıcılık, suç işlemek amacıyla örgüt kurma ve üye olma, suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme, özel belgede sahtecilik suçlarından dolayı beraatlerine karar verilmiş olup, bu karar Yargıtay 23. Ceza Dairesi’nin E. 2015/18025 K. 2015/1785 sayılı ilamı ile onanarak kesinleşmiş olup, beraat gerekçesi dikkate alındığında tenfizi istenilen yabancı hakem kararı ile ceza davası sonucu verilen bu kararın çeliştiğinden ve tenfizi istenen kararın kamu düzenine aykırı olduğundan söz edilemez.

### **8. Tahkim Davasının Görüleceği Merkezin Terditli Olarak Seçilmesinin Kamu Düzeni Kapsamında Yabancı Hakem Kararının Tenfizine Etkisi**

Yargıtay, 9.6.1999 tarihli kararında<sup>208</sup> terditli kurumsal tahkim merkezi seçiminin ve hakem seçme hakkının sadece iddia sahibine ait olmasının kamu düzeni ile olan bağlantısını değerlendirmiştir. Taraflar arasındaki 8 Şubat 1992 tarihli sözleşmenin 9. maddesinde bu sözleşmeden veya bu sözleşme ile ilgili olarak doğabilecek anlaşmazlıkların taraflarca dostça çözümleneceği, bunun imkânsız olması halinde tarafların konuyu normal mahkemelere müracaat etmeden İsveç’teki Stockholm Ticaret Odasının Tahkim Kurumu’na götürecekleri kararlaştırılmıştır. Sözleşmenin anılan maddesine 11 Eylül 1992 tarihinde yapılan ilave ile “sözleşmeden doğan herhangi bir anlaşmazlık veya iddianın aynı zamanda Rusya’da Moskova Ticaret ve Sanayi Odasında, Rus Malzeme Yasası ve kurallarına göre Uluslararası Tahkim Mahkemesi tarafından çözümleneceği, tahkim heyetini seçme hakkının iddia sahibine ait olduğu” hükme bağlanmıştır. Görüldüğü gibi taraflar sözleşmenin 9. maddesine yapılan ilave ile Stockholm Ticaret Odasının Tahkim Kurumu yanında Moskova Sanayi ve Ticaret

<sup>207</sup> 11. HD, E. 2016/14160, K. 2018/7501, T. 29.11.2018.

<sup>208</sup> HGK, E. 19-467, K. 489, T. 9.6.1999: (2000) XXVI(2) Yargıtay Kararları Dergisi, 183.

Odası nezdindeki Uluslararası Tahkim Mahkemesini de yetkili kılmıştır. Tarafların ortak iradesi uyuşmazlığın hakemde çözümlenmesi yönünde olduğundan ve bu şekilde tahkim heyetinin seçimine engel yasal bir düzenleme bulunmadığından, terditli hakem seçiminin geçersiz olduğuna ilişkin mahkeme gerekçesi isabetli değildir<sup>209</sup>. Ek sözleşmede tahkim heyetinin seçme hakkının iddia sahibine ait olduğu belirtilmiştir. İlk derece mahkemesi tarafından bu düzenlemenin Türk kamu düzenine aykırı olduğu kabul edilmiştir. Tahkim sözleşmesinde veya bir sözleşmede yer alan tahkim şartında taraflardan sadece birine hakem heyetini seçme hakkının tanınması halinde taraflardan biri lehine yargılamada üstünlük sağlanmış olacağından böyle bir tahkim sözleşmesi veya tahkim şartı geçerli değildir. Yargıtay'a göre, somut olayda hakemleri seçme hakkı iddia edene yani her iki tarafa da tanınmıştır. Böyle bir tahkim şartı ile davacı satıcı firma yargılama bakımından üstün bir duruma getirilmemiştir. Bu nedenle ek sözleşmedeki hakem seçimine ilişkin hükmün kamu düzenine aykırı olduğu kabul edilemez<sup>210</sup>.

### **9. Türk Hukukuna Göre Tahkime Elverişli Olmayan Bir Konuya İlişkin Yabancı Hakem Kararının Tenfizine Kamu Düzeninin Etkisi**

Gerek New York Konvansiyonu'nun V(2)(a) maddesinde gerekse MÖHUK'un 62(1)(c) maddesinde, yabancı hakem kararının tenfiz devletinin hukukuna göre tahkime elverişli olmayan bir konuda verilmiş olması ayrı bir tenfiz engeli olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla tahkime elverişliliği aslında kamu düzeni kapsamında incelemeye gerek yoktur. Bununla beraber aşağıda incelenecek olan Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 8.2.2012 tarihli kararında, Türk vergi mevzuatının kamu düzenine ilişkin olması sebebiyle vergiyle bağlantılı yabancı hakem kararının tenfizinin kamu düzeni kapsamında değerlendirilebileceğine ilişkin izlere rastlamak mümkündür.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 8.2.2012 tarihli kararına konu olan olayda, davalı, Marmara Depremi Acil Yeniden Yapılandırma Projesi'ne (MEER Projesi) ilişkin olarak, yabancı ortak D. şirketinden kesilen vergi stopajlarının, taraflar arasındaki ortak girişim sözleşmesi hükümlerinin o tarihte yanlış yorumlanması nedeniyle D.'ye iade edildiğini, MEER projesi sırasında ise, yapılan uygulamanın hatalı olduğu anlaşılacak, vergi stopajlarının ödenmeyeceğinin bildirilip, daha önce yapılan ödemelerin de hak edişlerden mahsup edildiğini, davacının bu duruma karşı çıkarak, vergilerin iadesi talebiyle tahkim yoluyla ICC tahkimine başvurduğunu; ICC hakem kararının stopajların iadesine karar verdiğini; Türk vergi kanunlarına aykırı, vergi kaçırmaya yönelik, hileli uygulamalara geçerlilik tanıyan ICC hakem kararının genel ahlaka ve kamu düzenine aykırı olduğunu; New York Konvansiyonu'nun

209 Ekşi, Yargıtay Kararlarında Yabancı Hakem Kararlarının New York Konvansiyonuna Göre Tenfizine İlişkin Bazı Sorunlar, (n 6) 125.

210 Ekşi, Yargıtay Kararlarında Yabancı Hakem Kararlarının New York Konvansiyonuna Göre Tenfizine İlişkin Bazı Sorunlar, (n 6) 125.

V(2)(b) maddesi gereğince tenfizinin talep edilemeyeceğini, aynı Konvansiyonun V(2)(a) maddesi gereğince uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümlenmesinin de mümkün olmadığını savunarak davanın reddini dilemiştir. İlk derece mahkemesi tenfiz istemini kabul etmiş; davalı temyiz yoluna başvurmuştur. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 29.12.2009 tarihli kararıyla<sup>211</sup> ilk derece mahkemesi hükmünü bozmuştur. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'ne göre, taraflar arasındaki sözleşmenin uygulanması aşamasında, hakem kararı ile davacı Ortak Girişime iadesine karar verilen vergilerin, sorumlusu, yükümlüsü, ödenip ödenmediği, olayda vergi mevzuatına aykırılık, vergi kaçırmaya, hileli ve muvazaalı işlemlere ve örtülü kazanç elde etmeye yönelik bir durumun olup olmadığı, davacıların kendi aralarında akdetmiş oldukları Ortak Girişim Sözleşmesi uyarınca vergilerin ödenmesi konusunda ne yönde anlaşma yapıldığının belirlenmesi, taraflar arasındaki sözleşmenin icrası aşamasında bunun uygulanıp uygulanmadığı hususları dikkate alınarak yabancı hakem kararının tenfizinin Türk kamu düzenine aykırı olup olmadığı değerlendirilmesinin gerektiği gerekçeleriyle ilk derece mahkemesi kararı bozulmuştu. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 8.2.2012 tarihli kararıyla 13. Hukuk Dairesi'nin kararını onamıştır. Ancak karara ilişkin muhalefet şerhi, özetle, şöyledir:

HGK E. 2011/568 K. 2012/47 T. 8.2.2012: [...] Muhalefet Şerhi: Bozmanın nedeni hem taraflar arasındaki sözleşmenin hem de davacıların kendi aralarında yaptıkları sözleşmenin kamu düzenini doğrudan ilgilendiren vergi mevzuatı bakımından aykırı hükümler oluşturup oluşturmadığının araştırılmasıdır. [...] Vergi hususu kamu düzeni ile doğrudan ilgili olup hakem kararında Türk vergi mevzuatına aykırı bir durumun bulunması tenfize engeldir, ancak somut olayda böyle bir durum söz konusu değildir. Tenfize konu olan olay Devlete ödenecek olan verginin kendisi ile ilgili değildir, yani hakem kararında verginin ne şekilde hesaplanması gerektiği veya ödenmesi gereken bir verginin Devlete ödenip ödenmeyeceği gibi konularda karar verilmemiştir. Karar, Türk vergi mevzuatına uygun olarak tahakkuk etmiş bir verginin taraflardan hangisi tarafından ödeneceği hususu ile ilgili olup, bunun kamu düzeni ile uzaktan yakından bir ilgisi bulunmamaktadır. Verginin kimin tarafından ödeneceği hususu taraflarca her zaman kararlaştırılabilir. Kaldı ki eldeki davada kimin tarafından ödeneceği tartışmalı olan vergi de Devlete ödenmiş olup bir vergi kaybı da söz konusu değildir. [...] Tekrar vurgulamakta yarar vardır ki burada kamu düzenini ilgilendiren ve doğrudan vergi mevzuatı ile ilgili bir niza söz konusu değildir. Niza verginin taraflardan hangisi tarafından ödeneceği konusundadır. Zaten bu konunun içerik incelemesi yasağından dolayı da Türk Mahkemelerince incelenmesi söz konusu değildir. Yukarıda açıklanan nedenlerle yerel mahkeme kararının onanması gerektiği düşüncesindeyim.

## **10. Fahiş Cezai Şart ve Fahiş Faizin Tahsiline İlişkin Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizine Kamu Düzeninin Etkisi**

Yabancı hakem kararının tenfizi davasında, hakemlerce tahsiline hükmedilen cezai şartın fahiş olduğu ve dolayısıyla hakem kararının bu yönüyle kamu düzenini ihlal ettiği öne sürülebilir. Nitekim Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 12.5.2014 tarihli

211 13. HD, E. 2009/4018 K. 2009/15528 T. 29.12.2009.

kararında<sup>212</sup> davalı tarafından yabancı hakem kararında tahsiline hükmedilen cezai şartın fahiş olması sebebiyle kamu düzenine aykırı olduğu ileri sürülmüştü. Karar konu olan olayda eser sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlığın çözümü için ICC tahkimine başvurulması kararlaştırılmıştır. Taraflar aralarındaki uyuşmazlığı öncelikle sulh yoluyla çözümlenmeye çalışmıştır. Yapılan sulh anlaşmasına uyulmaması üzerine ICC tahkimine başvurulmuştur. ICC hakem heyeti, sulh anlaşması uyarınca davacıya ödeme yapılmasına karar vermiştir. Davalı, tenfiz davasında, diğer itirazlarının yanı sıra, ödenmesine hükmedilen cezai şartın fahiş olması sebebiyle yabancı hakem kararının kamu düzenine aykırı olduğunu öne sürmüştür. İlk derece mahkemesi ekonomik özgürlüğü yok edecek veya ağır şekilde kısıtlayacak, ekonomik geleceği tehlikeye düşürecek miktarda cezai şartın TBK uyarınca batıl olduğu ve dolayısıyla hakem kararının kamu düzenini ihlal ettiği gerekçesiyle tenfiz davasını reddetmiştir. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 12.5.2014 tarihli kararıyla ilk derece mahkemesi hükmünü bozmuştur. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin söz konusu kararına göre:

“[...] Tenfizi talep edilen hakem kararında hüküm altına alınan miktar, tarafların sulh sözleşmesinde kararlaştırdıkları miktar olup tenfizi istenen hükümde [...] cezai şartın fahiş olarak kararlaştırılmış olmasının kabulü halinde dahi kamu düzenine aykırılık söz konusu olmadığından tenfiz talebinin kabulü gerekirken reddi doğru olmamış, hükmün bu nedenlerle bozulması gerekmiştir”.

Kanaatimizce, Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin bu sonuca varmasında, hakemin tahkim yargılamasından önce taraflar arasında yapılan sulh anlaşmasında belirtilen cezai şart miktarını esas alarak bu miktarın tahsiline karar vermesi etkili rol oynamıştır. Burada acaba taraflar arasında sulh sözleşmesi yapılmamış olsaydı Yargıtay 15. Hukuk Dairesi aynı sonuca varır mıydı sorusu akla gelmektedir. Bu sorunun yanıtı ancak konuya ilişkin yeni bir Yargıtay kararı ile açıklık kazanacaktır. Bununla beraber ilk derece mahkemesi kararı, bu konudaki yaklaşımı yansıtmaması bakımından ölçü olarak alınabilecektir.

Yabancı hakem kararında fahiş oranda faize veya birleşik faize hükmedilmesi, yabancı hakem kararının kamu düzeni bağlamında tenfizine engel bir durum olarak dikkate alınabilir<sup>213</sup>. İstanbul 17. Asliye Ticaret Mahkemesi birleşik faiz ödenmesine ilişkin yabancı hakem kararını kamu düzenine aykırı bulmamıştır<sup>214</sup>. Karara konu olan olayda Londra'da verilen ve denizyoluyla taşımadan doğan demuraj alacağının tahsiline ilişkin hakem kararının New York Konvansiyonu'na göre tenfizi davasında, davalı, diğer itirazlarının yanı sıra, zarara uğramayan taraf lehine tazminata hükmedilmesinin kamu düzenine aykırılık teşkil ettiğini, hakem tarafından döviz üzerinden belirlenmiş olan ana paraya üç ayda bir % 5, yılda % 20 olmak üzere son derece fahiş bir faiz oranına hükmedildiğini, kabul edilen faizin bileşik faiz niteliğinde olması nedeniyle

212 15. HD, E. 2014/2183, K. 2014/3226, T. 12.5.2014.

213 Ay, (n 82) 513.

214 İstanbul 17. Asliye Ticaret Mahkemesi, E. 2019/23 K. 2019/406, T. 9.10.2019.

kamu düzenine aykırılık teşkil ettiğini, dolayısıyla dava konusu hakem kararının tenfiz şartlarının oluşmadığını savunarak davanın reddine karar verilmesini istemiştir. İstanbul 17. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 9.10.2019 tarihli kararı şöyledir:

İstanbul 17. Asliye Ticaret Mahkemesi, E. 2019/23 K. 2019/406, T. 9.10.2019: [...] Davalı vekili hakem kararında bileşik faiz niteliğinde faize hükmedilmesinin kamu düzenine aykırılık teşkil ettiği iddiasında bulunmuş olup, bilirkişi raporunda da TTK, TBK ve 3095 sayılı Kanun'da yer alan hükümler, kambiyo mevduatı ve son dönemlerde döviz kurlarındaki fahiş artışlar birlikte değerlendirildiğinde hakem kararının faize ilişkin kısmının kamu düzenine aykırı olduğu sonucuna varılabileceği yönünde görüş bildirilmiş ise de, 6102 sayılı TTK'nın ticari işlerde oran serbestisini ve bileşik faizi düzenleyen "ticari işlerde faiz" başlıklı 8. maddesinin 2. bendinde 3 aydan aşağı olmamak üzere, faizin ana paraya eklenerek birlikte tekrar faiz yürütülmesi şartı, yalnız cari hesaplarla her iki taraf bakımından da ticari iş niteliğinde olan ödünç sözleşmelerinde geçerli olduğu, bu fıkranın sözleşenleri tacir olmayanlara uygulanmayacağı hükmü düzenlenmiş olup, bileşik faizi kabul eden hakem kararlarının tenfiz edilebileceği Yargıtay kararlarıyla da kabul edildiğinden hakem kararında yer alan bileşik faiz uygulamasının kamu düzenine aykırılık oluşturmadığı kabul edilmiştir.

Londra'da verilen hakem kararının konusunu denizyoluyla taşımadan kaynaklanan demuraj alacağı oluşturmaktadır. Taraflar arasındaki ilişki cari hesap sözleşmesi niteliğinde olmadığı gibi ödünç sözleşmesi de değildir. İstanbul 17. Asliye Ticaret Mahkemesi bu hususu gözardı etmiştir. Kanaatimizce bu iki konu dışında birleşik faizi yasaklayan TTK'nın 8(2). maddesi, son dönemlerde döviz kurlarındaki fahiş artışlar birlikte değerlendirildiğinde yabancı hakem kararının birleşik faize ilişkin kısmının kamu düzenine aykırı olması sebebiyle tenfizini engelleyebilecektir.

## **VI. Özellik Arzeden Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeninin Etkisi**

### **A. Hakemlerce Verilen İhtiyati Tedbir Kararlarının Tenfizine Kamu Düzeninin Etkisi**

*Tanrıver*, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu ile HMK'nin 404-444. maddelerinin yürürlüğe girmesinden önce yazdığı makalesinde, hakemlerce ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı gibi koruyucu önlem kararları verilemeyeceğini; isticvap kararı alınamayacağını; bu işlemleri mahkemeler aracılığıyla yapmalarının gerektiğini; dolayısıyla ihtiyati haciz veya ihtiyati tedbire ilişkin yabancı hakem kararlarının kamu düzeni sebebiyle Türkiye'de tenfiz edilemeyeceğini ifade etmiştir<sup>215</sup>. *Erten*, hakemlerce verilen ihtiyati tedbir kararlarının New York Konvansiyonu'na göre tenfiz edilip edilemeyeceğinin, bunların hakem kararı olup olmadığı; hakem kararı iseler ara kararı olarak mı yoksa nihai karar olarak mı dikkate alınacağı sorularına verilecek yanıtı göre değişeceğini ifade etmiştir<sup>216</sup>. Hakemlerce verilen

215 Tanrıver, Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tenfizi Bağlamında Kamu Düzeninin Etkisi, (n 63) 485.

216 Rifat Erten, *Milletlerarası Ticari Tahkim Hukukunda Geçici Koruma Önlemleri*, (1<sup>st</sup> edn, Adalet 2010), 223.

ihtiyati tedbir kararlarının, hakem kararı niteliğinde olmaları sebebiyle New York Konvansiyonu'na göre tenfize konu olabileceklerini belirten *Erten*<sup>217</sup>, bu kararların sonradan değiştirilebilir veya kaldırılabilir olmasının bağlayıcı olmalarına engel olmadığını<sup>218</sup>; hakemlerce verilen ihtiyati tedbir kararları açısından kamu düzenine aykırılığın çeşitli şekillerde ortaya çıkabileceğini belirtmiştir<sup>219</sup>. Hakemlerce verilen ihtiyati tedbir kararının içerdiği hüküm veya tedbirin türü kamu düzenine aykırı olabilir ya da tenfiz devletinin ihtiyati tedbir kararlarına yaklaşımı açısından kamu düzenine aykırılık olabilir. Örneğin, hakemlerin ihtiyati tedbir kararı vermesini yasaklayan bir devlette, yabancı hakem kararıyla verilen ihtiyati tedbir kararının tenfizi kamu düzenine aykırı bulunabilir<sup>220</sup>. Kanaatimizce, yabancı hakem kararında İİK'nın 82. maddesi uyarınca haczi caiz olmayan devlet mallarının<sup>221</sup> ihtiyati haczine veya bu mallar üzerine ihtiyati tedbir konulmasına hükmedilmişse yabancı hakem kararı Türk kamu düzenini ihlal ettiği için tanınmayacak veya tenfiz edilmeyecektir.

İhtiyati hacir veya ihtiyati tedbir kararlarının bazen amacı dışında kullanılması mümkündür. Aslında gerekli olmamasına rağmen taraflardan biri sırf karşı tarafın malvarlığını öğrenmek için hakem heyetinden ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz talep edebilir. Eğer hakem heyeti bu talebi kabul edip ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı vermiş ise o zaman kamu düzeni kullanılarak bu kararın Türkiye'de tenfizi engellenebilir.

Kanaatimizce, aynı şekilde hakem heyetinin bir ara kararı ile devlet sırlarının olduğu kamu kurumlarında keşif yapılmasını veya bu kurumlardaki bilgi ve belgelerin fotokopilerinin alınmasını istemiş ise bu ara kararlar da Türk kamu düzenine aykırı olduğundan tanınmayacak ve tenfiz edilmeyecektir.

## **B. Hakemlerce Verilen RICO ve Punitive Damages Kararlarının Tenfizine Kamu Düzeninin Etkisi**

Hakemlerin RICO damages veya punitive damages karar verip veremeyeceği konusunda görüş farklılıkları vardır. Amerikan Tahkim Kanunu'nda hakemlerin punitive damages'a karar vereceklerine ilişkin hüküm mevcuttur. Ayrıca ABD Yabancı Devletlerin Yargı Bağımsızlığına İlişkin Kanun'un 1606. bölümünde; AAA (American Arbitration Association) Tahkim Kuralları'nda da aynı yönde hükümler yer almaktadır. Ancak bu düzenlemeler dışında kurumsal tahkim merkezlerinin kurallarında veya UNCITRAL tarafından hazırlanan düzenlemelerde dahi hakemlerin

217 Erten, (n 216) 233-234.

218 Erten, (n 216) 235.

219 Erten, (n 216) 237.

220 Erten, (n 216) 237.

221 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Nuray Ekşi, 'İİK'nın 82(1). Maddesi Karşısında Türk Devleti ve Devlet Kurumları Aleyhine Verilen ICSID Hakem Kararlarının Türkiye'de İcrası', *Prof. Dr. Ata Sakmar'a Armağan*, (2011) (1) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 293-323.

punitive damages'a karar verip veremeyecekleri açıkça düzenlenmiş değildir<sup>222</sup>. *Redfern/Hunter*'ın da ifade ettiği üzere hakemlerin tıpkı mahkemeler gibi esasa uygulanacak hukukta öngörülmüşse punitive damages'a karar vereceği yönünde bir eğilim vardır<sup>223</sup>. Bu konudaki tartışmalara; punitive damages kavramı ve benzer müesseselerden farkına değinmeyeceğiz. Burada punitive damages'a ilişkin yabancı hakem kararının Türkiye'de kamu düzeni açısından tenfizine engel bir durumun olup olmadığı üzerinde duracağız. Punitive damages'ın birçok hukuk sisteminde ceza hukuku özel hukuk ayırımına ters olduğu ifade edilmiştir<sup>224</sup>. Ayrıca özellikle Kıta Avrupa hukukunu uygulayan ülkelerde punitive damages'a karar veren yabancı hakem kararlarının kamu düzenine aykırı olduğu kabul edilmektedir<sup>225</sup>.

Punitive damages kararlarının tenfizini engelleyecek sebeplerin başında New York Konvansiyonu'nun V(2). maddesinin (b) bendinde yer alan kamu düzeninin geldiği; aslında V(2)(a) maddesinde ifadesini bulan tahkime elverişlilik şartı açısından da değerlendirilebileceği; ancak bu konunun da kamu düzeni kapsamında değerlendirilebileceği; dolayısıyla hakemlerce verilen punitive damages kararlarının tenfizinde kamu düzeninin tek başına belirleyici olacağı; bununla beraber punitive damages'a ilişkin yabancı hakem kararlarının tenfizinde kamu düzeninin dar anlamda kullanılması ve ihtiyatlı olunmasının gerektiği ifade edilmiştir<sup>226</sup>. Bu bağlamda, hakemlerce karara bağlanan tazminatın punitive olmasının tek başına kamu düzenine aykırılık oluşturmayacağı; hakemlerin punitive tazminata karar verme yetkilerinin olduğu; punitive tazminata ilişkin yabancı hakem kararlarının tenfizine kamu düzeninin engel olmasına sadece istisnai hallerde izin verilmesinin gerektiği ifade edilmiştir<sup>227</sup>.

Yabancı mahkemelerce verilen punitive damages kararlarının Türkiye'de tenfizi, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi adlı eserimin 578-681. sayfalarında ayrıntılı olarak incelenmiştir. Söz konusu eserimde de ifade ettiğim üzere, hakemlerce verilen RICO veya punitive tazminat kararlarının Türkiye'de tenfiz edilip edilmeyeceği meselesini, MÖHUK'un 62. maddesi ile New York Konvansiyonu'nun V. maddesinde yer alan tenfizin şartları açısından değerlendirmek gerekir. Öncelikle bu tür kararların tenfizi, tenfizin şartlarından tamamı değil ama bir kısmı açısından

222 Markus A. Petsche, 'Punitive Damages in International Commercial Arbitration: Much Ado about Nothing?', (2013) 29(1) *Arbitration International*, 89, 96-97; Nuray Ekşi, 'Milletlerarası Tahkimde Güncel İki Sorun: Hakemlerce Anti-Suit Injunction ve Punitive Tazminat Kararı Verilmesi', (2014) 3(2) *Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi*, 3, 27-31; Nuray Ekşi, 'Milletlerarası Tahkimde Güncel İki Soruna Lex Mercatoria'da Çözüm Arayışları: Hakemlerce "Anti-Suit Injunction" ve "Punitive Damages" Kararı Verilmesi', *Uluslararası Ticari Tahkim ve Yeni Lex Mercatoria*, Ahmet Cemil Yıldırım and Serhat Eskiörük (eds) (1<sup>st</sup> edn, Oniki Levha 2014), 151, 162-165.

223 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. *Redfern and Hunter*, (n 2) §§9.44-9.51. Hakemlerin punitive damages kararı verme yetkilerinin olup olmadığı hususunda kapsamı bilgi için ayrıca bkz. John Yukio Gotanda, *Supplemental Damages in Private International Law* (1<sup>st</sup> edn, Kluwer Law International 1998), 226-229; Allan E. Farnsworth, 'Punitive Damages in Arbitration', (1991) 7(1) *Arbitration International*, 3-15.

224 Ayrıntılı bilgi için bkz. Petsche, (n 222) 97-99.

225 Petsche, (n 222) 99.

226 Kyriaki Noussia, 'Punitive Damages in Arbitration: Panacea or Curse?' (2010) 27(3) *Journal of International Arbitration*, 277, 288-290.

227 Noussia, (n 226) 293-294.



sorun teşkil edecek niteliktedir. Bu sorunlardan ilki RICO damages veya punitive damages kararlarının, özel hukuka mı yoksa ceza hukukuna mı ilişkin olduğudur. Söz konusu eserimizde de ifade ettiğimiz üzere kanaatimizce, cezalandırıcı ve caydırıcı tazminatların özel hukuka ilişkin olduğunu kabul etmek gerekir<sup>228</sup>. İkinci soru, RICO damages veya punitive damages kararlarının tenfizinin kamu düzenine aykırı olup olmadığıdır. Bu soruya yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi için verdiğimiz yanıt, yabancı hakem kararları açısından da geçerlidir<sup>229</sup>.

Gerçek zararın üç katı tazminat ödenmesinde olduğu gibi RICO damages veya punitive damages kararlarının bir kısmı, misli tazminat niteliğindedir. Türk hukukunda, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve İş Kanunu örneklerinde olduğu gibi misli tazminata yer verilmiştir. O halde, misli tazminat, Türk hukukunda da düzenlenen bir müessese olduğundan yabancı hakem kararıyla hükmedilen misli tazminat kararlarının, sırf misli niteliklerinden dolayı Türk kamu düzenine aykırı olduklarını söylemek isabetli değildir. Hatta misli tazminata, Türk hukukunda hiç yer verilmemiş olsaydı bile, hakemlerce verilen misli tazminat kararının Türkiye’de tenfizine, kamu düzeni vasıtasıyla engel olmak mümkün olmayacaktı. Çünkü sistem farklılıkları kural olarak, kamu düzenini ihlâl etmez. Kamu düzeni açısından önemli olan, yabancı hakem kararının, Türk hukukunda mevcut olmayan esaslara dayanıp dayanmaması değil, tahammül edilemez bir sonuç yaratıp yaratmadığıdır<sup>230</sup>. Türk hukukunda punitive tazminatın olmadığını öne sürmek de mümkün değildir. Tıpkı Amerika’nın bazı eyaletlerinde punitive tazminatlarda limit belirlenmesinde olduğu gibi, İİK’da bir limit belirlenerek icra inkâr tazminatının ödenmesi kararlaştırılmıştır. İİK’da yer alan icra inkâr tazminatı, hiç şüphesiz punitive yani cezalandırıcı ve caydırıcı niteliktedir. Yabancı hakem kararında hükmedilen punitive tazminat, sırf adından dolayı kamu düzenine aykırı olmayacaktır. Ancak yabancı hakem kararında hükmedilen cezalandırıcı ve caydırıcı tazminatın makûl düzeyde olmaması; somut olayın özelliklerine göre fahiş ve aleyhine tazminat kararı verilen tarafın ekonomik yıkımına sebep olması ya da AİHS’e ek 1 numaralı Protokolün 1. maddesi ile güvence altına alınan mülkiyet hakkını ihlal etmesi halinde, cezalandırıcı ve caydırıcı tazminata ilişkin yabancı hakem kararı, Türk kamu düzenine aykırılık teşkil edebilir<sup>231</sup>.

### **C. Hakemlerce Verilen Anti-suit Injunction Kararlarının Tanınmasına Kamu Düzeninin Etkisi**

Anti-suit injunction, mahkeme veya hakem heyeti tarafından, başka bir ülkede dava açılmasını veya açılmış bir davaya devam edilmesini veya ayrı bir tahkim süreci

228 Nuray Ekşi, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi* (1<sup>st</sup> edn, Beta 2013), 680.

229 Bkz. Ekşi, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*, (n 228) 681-682.

230 Ekşi, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*, (n 228) 680.

231 Ekşi, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*, (n 228) 681.

başlatılmasını önlemek için verilen tedbir kararıdır<sup>232</sup>. Anti-suit injunction kavramının Türkçe karşılığı olarak “dava karşıtı emir”<sup>233</sup>, “dava aleyhine tedbir kararı”<sup>234</sup> ve “anti-dava tedbiri”<sup>235</sup> kavramları kullanılmışsa da bu kavramlar müesseseyi tam olarak ifade etmemektedir. Anti-suit injunction tedbir kararının, “yabancı mahkeme”ye değil “davacı”ya yönelik olduğunu vurgulamak bakımından kavramın Türkçe karşılığı olarak “dava açılmasını önleyici tedbir kararı” ve “davaya devam edilmesini önleyici tedbir kararı” denilmesi daha isabetli olacaktır<sup>236</sup>. Hakemlerce verilen anti-suit injunction kararlarının Türkiye’de tanınmasını engelleyen sebepler<sup>237</sup> arasında kamu düzeni de yer almaktadır. Anti-suit injunction kararları, Türk kamu düzenine aykırı olduğundan New York Konvansiyonu’nun V(2)(b) maddesi ve MÖHUK’un 62(1)(b) maddesi uyarınca tanınmayabilirler. Çünkü Türk mahkemesinde dava açılmasını veya derdest olan bir davaya devam edilmesini engellemek için hakemlerce verilen anti-suit injunction kararını, Türk mahkemesi, yargılama gücüne; Anayasa’nın 36. maddesi ile teminat altına alınan mahkemeye başvuru hakkına ve Anayasa’nın 138. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz” yasağına aykırı bulabilir<sup>238</sup>.

## Sonuç

Zaman ve mekâna göre değişiklik göstermesi; devletlerin ve dolayısıyla bu devletlere ait mahkemelerin kamu düzeni anlayışındaki farklılıklar; aynı devlete ait mahkemeler arasında dahi kamu düzenine bakış açısının farklılık göstermesi; kamu düzeninin etkisinin her tenfiz davasının özelliklerine göre değişmesi yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi davalarında dava sonucunun önceden tahmin edilmesini zorlaştırmaktadır. “Asi bir at”a benzetilen kamu düzenini dizginlemek için gerek doktrinde gerekse mahkeme kararlarında birtakım ölçütler getirilmiştir. Kamu düzeninin dar yorumlanması, istisnai olması; kamu düzenine aykırılığın açık olması başta olmak üzere getirilen ölçütlerin bizzat kendisi bile tartışmaya açıktır. Kamu düzenini “iki tarafı keskin kılıç”a benzeten *Mistelis* bir taraftan yararlı bir araç olan kamu düzeninin diğer yandan bir silah kadar tehlikeli olduğunu ifade etmiştir<sup>239</sup>.

232 Ekşi, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, (n 228) 707; Ekşi, Milletlerarası Tahkimde Güncel İki Sorun: Hakemlerce Anti-Suit Injunction ve Punitive Tazminat Kararı Verilmesi, (n 222) 8.

233 Bilgehan Yeşilova, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi* (1<sup>st</sup> edn, Güncel Yayınevi 2008), 419.

234 Erten, (n 216) 266.

235 Serdar Acar, ‘Son Gelişmeler Işığında Anti-Suit Injunction’, *Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan* (1<sup>st</sup> edn, Vedat 2007), 1609.

236 Nuray Ekşi, ‘ICSID Hakem Heyetinin Geçişi ve Korumacı Tedbir Kararı Verme Yetkisi’, (2012) I(2) Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi, 3, 39-40; Ekşi, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, (n 228) 708; Ekşi, ‘Milletlerarası Tahkimde Güncel İki Sorun: Hakemlerce Anti-Suit Injunction ve Punitive Tazminat Kararı Verilmesi’, (n 222) 8; Ekşi, Milletlerarası Tahkimde Güncel İki Soruna Lex Mercatoria’da Çözüm Arayışları: Hakemlerce “Anti-Suit Injunction” ve “Punitive Damages” Kararı Verilmesi, (n 222) 153.

237 Sebepler hakkında bkz. Ekşi, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, (n 228) 715-716.

238 Ekşi, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, (n 228) 715.

239 Mistelis, (n 44) 248.

Tıpkı bir “asi nehir”e çekilen setler gibi kamu düzenini bir çerçeveye sığdırmak için atılan adımların başarısızlığı belki de yabancı hakem kararlarının Türkiye’de sonuç doğurması için açılan her tenfiz davasında bu torba kavramın değişiklik göstermesinden kaynaklanmaktadır. 1824 yılında verilen bir İngiliz mahkemesi kararında ifade edildiği üzere asi bir ata benzeyen kamu düzeni, bir defa şaha kalktı mı sizi nereye götüreceğini asla tahmin edemezsiniz<sup>240</sup>. Ancak ünlü İngiliz hâkimi *Lord Denning*’e göre<sup>241</sup>, “eğer semerde oturan binici iyi ise asi at kontrol altında tutulabilir”<sup>242</sup>. O halde mahkemelerin kamu düzeni vasıtasıyla yabancı hakem kararlarının tenfizine müdahalesini daraltacak bir kamu düzeni kültürü ve anlayışının oluşturulmasıyla yetinilmesi gerekir. Bu anlayış ve tahkim kültürüyle yola çıkan bir bakış açısının yabancı hakem kararlarının tenfizinde kamu düzenini ihtiyatla uygulayacağı, amacı dışında kullanmayacağı muhakkaktır.

**Hakem Değerlendirmesi:** Dış bağımsız.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

**Finansal Destek:** Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.

**Conflict of Interest:** The author has no conflict of interest to declare.

**Grant Support:** The author declared that this study has received no financial support.

## Bibliyografya/Bibliography

Acar S, ‘Son Gelişmeler Işığında Anti-Suit Injunction’, *Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan* (1<sup>st</sup> edn, Vedat 2007), 1609-1654.

Akıncı Z, *Milletlerarası Tahkim*, (4<sup>th</sup> edn, Vedat 2016).

Akıncı Z, *Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi* (1<sup>st</sup> edn, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye Yayınları 1994).

Akıncı Z, ‘Gerekçesiz Hakem Kararları Türkiye’de Tenfiz Edilebilir mi?’, (1996) 70(1-3) İstanbul Barosu Dergisi, 82-91.

Alangoya Y, ‘UNCITRAL Tahkim Yönetmeliği Hakkında’, *Makaleler*, (1<sup>st</sup> edn, Beta 2012).

Ay YE, ‘A Refusal Reason of Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: Public Policy’, (2019) 56(2) Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, 503-522.

Aygül M, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim Usulüne Uygulanacak Hukuk ve Deliller* (2<sup>nd</sup> edn, Oniki Levha 2014).

Balkar Bozkurt S, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Bağımsızlık Yükümlülüğü*, (1st ed. Oniki Levha 2016).

Bantekas I, *An Introduction to International Arbitration* (1<sup>st</sup> edn, Cambridge 2015).

Blackaby N, Partasides C, Redfern A and. Hunter SMH, *Redfern and Hunter on International Arbitration* (6<sup>th</sup> edn, Oxford University Press 2015).

Born GB, *International Commercial Arbitration*, (2<sup>nd</sup> edn, Kluwer Law International 2014).

240 Mistelis, (n 44) 248; Dar, (n 36) 350.

241 *Enderby Town Foot Pakistan 338-ball Club Ltd v The Football Association Ltd* [1971] AC 591, 606

242 Mistelis, (n 44) 248; Dar, (n 36) 350.

- Bulut U, 'New York Sözleşmesi'ne Göre Kendiliğinden Dikkate Alınacak Tenfiz Engelleri Kapsamında Hakem Kararının Gerekçesi', (2013) 14(14) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 651-690.
- Cuniberti G, 'The Recognition of Foreign Judgments Lacking Reasons in Europe: Access to Justice, Foreign Court Avoidance, and Efficiency', (2008) 57(1) International and Comparative Law Quarterly, 25-52.
- Çelikel A and Erdem B, *Milletlerarası Özel Hukuk* (15<sup>th</sup> edn, Beta 2017).
- Dar AW, 'Understanding Public Policy as an Exception to the Enforcement of Foreign Arbitral Awards A South-Asian Perspective', (2015) 2(4) European Journal of Comparative Law and Governance, 316-350.
- Deynekli A, 'Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizinde Karşılaşılan Sorunlar', *Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan*, (2014) 18(Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 105-122.
- Di Pietro D and Platte M, *Enforcement of International Arbitration Awards: The New York Convention of 1958*, (1<sup>st</sup> edn, Cameron May Publisher 2001).
- Dicey/Morris&Collins, on the *Conflict of Laws*, Editors Lawrence Collins, CGJ Morse, David McClean, Andrian Briggs, Jonathan Haris and Campbell McLachlan (eds), (14<sup>th</sup> edn, Sweet and Maxwell 2006).
- Doğan V, *Milletlerarası Özel Hukuk*, (5<sup>th</sup> edn. Savaş Yayınevi 2019).
- Ekşi N, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi* (1<sup>st</sup> edn, Beta 2013).
- Ekşi N, *Milletlerarası Ticaret Hukuku* (3<sup>rd</sup> edn, Beta 2019).
- Ekşi N, *Milletlerarası Nitelikli Davalara İlişkin Mahkeme Kararları*, (1<sup>st</sup> edn, Beta 2007).
- Ekşi N, *Milletlerarası Özel Hukuka İlişkin Temel Mevzuat* (15<sup>th</sup> edn, Beta 2018)
- Ekşi N, *ICSID Hakem Kararlarının Tanınması, Tenfizi ve İcrası*, (1<sup>st</sup> edn, Beta 2009).
- Ekşi N, 'Milletlerarası Tahkimde Güncel İki Sorun: Hakemlerce Anti-Suit Injunction ve Punitive Tazminat Kararı Verilmesi', (2014) 3(2) Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi, 3-36.
- Ekşi N, 'ICSID Hakem Heyetinin Geçici ve Koruyucu Tedbir Kararı Verme Yetkisi', (2012) I(2) Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi, 3-47.
- Ekşi N, 'Yargıtay Kararları Işığında ICC Hakem Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi', (2009) 67(1) Ankara Barosu Dergisi, 54-74.
- Ekşi N, 'Yargıtay Kararlarında Yabancı Hakem Kararlarının New York Konvansiyonuna Göre Tenfizine İlişkin Bazı Sorunlar', *Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümüne İlişkin İstanbul Konferansı*, Nuray Ekşi, Turgut Kalpsüz ve Müslüm Yılmaz (eds), (1<sup>st</sup> edn, Beta 2008), 116-149.
- Ekşi N, 'Legal Framework of Commercial Arbitration in Turkey', *International Commercial Arbitration-A Comparative Survey*, Nuray Ekşi, Pedro J. Martinez-Farga and William K. Sheehy (eds), ICOC (Publication No: 2007/45), 85-91.
- Ekşi N, 'Milletlerarası Tahkimde Güncel İki Soruna Lex Mercatoria'da Çözüm Arayışları: Hakemlerce "Anti-Suit Injunction" ve "Punitive Damages" Kararı Verilmesi', *Uluslararası Ticari Tahkim ve Yeni Lex Mercatoria*, Ahmet Cemil Yıldırım and Serhat Eskiörük (eds) (1<sup>st</sup> edn, Oniki Levha 2014), 151-166.
- Ekşi N, 'AİHM'in *Ali Rıza ve Diğerleri v. Türkiye* Davasında Verdiği 28 Ocak 2020 Tarihli Kararın Özeti', (2020) II(2) İstanbul Spor Hukuku Dergisi, 215-230.

- Ekşi N, 'İİK'nın 82(1). Maddesi Karşısında Türk Devleti ve Devlet Kurumları Aleyhine Verilen ICSID Hakem Kararlarının Türkiye'de İcrası', *Prof. Dr. Ata Sakmar'a Armağan*, (2011) (1) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 293-323.
- Elçin D, *Milletlerarası Ticari Tahkim Hukukunda Sulh* (1<sup>st</sup> edn, Turhan 2019).
- Ertekin E. and Karataş İ, *Uygulamada İhtiyarî Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Tanınması* (1<sup>st</sup> edn, Yetkin 1997).
- Erten R, *Milletlerarası Ticari Tahkim Hukukunda Geçici Koruma Önlemleri*, (1<sup>st</sup> edn, Adalet 2010).
- Farnsworth AE, 'Punitive Damages in Arbitration', (1991) 7(1) *Arbitration International*, 3-15.
- Gearing M, 'The Public Policy Exception: Is the Unruly Horse Being Tamed in the Most Unlikely of Places?', *Kluwer Arb. Blog* (Mar. 17, 2011), <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2011/03/17/the-public-policy-exception-is-the-unruly-horse-being-tamed-in-the-most-unlikely-of-places-4/> (10.4.2020).
- Gotanda JY, *Supplemental Damages in Private International Law* (1<sup>st</sup> edn, Kluwer Law International 1998).
- Gül MA, 'New York Sözleşmesi Bağlamında Hukukî Dinlenilme Hakkının İhlâl', (2017) 7(29) *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 361-406.
- Haas U and Kahlert H, 'New York Convention', *Practitioner's Handbook on International Commercial Arbitration*, Frank-Bernd Weigand and Antje Baumann, (eds) (3<sup>rd</sup> edn, Oxford University Press 2019), 1572-1777.
- Hollander P, 'Report on the Public Policy Exception in the New York Convention', (2016) 10(1) *Dispute Resolution International*, 35-50.
- Kalpsüz T, *Türkiye'de Milletlerarası Tahkim*, (2<sup>nd</sup> edn, Yetkin 2010).
- Kalpsüz K, 'Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkındaki New York Sözleşmesinin Kapsamı Tenfiz Şartları ve Tenfiz Usulü', *Milletlerarası Tahkim Semineri 4 Temmuz 2007*, (1<sup>st</sup> edn, ICC Türkiye Millî Komitesi Yayınları 2007), 7-28.
- Kayalı D, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı* (1<sup>st</sup> edn, Seçkin 2015).
- Kerr M, 'Concord and Conflict in International Arbitration', (1997) 13(1) *Arbitration International*, 121-144.
- Koch C, 'Hakem Kararlarının Tenfizi Hakkında 1958 Tarihli New York Sözleşmesi, Uluslararası Ticarî Tahkim Konusundaki Son Gelişmeler Semineri' (1<sup>st</sup> edn, İTO Yayını No: 1996-15), 31-42.
- Kuru B, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C. VI, (6<sup>th</sup> edn, Demir 2001).
- Lew J, Mistelis LA and Kröll SM, *Comparative International Arbitration*, (1<sup>st</sup> edn, Kluwer Law International 2003).
- Maurer AG, *Public Policy Exception under the New York Convention: History, Interpretation and Application* (revised edn, Juris Publishing 2013).
- Mistelis L, 'International Law Association-London Conference (2000) Committee on International Commercial Arbitration "Keeping the Unruly Horse in Control" or Public Policy as a Bar to Enforcement of (Foreign) Arbitral Awards', (2000) *International Law FORUM du droit international*, 2000 4(2), 248-253.
- Müller C, *International Arbitration A Guide to the Complete Swiss Case Law Unreported and Reported* (1<sup>st</sup> edn, Schulthess 2004).

- Nomer E, *Devletler Hususi Hukuku* (22<sup>nd</sup> edn, Beta 2017).
- Nomer E, ‘Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni Müdahalesi (9.6.1999 Tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı)’, (1999-2000) 19(1-2) *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 555-576.
- Nomer E, ‘Yabancı Hakem Kararının Tenfizinde Hakem Mahkemesinin Bağımsızlığı’, (1984) 4(1) *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 29-39.
- Nomer E, ‘Hakem Kararının Kamu Düzenine Aykırılığı ve Tahkim Anlaşmasının Geçerliliği’, (1990) 10(1-2) *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, *Doç. Dr. Özer Eskiyyurt’un Anısına Özel Sayı*, 129-131.
- Nomer E, Ekşi N and Öztekin Gelgel G, *Milletlerarası Tahkim Hukuku*, C. I (5th edn, Beta 2016).
- Noussia K, ‘Punitive Damages in Arbitration: Panacea or Curse?’ (2010) 27(3) *Journal of International Arbitration*, 277-294.
- Otto D and Elwan O, ‘Article V(2)’, Herbert Kronke, Patricia Nacimiento, Dirk Otto and Nicola Christine Port (eds), *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention* (1<sup>st</sup> edn, Kluwer Law International 2010), 345-414.
- Özbay İ, ‘Hakem Kararlarında Gerekçe’ (2001) XXI(2) *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 299-322.
- Özdemir Kocasakal H, *Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri* (1<sup>st</sup> edn, Galatasaray Üniversitesi Yayınları 2001).
- Öztekin Gelgel G, ‘New York Konvansiyonu’na Göre Hakem Kararlarının Tenfizinde Yargıtay’ın Bazı Kararlarının Değerlendirilmesi’, (2002) 22(2) *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 1137-1158.
- Pekcanitez H, ‘Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de İcrasına Karşı Konulması’, (2019)4(1) *Regesta*, 19-35.
- Petsche MA, ‘Punitive Damages in International Commercial Arbitration: Much Ado about Nothing?’, (2013) 29(1) *Arbitration International*, 89-104.
- Shaleva V, ‘The Public Policy Exception to the Recognition and Enforcement of Arbitral Awards in the Theory and Jurisprudence of the Central and East European States and Russia’, (2003) 19(1) *Arbitration International*, 67-93.
- Shenoy NC, ‘Public Policy under Article V(2)(b) of the New York Convention: Is There a Transnational Standard?’, (2018) 20(1) *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, 77-103.
- Şanlı C, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk*, (1<sup>st</sup> edn, Sevinç Matbaası).
- Şanlı C, *Hukuki Mütalaalarım* (1st edn, Adalet 2016).
- Şanlı C, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (7<sup>th</sup> edn, Beta 2019).
- Şanlı C, Esen E and Ataman Fıganmeşe İ, *Milletlerarası Özel Hukuk* (7<sup>th</sup> edn, Beta 2019).
- Şanlı C, ‘Türkiye’de Yargıtay Kararlarına Göre Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi’, *Prof. Dr. Yılmaz Altuğ’a Armağan*, (1997-1998) 17-18(1-2) *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 393-409.
- Şanlı C and Esen E, ‘Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards’, *Arbitration in Turkey*, Ali Yeşilırmak and İsmail G. Esin (eds) (1<sup>st</sup> edn, Wolters Kluwer 2015), 211-240.
- Tanrıver S, ‘Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tenfizi Bağlamında Kamu Düzeninin Etkisi’, *Prof. Dr. Yılmaz Altuğ’a Armağan*, (1997-1998) 17-18(1-2) *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 467-491.

- Tanrıver S, ‘Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tenfizinde Kamu Düzeninin Rolü’, *Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan*, (1<sup>st</sup> edn, Seçkin 1998), 565-578.
- Tarman ZD, ‘Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Türkiye’de Tenfizinde Karşılaşılan Sorunlara İlişkin Bazı Tespitler’, *Prof. Dr. Yücel Sayman’a Armağan, C. II*, (2017) 37(2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 987-1011.
- Tweeaddle A and Tweeaddle K, *Arbitration of Commercial Disputes, International and English Law and Practice* (1<sup>st</sup> edn, Oxford 2005).
- United Nations Commission on International Trade Law UNCITRAL Secretariat Guide on the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958)* (1<sup>st</sup> edn, UN 2016).
- Ülgen H, Helvacı M, Kendigelen A, Kaya A and Nomer Ertan NF, *Ticari İşletme Hukuku* (4<sup>th</sup> edn, Oniki Levha 2015).
- van den Berg AJ, *The New York Arbitration Convention of 1958 Towards a Uniform Judicial Interpretation* (1<sup>st</sup> edn, Kluwer Law and Taxation Publishers 1981).
- van den Berg AJ, ‘New York Convention of 1958: Refusals of Enforcement’ (2007) 18(2) ICC International Court of Arbitration Bulletin, 1-35.
- Wolff R, *New York Convention, Convention on Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958 Article by Article Commentary* (2<sup>nd</sup> edn, Hart Beck Nomos 2019).
- Yeğencil R, *Tahkim* (1<sup>st</sup> edn, Cezaevi Matbaası 1974).
- Yeşilova B, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi* (1<sup>st</sup> edn, Güncel Yayınevi 2008).







## İktisadi Müesseselerde Mecburî Türkçe Kullanılması Hakkında Kanun'un Milletlerarası Tahkim Anlaşmaları Üzerindeki Etkisi

### The Effect of Law on the Compulsory Use of Turkish in Economic Enterprises in International Arbitration Agreements

Emre Esen\*

#### Öz

Türkiye'de hâlen yürürlükte bulunan 1926 tarihli ve 805 sayılı İktisadi Müesseselerde Mecburî Türkçe Kullanılması Hakkında Kanun miadını doldurmuş bir düzenlemedir ve yürürlükten kaldırılmalıdır. Ancak yürürlükten kaldırılana dek, mahkemeler bu Kanun'u günümüz dünya ve Türkiye gerçeklerine uygun bir şekilde yorumlamalıdır. Aslında milletlerarası tahkim anlaşmaları 805 sayılı Kanun'un kapsamına girmez. Zira sözleşmelerin hangi dilde tanzim edilebileceği, şekle ilişkin bir meseledir ve kanun koyucu 805 sayılı Kanun'dan sonra taraf olmayı tercih ettiği 1958 tarihli New York Sözleşmesi ve 1961 tarihli Avrupa Sözleşmesi ile 2001 yılında yürürlüğe koyduğu Milletlerarası Tahkim Kanunu vasıtasıyla milletlerarası tahkim anlaşmalarının şekli bakımından 805 sayılı Kanun'un dışına çıkarak, müstakil bir hukukî rejim tayin etmiştir. Bu düzenlemelere göre tahkim anlaşmasının hangi dilde tanzim edildiği hukuken önem taşımadığından, bir milletlerarası tahkim anlaşması sırf yabancı dilde tanzim edildiği için geçersiz sayılamaz. Buna rağmen, milletlerarası tahkim anlaşmalarının 805 sayılı Kanun kapsamında görülmesi konusunda ısrarcı olunması hâlinde dahi, 805 sayılı Kanun'un doğru yorumlanması ve doğru uygulanması kaydıyla, milletlerarası tahkim anlaşmaları bakımından sorun yaşanmayacaktır. Türk şirketleri arasında kurulan "Türkiye dâhilindeki" tahkim anlaşmalarının Türkçe olması öngörülmüştür ve "Türkiye dâhilindeki" anlaşma, yabancı unsur taşımayan anlaşma olduğu için, yabancı unsurlu ilişkilere dair tahkim anlaşmaları "Türkiye dâhilinde" olma koşuluna uymaz ve Türkçe zorunluluğuna tâbi olmaz. Yabancı şirketler ile Türk tabiiyetindeki gerçek veya tüzel kişiler arasındaki ilişkiler bakımından Türkçe zorunluluğunu düzenleyen maddede sözleşmeler sayılmadığı için, bu kişiler arasındaki tahkim anlaşmaları bakımından Türkçe zorunluluğu söz konusu değildir. Türkçe zorunluluğuna uyulmamasının müeyyidesi, yabancı dilde düzenlenen belgenin ilgili şirket veya müessese lehine nazara alınmamasıdır ancak sözleşmenin yabancı dilde olmasını sağlayan taraf bundan yararlanmamalıdır.

#### Anahtar Kelimeler

Milletlerarası tahkim anlaşması, yabancılık unsuru, anlaşmanın dili, Türkçe zorunluluğu, anlaşmanın şekli

#### Abstract

Law No.805 on the Compulsory Use of Turkish in Economic Enterprises of 1926, still in force in Turkey, is an outdated law and should be repealed. However, until it is repealed, courts should interpret the Law in accordance with the facts of the world and of Turkey. In fact, international arbitration agreements are not covered by Law No.805. This is because the language in which contracts can be issued is a matter of form and the Turkish legislative authority put a separate legal regime into force regarding the form of international arbitration agreements (apart from Law No.805) by adopting the New York Convention of 1958, the European Convention of 1961 and the Law on International Arbitration. Since these regulations contain no requirement of language regarding arbitration agreements, an international arbitration agreement cannot be considered invalid only because it is not issued in Turkish. Nevertheless, even if one insists on international

\* Sorumlu Yazar: Emre Esen (Prof. Dr.), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: emreesen@istanbul.edu.tr ORCID: 0000-0003-2411-4144

Atf: Esen E, "İktisadi Müesseselerde Mecburî Türkçe Kullanılması Hakkında Kanun'un Milletlerarası Tahkim Anlaşmaları Üzerindeki Etkisi" (2020) 40(1) PPIL 203. <https://doi.org/10.26650/ppil.2020.40.1.0024>



arbitration agreements to be covered under Law No.805, there will be no problem regarding international arbitration agreements provided that Law No.805 is interpreted and applied correctly. Arbitration agreements “within Turkey” and concluded between Turkish companies must be in Turkish and since an “arbitration agreement within Turkey” means an agreement without a cross-border element, arbitration agreements concerning cross-border relations do not comply with the “to be within Turkey” condition and accordingly are not subject to the Turkish requirement. Since “contracts” are not mentioned in article 2, which regulates Turkish requirement in terms of relations between foreign companies and natural or legal persons of Turkish nationality, arbitration agreements between such persons are not subject to the Turkish requirement. The sanction for not complying with the Turkish requirement is that the document issued in a foreign language is not taken into consideration in favour of the relevant company, but the party that ensures the agreement is drafted in a foreign language should not benefit from it.

**Keywords**

International arbitration agreements, cross-border element, language of agreement, the Turkish requirement, form of agreement

**Extended Summary**

Law No.805 on the Compulsory Use of Turkish in Economic Enterprises of 1926, still in force in Turkey, has become an outdated law because of the changes in trade and economy over the world and Turkey and of the preferences of the Turkish legislative authority regarding foreign investment since 1926, and should be repealed.

Due to same reasons, until it is repealed, courts should interpret the Law in accordance with the facts of the world and of Turkey. However, the way the Law is interpreted and enforced by Turkish courts causes serious uncertainties and problems in practice. Especially those decisions in which international arbitration clauses are deemed invalid because they are not drafted in Turkish language attract attention.

In fact, international arbitration agreements are not covered by Law No.805. This is because the language in which contracts can be issued is a matter of form and the Turkish legislative authority put a separate legal regime into force regarding form of international arbitration agreements (apart from Law No.805) by adopting the New York Convention of 1958, the European Convention of 1961 and the Law on International Arbitration. Since these regulations contain no requirement of language regarding arbitration agreements, an international arbitration agreement cannot be considered invalid only because it is not issued in Turkish.

However, this important issue seems to be overlooked in both doctrine and judicial jurisprudence.

As in judicial decisions, even if one insists on international arbitration agreements to be covered under Law No.805, there will be no problem if Law No.805 is interpreted and applied correctly.

According to art.1 of the Law No.805; “*All kinds of companies and institutions of Turkish nationality are obliged to keep their all kinds of transactions, contracts,*

*communications, accounts and books within Turkey in Turkish language.*” In this respect, two conditions must be met for an arbitration agreement to be subject to the Turkish requirement provided in art.1: (i) the arbitration agreement must be concluded between two companies or institutions of Turkish nationality and (ii) the arbitration agreement must be “*within Turkey*”.

Arbitration agreements carrying these two conditions shall not be considered as *international* but as *local* arbitration agreements and shall be subject to the Turkish requirement. On the other hand, arbitration agreements where at least one of the parties is not a Turkish national and arbitration agreements that are not “*within Turkey*” though both parties thereof are Turkish nationals, are not within the scope of art.1.

Under Turkish law, in determining the nationality of legal entities, *place of establishment* and *place of administrative centre* criteria are applied together in a nested manner. According to Turkish Commercial Law No.6102, in order to establish a company in Turkey, its place of administrative centre must be in Turkey and it must be registered with the trade register in the same place. Accordingly, it is not possible to establish a company under Turkish law with a place of administrative centre in a foreign country and showing the place of administrative centre of a company -established in a foreign country- in Turkey does not turn such a company into a Turkish company. The same is true for associations and foundations. Therefore, legal entities which are not established in Turkey and places of administrative centre of which are not in Turkey shall be accepted as foreign legal entities.

Regarding the second condition provided in art.1, it should be underlined that the meaning of a “*contract within Turkey*” is a controversial point. It is argued that a “*contract within Turkey*” means a contract that is concluded in Turkey even if it has any cross border element, where it is argued on the other hand that a “*contract within Turkey*” means a contract having any cross border element even if it is concluded in Turkey or between two Turkish companies or institutions. The second opinion is more reasonable and acceptable in terms of private international law principles. Whether a contract -subject to arbitration- carries a cross border element or not is defined in art.2 of International Arbitration Law No.4686 and it should be noted that such a definition is very wide. For instance, if at least one of the parties of an arbitration agreement is a foreign capitalised Turkish company, such an arbitration agreement shall be accepted as an agreement with a cross border element and may be drafted in a foreign language.

Art.2 of Law No.805 provides that “*For foreign companies and institutions, this obligation is limited to communications, transactions and contacts with Turkish citizens or institutions and to documents and records that they are obliged to submit to State offices and officers*”. According to an approach adopted in doctrine and in some judicial jurisprudence, even if *contracts* are not mentioned in art.2, *contracts*

are within the scope of art.2 since a contract is a kind of transaction and *transactions* are mentioned in art.2; therefore, arbitration agreements concluded between Turkish companies or institutions and foreign companies or institutions are subject to the Turkish requirement. According to a second approach adopted in doctrine and in other judicial jurisprudence, the fact that the Turkish legislative authority did mention *transactions* but did not mention *contracts* in art.2 while inserting both terms in art.1, means that the Turkish legislative authority considered *contracts* out of the scope of art.2. This second approach is more convincing since there is no reasonable explanation for the difference between these two successive articles regulating the same issue. In this respect, since “contracts” are not mentioned in art.2, which regulates the Turkish requirement in terms of relations between foreign companies and Turkish natural or legal persons, arbitration agreements between such persons are not subject to the Turkish requirement.

According to art.4 of Law No.805; “*After this Law enters into force, any records and documents drafted contrary to the provisions of article 1 and article 2 shall not be taken into consideration in favour of relevant companies and institutions*”. Thus, claims and objections based on documents issued in a foreign language but made by persons who must have complied with the Turkish requirement shall not be heard. But the party that ensures the agreement to be drafted in foreign language should not benefit from Law No.805 due to *bona fides* principle.

## İktisadi Müesseselerde Mecburî Türkçe Kullanılması Hakkında Kanun'un Milletlerarası Tahkim Anlaşmaları Üzerindeki Etkisi

### Giriş

Milletlerarası ticarî sözleşmelerin hazırlanmasında, ticarî ve ekonomik açıdan daha güçlü olan tarafın tercihleri belirleyici olmakla birlikte, milletlerarası ticarî sözleşmelerin ve genellikle bu tür sözleşmelerin ayrılmaz bir parçası olarak görülen tahkim şartlarının ekseriyetle İngilizce tanzim edildiği bilinmektedir. Tarihsel, ekonomik ve stratejik birçok sebebe dayanan bu olgu bugün dünya çapında genel kabul görmekte ve bir milletlerarası ticarî sözleşmenin İngilizce veya diğer bir yabancı dilde hazırlanmış olması günümüz dünyasında olağan bir durum olarak değerlendirilmektedir.

Dünya genelinde hâkim bulunan milletlerarası ticarî ve ekonomik sisteme dâhil bir devlet olan Türkiye açısından da ticarî ve ekonomik faaliyetlerin işleyişindeki durum farklı değildir. Milletlerarası ticarî ve ekonomik ilişkilere dâhil olan Türk şirketlerinin de bu ilişkiler kapsamında taraf oldukları sözleşmelerin İngilizce veya diğer bir yabancı dilde hazırlanmış olması sıradan bir vakiadır.

Ne var ki, Türkiye'de hâlen yürürlükte bulunan “*İktisadi Müesseselerde Mecburî Türkçe Kullanılması Hakkında Kanun*”<sup>1</sup> ve bu Kanun'un Türk mahkemeleri tarafından yorumlanma ve uygulanma biçimi, tatbikatta ciddi belirsizliklere ve sorunlara neden olmaktadır. Bilhassa milletlerarası ticarî ve ekonomik ilişkilere dair sözleşmelerin ve bu sözleşmelerde yer alan tahkim şartlarının (“milletlerarası tahkim şartları”) Türkçe olmaması nedeniyle 805 sayılı Kanun'a istinaden geçersiz sayıldığı kararlar tepki toplamaktadır.

Önemle belirtelim ki; 805 sayılı Kanun miadını doldurmuş bir düzenlemedir<sup>2</sup>. 1926 yılındaki hal ve şartlar esas alınarak 805 sayılı Kanun'da Türkçe tanzim edilmesi gerektiği öngörülen belge, defter ve kayıtlar hakkında Türk Ticaret Kanunu<sup>3</sup>nda ve sayılı Vergi Usul Kanunu<sup>4</sup>nda getirilen düzenlemeler, 805 sayılı Kanun'un varlık sebebini zaten büyük ölçüde ortadan kaldırmış bulunmaktadır. Türk Ticaret Kanunu'nun 64. maddesinde, her tacirin tutmak zorunda olduğu defter ve kayıtlar hakkında düzenleme getirilmiş ve 65. maddesinde ise defterlerin ve gerekli diğer

1 Kanun Numarası: 805, Kabul Tarihi: 10.04.1926, RG 22.04.1926/353

2 Bu nedenle; 805 sayılı Kanun'daki düzenlemelerin “doğrudan uygulanan kural” niteliğinde olduğu görüşüne, 1926 yılında bu Kanun'un yürürlüğe konulduğu zamandaki koşullar çerçevesinde katılmakla birlikte, günümüzde bu düzenlemelerin “doğrudan uygulanan kural” niteliğini muhafaza etmediği kanaatindeyiz. Bkz Nuray Ekşi, *Milletlerarası Deniz Ticareti Alanında “Incorporation” Yoluyla Yapılan Tahkim Anlaşmaları*, (Beta 2004) 29 vd; Mehmet Bahtiyar, “805 Sayılı “İktisadi Müesseselerde Mecburî Türkçe Kullanılması Hakkında Kanun’un Kapsamı ve Yaptırımı Sorunu”, in Ömer Teoman (ed), *Prof. Dr. Hüseyin ÜLGEN'e Armağan*, (Vedat 2007) 1731, 1732; İsmail Kırcı, “*İktisadi Müesseselerde Mecburî Türkçe Kullanılması Hakkında Kanun Üzerine*”, in Ömer Teoman (ed), *Prof. Dr. Hüseyin ÜLGEN'e Armağan*, (Vedat 2007) 1929 vd

3 Kanun Numarası: 6102, Kabul Tarihi: 13.01.2011, RG 14.02.2011/27846

4 Kanun Numarası: 213, Kabul Tarihi: 04.01.1961, RG 10-11-12.01.1961/10703-10704-10705

kayıtların Türkçe tutulacağı öngörülmüştür. Vergi Usul Kanunu'nun 215. maddesinde de bu Kanun'a göre tutulması gereken defter ve kayıtların Türkçe tutulması gerektiği öngörülmüştür.<sup>5</sup> Geriye bir tek, sözleşmelerin Türkçe yapılmasını öngören hükmü kalmıştır ki sözleşmeler bakımından Türkçe zorunluluğu, zamanın menfaat ve ihtiyaçlarına uygun düşmemesinin yanında, Anayasa'nın 48. maddesinde teminat altına alınan sözleşme özgürlüğüne uygun düşmediği için eleştirilmektedir<sup>6</sup>. Bu nedenlerden ötürü, 805 sayılı Kanun'un yürürlükten kaldırılması gerekmektedir.

Türk hukuk tarihinde miadını doldurmasına rağmen resmî olarak yürürlükten kaldırılmadığı için senelerce yürürlükte kalan ve fakat fiilen uygulanmayan birçok kanun olmuştur. Meselâ yazılı ve basılı kitap ve defter yaprakları ile kâğıtlardan kese ve torba kâğıdı yapılmasını, satılmasını ve bu gibi kese ve torba kâğıtlarının satıcılar tarafından kullanılmasını yasaklayan ve bu yasağa uyulmamasını hafif para cezası yaptırımına bağlayan Yazılı ve Basılı Kâğıtların Kese Kâğıdı Olarak Kullanılmamasına Dair Kanun<sup>7</sup>, 2007 yılına dek yürürlükte kalmış ve Uygulama İmkânı Kalmamış Bazı Kanunların Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun<sup>8</sup> ile 2.5.2007 tarihinde yürürlükten kaldırılmış, ancak bu tarihe kadar resmî olarak yürürlükte kalmasına rağmen uzun yıllar boyunca fiilen uygulanmamıştır.

Ne var ki, kanun koyucunun 2008 yılında 805 sayılı Kanun'un 7. maddesinde değişiklik yapması<sup>9</sup>, bu Kanun'un yürürlükte kalması yönünde bir iradeye sahip olduğunu gösterdiği gibi, yargı kararlarında 805 sayılı Kanun hükümlerinin geniş yorumlanması da bu Kanun'a itibar edildiğini göstermektedir<sup>10</sup>.

5 Bkz Murat Alışkan, 'İktisadi Müesseselerde Türkçe Kullanma Zorunluluğu', (2005) 9(1-2) EHFĐ 349

6 Bkz Cemal Şanlı, Emre Esen and İnci Ataman-Fıganmeşe, *Millîlerarası Özel Hukuk*, (7th edn, Beta 2019) 661; Kemal Oğuzman and M Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (16th edn, Vedat 2018) 143; Bahtiyar (n 1) 1734; Kırcı (n 1) 1943

7 Kanun Numarası: 3517, Kabul Tarihi: 28.06.1938, RG 15.07.1938/3960

8 Kanun Numarası: 5637, Kabul Tarihi: 26.04.2007, RG 02.05.2007/26510

9 Bkz Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun Numarası: 5728, Kabul Tarihi: 23.01.2008, RG 08.02.2008/26781

10 Meselâ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 15066/11597 sayılı ve 05.11.2015 tarihli kararına konu olayda; feribot satımına ilişkin sözleşmeden doğan uyumsuzlukta ilk derece mahkemesinin, taraflar arasında yabancı dilde düzenlenen sözleşmenin geçerli olduğu gerekçesiyle, satıcı lehine olan sözleşme hükümlerinden hareketle asıl davanın reddine yönelik kararı; 805 sayılı Kanun'un 1. ve 4. maddeleri karşısında, satıcı lehine düzenleme içeren sözleşme hükümlerinden hareketle hüküm tesis edilemeyeceği ve tarafların hukuki durumlarının Borçlar Kanunu hükümleri çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği gerekçesiyle bozulmuştur. Bozma üzerine yerel mahkemece sözleşmenin Türkçe düzenlenmemiş olmasının geçersizliğine yol açmayacağı esas alınarak hüküm kurulmuş ve bu kararın temyizi üzerine Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 4747/1344 sayılı ve 22.02.2018 tarihli kararında, 805 sayılı Kanun'un 1. ve 4. maddeleri göz önünde bulundurulduğunda, yabancı dilde düzenlenen ve satıcı lehine düzenleme içeren sözleşme hükümlerinden hareketle hüküm tesis edilemeyeceği gerekçesiyle yerel mahkeme kararı bozulmuştur. Kararlar için bkz www.hukukmedeniyeti.org

Bununla birlikte, 805 sayılı Kanun'u dar yorumlayan kararlara rastlamak da mümkündür. Meselâ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 1651/2245 sayılı ve 03.05.1977 tarihli kararında; Kaptan Hilmi isimli geminin bir yıl süreyle sigortalı olmasını öngören sigorta poliçesine "*İşbu sigorta ilişik Institute Standart TLO (Total Loss Only) Clause Hulls 4/4 Ths. RDC (Running Down Clause) kurtarma masrafları dâhil*" kaydı konulmuş, ayrıca sigorta sözleşmesine hem Türk tekne poliçesi genel şartları hem de Institute Standart TLO Clause Hulls klozu eklenmişti. Geminin iskeleye yanaştığı sırada çıkan fırtına sebebiyle dibe çarparak kısmi hasar görmesi üzerine sigorta şirketinden zararın tazmini istenmişti. Sigorta şirketi ise, poliçenin İngilizce yazılan kısmının bağlayıcı olmadığını ve sadece Türkçe metinde öngörülen zarar ve hasarın teminat altına alındığını iddia etmişti. Yargıtay meseleyi şöyle çözüme bağlamıştır: "*Her ne kadar bu kloz İngilizce yazılı ise de, bugün Türkiye dâhil birçok ülkede bu tür klozların tekne sigortacılığında aynen kullanılmaları teamül haline gelmiştir. Aslında Türkçe olarak düzenlenen bir sigorta poliçesine tarafların, beynelmil terimleri ve tabirleri özel şart olarak derç etmeleri mümkündür. Bazen işin niteliği ve özelliği bu tür yabancı tabirlerin aynen kullanılmasını zorunlu kılmaktadır. Olayımızda da sigorta*

Bu nedenle, 805 sayılı Kanun'un doğru uygulanmasına katkıda bulunmak amacıyla bu çalışmanın yapılması gerektiği sonucuna varılmıştır.

Çalışmamızda, 805 sayılı Kanun'un, yabancılık unsuru taşıyan işlem veya ilişkilere yönelik (milletlerarası) tahkim anlaşmaları üzerindeki etkilerinin, konuyu gündeme taşıyan yargısal içtihatlarla özel önem verilmek suretiyle incelenmesi amaçlanmıştır.

Bu inceleme öncelikle milletlerarası tahkim anlaşmalarının 805 sayılı Kanun'un kapsamına girip girmediği sorunun cevabı ile başlayacaktır. Daha sonra ise, milletlerarası tahkim anlaşmalarının 805 sayılı Kanun'un kapsamındaki sözleşmelerden biri olarak görülmesi hâlinde, anılan Kanun hükümlerinin milletlerarası tahkim anlaşmaları bakımından nasıl uygulandığı ve nasıl uygulanması gerektiği üzerinde durulacaktır.

## I. Milletlerarası Tahkim Anlaşmaları 805 Sayılı Kanun'un Kapsamına Girer Mi?

Bir sözleşmenin belirli bir dilde tanzim edilmesinin gerekip gerekmediği, sözleşmenin şekline ilişkin bir meseledir<sup>11</sup>.

Kanun koyucu 1926 yılında, o dönemin dinamikleri doğrultusunda çıkardığı 805 sayılı Kanun'un kapsamına giren sözleşmelerin Türkçe düzenlenmiş olması gerektiğini öngörmüştür. 1926 senesinde 805 sayılı Kanun'daki bu düzenlemeyi getiren kanun koyucu, daha sonra çıkardığı başka kanunlarda muhtelif sözleşme tipleri bakımından 805 sayılı Kanun'da öngörülen Türkçe zorunluluğunu ortadan kaldırma veya değiştirme kudretini hiç şüphesiz haizdir. İşte milletlerarası tahkim alanında kanun koyucunun getirdiği yasal düzenlemeler ve Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmeler, milletlerarası tahkim anlaşmalarının şekli geçerliliği konusunda farklı bir hukukî rejim getirmiş ve 805 sayılı Kanun'un milletlerarası tahkim anlaşmaları bakımından uygulanma imkânını ortadan kaldırmıştır.

*teknîğinin bir icabı olarak bahis konusu klozun İngilizce metni poliçeye eklenmiştir. Bu durumda, tarafların amacının Türkçe'den başka bir dil ile mukavele yapmak olduğu iddia edilemeyeceğine göre, iktisadi müesseselerde mecburi Türkçe kullanılması hakkında 805 sayılı Kanun'a aykırılık teşkil edecek bir muamelenin varlığından da söz edilemez.*" Karar için bkz EKŞİ (n 1) 28-29

Yine Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 12991/981 sayılı ve 29.01.2010 tarihli kararına konu olayda; yat sigorta poliçesi ile yangın rizikolarına karşı teminat altına alınan yatın çıkan yangın sonucunda batmasına rağmen hasar bedelinin ödenmemesi nedeniyle açılan davada Yargıtay, taraflar arasındaki sigorta poliçesi Türkçe düzenlenmiş olup, işin niteliği ve özelliği gereği bahis konusu klozun İngilizce (speedboat) yazılmış olması halinde 805 sayılı Kanun'a aykırılık teşkil edecek muamelenin varlığından söz edilemeyecek olduğu sonucuna varılmıştır.

Benzer şekilde, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 970/6695 sayılı ve 11.05.2015 tarihli kararına konu olayda; (P.)'da mukim ve deniz taşımacılığı yapan davacı şirket ile davalı şirket arasında 26.05.2011 tarihli navlun sözleşmesi akdedildiğini, sözleşme uyarınca davacının donatanı olduğu (M.S.) gemisinin (U.)'nın (K.) Limanı'ndan yükleme yapma ve yükü (M.)'ya taşımayı üstlendiğini, geminin 03.06.2011 tarihinde yükün teslim alınacağı (K.) Limanı'na vardığını, davalıya geminin yüklemeye hazır olduğunun bildirilmesine karşın davalı tarafından yükün temin edilemediğini, sözleşmede yer alan 6 günlük bekleme süresinin bitmesine karşın yükün temin edilmemesi nedeniyle geminin limandan ayrıldığını iddia ederek navlun bedelinin ödenmesini talep etmiştir. Davalı, davacı ile aralarında herhangi bir sözleşme bulunmadığını, davacı tarafından davalıya hizmet sunulmadığını, ibraz edilen sözleşmenin İngilizce düzenlenmiş olması nedeniyle 805 sayılı Kanun uyarınca geçerli bir sözleşme sayılamayacağını savunarak davanın reddini istemiştir. Mahkemece, davalının savunmasına itibar edilmeden, davanın kabulüne karar verilmiştir.

11 Bkz Oğuzman and Öz (n 5) 142-143; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (18th edn, Yetkin 2015) 273; Necip Kocayusufoğlu, *Borçlar Hukukuna Giriş Hukukî İşlem Sözleşme* (4th edn Filiz 2008) 278-279

Kanun koyucunun, milletlerarası tahkim anlaşmalarının şekli bakımından müstakil bir şekil kuralı benimsemek suretiyle, bu anlaşmaları 805 sayılı Kanun'da öngörülen rejimin dışına çıkardığı hukukî düzenlemelerin en önemlisi, 1958 tarihli “*Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkında New York Sözleşmesi*”<sup>12</sup> madde II hükmünde yer almaktadır. Madde II(1) uyarınca; âkit devletler, tarafların belirli bir hukukî ilişkiden doğmuş veya doğabilecek ve tahkime elverişli bir meseleye ilişkin uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümünü öngören “yazılı” anlaşmalarını geçerli kabul edecektir. Madde II(2) hükmünde ise, “yazılı” tahkim anlaşmasından ne anlaşılması gerektiği aynen şöyle düzenlenmiştir: “*‘Yazılı anlaşma’ teriminden karşılıklı olarak teati edilmiş mektup veya telgrafda mündemiç bulunan veya taraflarca imzalanmış bir mukaveleye dercedilmiş olan bir hakem şartı veya bir hakem mukavelesi anlaşılır*”. Madde II(3) uyarınca ise; bir âkit devlet mahkemesi, tarafların işbu maddenin anladığı manada anlaşma akdettikleri bir meseleye taallük eden uyuşmazlığa vaziyet ettiği takdirde, anlaşmanın hükümden düşmüş, tesirsiz veya tatbiki imkânsız bir halde olduğunu tespit etmedikçe, taraflardan birinin talebi üzerine davanın tahkim yoluyla çözülmesine karar vereceğini öngörmektedir.

New York Sözleşmesi madde II(2) hükmünde yer verilen “yazılı anlaşma” tanımı, tahkim anlaşmalarının hangi dilde tanzim edileceği konusunda bir düzenleme veya kısıtlama getirmemektedir. Bu itibarla, madde II(2) hükmüne uygun olarak tanzim edilmiş bir tahkim anlaşması, hangi dilde kaleme alınmış olursa olsun, New York Sözleşmesi’ne taraf olan bütün âkit devletlerde “şekil” bakımından geçerli kabul edilmek zorundadır [madde II(1)].

Önemle belirtilmelidir ki; yabancı hakem kararlarının tenfizine ilişkin daha eski düzenlemeler olan Cenevre Protokolü (1923) ve Cenevre Konvansiyonu (1927) tahkim anlaşmalarının şekli hakkında özel bir düzenleme getirmeyip, meselenin çözümünü millî hukuklara bırakmıştı ancak millî hukukların neredeyse tamamında tahkim anlaşmaları için yazılı şekil öngörülmüş olmakla birlikte, yazılı şekilden ne anlaşılması gerektiği konusunda farklı anlayışlar mevcuttu<sup>13</sup>. Bu nedenle 1958 tarihli New York Sözleşmesi, tahkim anlaşmalarının şeklini bir maddî hukuk kuralıyla bizzat düzenlemiş ve bu hususun âkit devletlerin hukuklarına bırakılmasından doğabilecek sakıncaları bu şekilde ortadan kaldırmaya yönelmiştir. Bu nedenle, Türk hukukundaki 805 sayılı Kanun gibi, âkit devletlerin hukuklarında tahkim anlaşmalarının şekline ilişkin olarak getirilmiş düzenlemelerin uygulanması suretiyle tahkim anlaşmalarının geçersiz kılınmasının önüne geçilmiş olmaktadır.

12 RG 25.09.1991/21002

13 Guillermo Aguilar Alvarez, ‘Article II(2) of the New York Convention and the Courts’, in Albert Jan van den Berg (ed), *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention ICCA Congress Series No:9* (Kluwer 1999) 67, 68



New York Sözleşmesi madde II(3) hükmünde öngörülen; tahkim anlaşmasının hükümden düşmüş, tesirsiz veya tatbiki imkânsız halde olması, madde II(2) hükmünde öngörülen “şekil” konusunun dışında kalan hallere ilişkin olduğundan, 805 sayılı Kanun'un, New York Sözleşmesi'nin II(3). maddesine istinaden uygulanması da mümkün bulunmamaktadır.

New York Sözleşmesi madde II(2) hükmü ile tahkim anlaşmasının şeklini düzenleyen yerel hukuk kuralları arasında üstünlük yahut öncelik meselesi söz konusu olduğunda, madde II(2) hükmünde yer alan yazılı şekil zorunluluğu, âkit devletlerin yerel hukuk kurallarına nazaran üstünlük taşır. Türk hukukunda yabancı hakem kararlarının tanınmasını ve tenfizini düzenleyen 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun<sup>14</sup> (MÖHUK) madde 1(2) hükmünde, milletlerarası sözleşmelere öncelik tanıyan düzenleme, New York Sözleşmesi'nin önceliğini teyit etmektedir.

Bunun yanında; Milletlerarası Ticarî Hakemlik Konusundaki 1961 Tarihli Avrupa (Cenevre) Sözleşmesi<sup>15</sup> de 805 sayılı Kanun'un tahkim anlaşmaları bakımından uygulanmasını engelleyen bir diğer milletlerarası sözleşmedir. Milletlerarası ticarî işlemlerden doğmuş veya doğacak uyuşmazlıkların halli için akdedilen veya mutata meskenleri veya muamele merkezleri tahkim anlaşması akdedildiği esnada farklı âkit devletlerde bulunan gerçek veya tüzel kişiler arasındaki tahkim anlaşmaları bu Sözleşme hükümlerine tâbidir [madde I(1)(a)].

1961 tarihli Sözleşme'nin I(2)(a) maddesine göre, tahkim anlaşması; bir mukaveleye dercedilen tahkim şartı veya taraflar arasında akdedilen tahkim sözleşmesidir; tahkim şartının içinde bulunduğu sözleşmenin veya tahkim sözleşmesinin taraflarca imzalanması veya tarafların birbirine yolladığı mektup, telgraf yahut teleskriptör metninde mündemiç bulunması ve kanunları yazılı şeklin gerçekleşmesini aramayan memleketler arasındaki münasebetlerde bu kanunların müsaade ettiği şekiller dairesinde akdedilmiş olması lazımdır.

Bu hükme göre; kanunları yazılı şekil aramayan devletler arasındaki ilişkilerde bu devletlerin kanunlarında aranan şekli koşullar esas alınacaktır. Buna göre, yazılı şekil arayan devletlerin kanunlarında aranan şekli koşulların dikkate alınmayacağı ve Sözleşme madde I(2)(a) hükmünde aranan koşullara uygun olarak tanzim edilmiş bir tahkim anlaşmasının âkit devlet mahkemeleri tarafından şeklen geçerli sayılması gerektiği sonucu hâsıl olmaktadır. Sözleşme madde I(2)(a) hükmünde tahkim anlaşmalarının hangi dilde tanzim edilmiş olması gerektiği konusunda bir koşul veya kısıtlama bulunmadığı için, anılan maddedeki koşulları taşıyan bir tahkim anlaşması hangi dilde tanzim edilmiş olursa olsun şeklen geçerli sayılmak zorundadır. Böylece

14 Kanun Numarası: 5718, Kabul Tarihi: 27.11.2007, RG 12.12.2007/26728

15 RG 23.09.1991/21000

kanun koyucu, 1961 tarihli Sözleşme'ye taraf olmakla, tahkim anlaşmalarının şekli geçerliliği bakımından farklı bir hukukî rejim benimsemiş ve 805 sayılı Kanun'daki koşulu devre dışı bırakmış olmaktadır.

Diğer yandan, 2001 yılında yürürlüğe giren 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu<sup>16</sup> (MTK), yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya bu Kanun hükümlerinin taraflar ya da hakem veya hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanır [madde 1(2)]. MTK madde 4(2) uyarınca; tahkim anlaşması yazılı şekilde yapılır ve “yazılı şekil” şartının yerine getirilmiş sayılması için, tahkim anlaşmasının taraflarca imzalanmış yazılı bir belgeye veya taraflar arasında teati edilen mektup, telgraf, teleks, faks gibi bir iletişim aracına veya elektronik ortama geçirilmiş olması ya da dava dilekçesinde yazılı bir tahkim anlaşmasının varlığının iddia edilmesine davalının verdiği cevap dilekçesinde itiraz edilmemiş olması gerekir. Görüldüğü üzere, MTK madde 4(2) hükmü, MTK'ya tâbi bulunan tahkim anlaşmalarının şeklini bizzat düzenlemiş ve tahkim anlaşmalarının hangi dilde tanzim edilmesi gerektiği konusunda herhangi bir koşul veya kısıtlama öngörmemiştir. Böylece kanun koyucu, 2001 senesinde çıkardığı 4686 sayılı MTK ile, milletlerarası tahkim anlaşmalarının şekli bakımından müstakil bir hukukî rejim öngörmüş ve 805 sayılı Kanun'un uygulanma imkânını ortadan kaldırmıştır.

Bütün bu açıklamalara binaen, milletlerarası tahkim anlaşmalarının 805 sayılı Kanun'un kapsamına girmediğini net bir şekilde söyleyebiliriz<sup>17</sup>.

Aslında bu bakış açısı, 805 sayılı Kanun'un milletlerarası tahkim alanında doğurduğu olumsuz etkileri ortadan kaldırmak için yeterlidir. Ancak bugüne kadar karşımıza çıkan yargısal içtihatların önemli bir bölümü, yargının konuya bu açıdan ele almadığını göstermektedir.

805 sayılı Kanun ile milletlerarası tahkim anlaşması arasındaki ilişkiye temas eden yargı içtihatlarının neredeyse tamamında, milletlerarası tahkim anlaşmaları 805 sayılı Kanun kapsamında görülmüş ve Türkçe zorunluluğuna tâbi olup olmadıkları ve buna aykırılığın sonuçları 805 sayılı Kanun hükümlerine göre değerlendirilmiştir.

Yalnızca Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 14.06.2007 tarihli kararına<sup>18</sup> konu yerel mahkeme kararında, yukarıdaki tespitlerimize paralel bir değerlendirme yapıldığını görmekteyiz.

16 Kanun Numarası: 4686, Kabul Tarihi: 21.06.2001, RG 05.07.2001/24453

17 Vardığımız bu sonuç; tahkim anlaşmalarının esas sözleşmeden bağımsız olduğu ve usul hukukuna ilişkin olduğu için 805 sayılı Kanun'un kapsamına girmediği şeklindeki görüş [bkz Ergin Nomer, *Devletler Hususi Hukuku* (22nd edn, Beta 2017) 569] ile aynı istikamette olmakla birlikte, dayanak noktamız tahkim anlaşmasının usul hukukuna ilişkin bir anlaşma olması yahut esas sözleşmeden bağımsız olması değil, kanun koyucunun daha sonra benimsediği hukukî düzenlemelerle milletlerarası tahkim anlaşmalarının şekli geçerliliğini 805 sayılı Kanun dışına çıkarmış olmasıdır.

18 Yargıtay 11 HD, 5129/9050, 14.06.2007: www.lexpera.com.tr

805 sayılı Kanun'un ile milletlerarası tahkim anlaşmaları arasındaki ilişkiye temas eden bilinen ilk Yargıtay kararı olan, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 14.06.2007 tarihli kararına konu olayda; taraflar arasında varlığı ve geçerliliği tartışmalı olan, tahkim şartı ihtiva eden ve İngilizce kaleme alınmış bulunan münhasır mali müşavirlik sözleşmesine istinaden davalılarca İstanbul Ticaret Odası Tahkim Bürosu nezdinde hakem heyeti oluşturulma istemiyle mahkemeye müracaatta bulunulması üzerine davacılar vekili 805 sayılı Kanun'un 1.maddesi gereğince Türk tabiiyetindeki her nevi şirket veya müesseselerin her nevi işlem, sözleşme, yazışma, hesap ve defterlerinin Türkçe tutulması zorunluluğu bulunduğunu, İngilizce olarak düzenlenen sözleşmenin ve içindeki tahkim şartının emredici yasa hükmüne aykırı olduğunu ve (o tarihte yürürlükte bulunan) Borçlar Kanunu<sup>19</sup> madde 19/son ve madde 20/1 gereğince mutlak butlanla batıl olduğunu ileri sürmüştür. Davalılar vekili ise, sözleşmenin taraflar arasında çekincesiz olarak imzalandığını ve 805 sayılı Kanun'un 2. maddesinde gösterilen istisnalar kapsamında özel hukuk normlarına tâbi taraflar arasında sözleşme özgürlüğü çerçevesinde kaleme alındığını iddia etmiştir.

Yerel mahkeme; 805 sayılı Kanun'un kamu iktisadi teşebbüsleri açısından uygulanabilir bir kanun olduğu, anılan kanundan sonra yürürlüğe giren 4686 sayılı MTK'da, Türk vatandaşları hakkında dahi sözleşmenin Türkçe düzenlenmesi gerektiğine ilişkin bir hüküm bulunmadığı sonucuna varmıştır. Kararın temyizi üzerine Yargıtay; 805 sayılı Kanun'un 1. maddesinde Türk şirket veya müesseseleri için Türkçe kullanılması zorunlu tutulan iş ve işlemler arasındaki mukavelelerin aynı Kanun'un 2. maddesinde yabancı şirketler ve müesseseler açısından sınırlı sayıda sayılan iş ve işlemler arasında gösterilmemiş bulunduğunu ifade ederek ilk derece mahkemesi kararını onamıştır.

Yerel mahkemenin kararında varılan sonuç ile Yargıtay'ın kararında varılan sonuç aynı olmakla beraber, her iki kararın gerekçeleri farklıdır. Yerel mahkeme, tahkim anlaşmasının 805 sayılı Kanun'a aykırı olduğu için geçersiz olduğu iddiasını iki farklı gerekçeyle reddederek tahkim anlaşmasını geçerli saymıştır.

Yerel mahkemenin ilk gerekçesi; 805 sayılı Kanun'un sadece kamu iktisadi teşebbüsleri açısından uygulanabilir bir kanun olduğudur. Ancak bu gerekçe bariz bir şekilde hatalıdır zira 805 sayılı Kanun'un özel şirket veya müesseseleri de kapsadığı 1. ve 2. maddelerinde açık bir şekilde düzenlenmiştir<sup>20</sup>.

Yerel mahkemenin ikinci gerekçesi ise ilgi çekicidir. Yerel mahkeme; 805 sayılı Kanun'dan daha sonra yürürlüğe giren 2001 tarihli ve 4686 sayılı MTK'da tahkim anlaşmalarının -Türk vatandaşları hakkında dahi- Türkçe düzenlenmesi gerektiğine ilişkin

19 Kanun Numarası: 818, Kabul Tarihi: 22.04.1926, RG: 29.04.1926/359

20 Hangi tür şirket veya müesseselerin 805 sayılı Kanun'a tâbi olduğu konusunda detaylı bilgi için bkz. Alışkan (n 4) 350 vd; Bahtiyar (n 1) 1734 vd; Kırcı (n 1) 1932

bir hüküm bulunmadığı gerekçesine de dayanmıştır. Her ne kadar çok açık bir şekilde ifade edilmiş olmasa da, yerel mahkeme, milletlerarası tahkim anlaşmasının geçerliliği konusunda 805 sayılı Kanun'un değil, bundan daha sonra yürürlüğe girerek milletlerarası tahkim anlaşmalarının geçerliliği bakımından özel bir hukukî rejim getiren, 4686 sayılı MTK'da tahkim anlaşmalarının Türkçe düzenlenmesi gerektiğine ilişkin bir hüküm bulunmadığı yönünde karar vermek suretiyle kanaatimizce isabetli bir sonuca varmıştır.

Yargıtay ise, yerel mahkemenin her iki gerekçesini de uygun görmemiş ve yerel mahkemenin kararını onarken, tahkim anlaşmasının geçerliliğini farklı bir gerekçeye dayandırmıştır. Yargıtay'a göre; sözleşmelerin Türkçe yapılması 805 sayılı Kanun'un yalnızca 1. maddesinde Türk şirketleri arasında zorunludur ve fakat 2. maddede yabancı şirketler bakımından böyle bir zorunluluk öngörülmemiştir. Yargıtay'ın bu kararına ilgili kısımda yeniden temas edilecektir.

## **II. Milletlerarası Tahkim Anlaşmaları 805 Sayılı Kanun Kapsamındaki Sözleşmelerden Görüldüğü Takdirde Bu Kanun Hükümlerinin Milletlerarası Tahkim Anlaşmaları Bakımından Yorumlanma ve Uygulanma Biçimi**

### **A. Genel Olarak**

Yukarıda yaptığımız tespite rağmen, milletlerarası tahkim anlaşmalarının 805 sayılı Kanun'un kapsamındaki sözleşmelerden biri olarak görülmesi ihtimalini nazara alarak, anılan Kanun hükümlerinin milletlerarası tahkim anlaşmaları bakımından nasıl uygulandığı ve nasıl uygulanması gerektiği üzerinde durulması gerektiği kanaatindeyiz.

805 sayılı Kanun'da getirilen Türkçe zorunluluğu; Türk tabiiyetindeki şirket veya müesseseler arasındaki ilişkiler için ayrı bir hükümle (madde 1), Türk tabiiyetindeki şirket veya müesseseler ile yabancı şirket veya müesseseler arasındaki ilişkiler için ayrı bir hükümle (madde 2) düzenlendiği için, çalışmanın sistematığı de bu ayrıma göre şekillenecektir.

### **B. Türk Tabiiyetindeki Şirket veya Müesseseler Arasındaki Tahkim Anlaşmaları Bakımından 805 Sayılı Kanun'da Öngörülen Türkçe Zorunluluğu**

#### **1. Genel Olarak**

805 sayılı Kanun'un 1. maddesi uyarınca; *“Türk tabiiyetindeki her nevi şirket ve müesseseler; Türkiye dâhilindeki her nevi muamele, mukavele, muhabere, hesap ve defterlerini Türkçe tutmağa mecburdurlar.”*

805 sayılı Kanun madde 1 hükmü, bir tahkim anlaşmasının Türkçe zorunluluğuna tâbi olması için iki koşulun gerçekleşmesini gerektirmektedir: (i) tahkim anlaşmasının

Türk tabiiyetindeki iki şirket veya müessese arasında akdedilmiş olması ve (ii) tahkim anlaşmasının “*Türkiye dâhilinde*” olması. Zaten bu iki koşulu birlikte taşıyan tahkim anlaşmaları “milletlerarası tahkim anlaşması” değil, “yerel tahkim anlaşması” niteliğinde olacaktır.

## 2. Türk Tabiiyetindeki İki Şirket veya Müessese Arasında Akdedilmiş Olma Koşulu

Tüzel kişilerin tabiiyetinin tespitinde kullanılan üç temel kriter mevcuttur: tüzel kişinin kurulduğu devletin tabiiyetine sahip olacağı anlamına gelen “kuruluş yeri kriteri”; tüzel kişinin idare merkezinin bulunduğu devletin tabiiyetine sahip olacağı anlamına gelen “idare merkezi kriteri” ve tüzel kişinin, fiilen ve hukuken kontrolünü elinde bulunduran kişilerin tabiiyetinde sayılması anlamına gelen “kontrol kriteri”. Türk hukukunda bir tüzel kişinin yabancı olup olmadığının tayininde, kuruluş yeri ve idare merkezi kriterlerinin iç içe geçmiş şekilde birlikte uygulandığını söyleyebiliriz. Zira Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre, Türkiye’de bir şirket kurulabilmesi için, şirketin idare merkezi olarak Türkiye’de bir yer gösterilmesi ve şirketin bu yerdeki ticaret siciline tescil edilmesi şarttır. Buna göre, idare merkezi olarak yabancı bir ülkenin gösterildiği bir şirketin Türk hukukuna göre kurulması mümkün bulunmadığı gibi; yabancı bir ülkede kurulan bir şirketin idare merkezi olarak Türkiye’de bir yeri göstermesi de bu şirketi Türk şirketi hâline getirmeyecektir. Aynı durum dernekler ve vakıflar açısından da geçerlidir. Dolayısıyla, Türk hukukuna göre kurulmamış olan ve idare merkezi de Türkiye dışında bulunan tüzel kişiler “yabancı” kabul edilecektir.<sup>21</sup>

Bu itibarla; kuruluş yeri ve idare merkezi Türkiye’de bulunan şirket veya müesseseler Türk tabiiyetinde kabul edilecek ve bu şirket veya müesseseler arasındaki tahkim anlaşmaları bakımından Türkçe zorunluluğu -ikinci koşul da gerçekleştiği takdirde- söz konusu olacaktır.

## 3. “Türkiye Dâhilinde” Olma Koşulu

805 sayılı Kanun’un 1. maddesi gereğince; bir tahkim anlaşmasının Türkçe zorunluluğuna tâbi olması için gerçekleşmesi gereken ikinci koşul, tahkim anlaşmasının “*Türkiye dâhilinde*” olmasıdır. Türk tabiiyetindeki şirket veya müesseselerin kendi aralarında yapacağı sözleşmelerin Türkçe zorunluluğuna tâbi olması için, bu sözleşmelerin “*Türkiye dâhilinde*” olması gerekmektedir birlikte, bunun tam olarak ne anlama geldiği 805 sayılı Kanun’da açıklanmamıştır.

Doktrinde bir görüş, 805 sayılı Kanun’un 1. maddesindeki “*Türkiye dâhilinde*” olma ibaresinin, herhangi bir yabancılık unsuru içermeyen ve bütün unsurları

21 Detaylı bilgi için bkz Gülin Güngör, *Tâbiyet Hukuku* (3rd edn, Yetkin 2015) 207 vd; Aysel Çelikel and Günseli Öztekin-Gelgel, *Yabancılar Hukuku* (23rd edn, Beta 2017) 36-37; Nomer (n 14) 498; Rona Aybay and Nimet Özbek, *Vatandaşlık Hukuku* (4th edn, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2015) 313 vd

Türkiye’de bulunan yerel nitelikli sözleşmeleri işaret ettiğini kabul etmektedir<sup>22</sup>. Aynı görüşü savunan bir başka yazara göre; yurt dışı işlemlerde kullanılacak sözleşme ve belgelerde, yabancı ülkelerdeki kurumlara verilecek banka teminat mektuplarında, dış alım ve dış satım, taşıma veya sigorta işleri dolayısıyla düzenlenen sözleşme ve belgelerde Türkçe kullanılmasını beklemek, işin niteliği ve özelliği dolayısıyla ne mümkündür ne de gereklidir<sup>23</sup>. Bu görüş; yabancı unsur taşıyan (milletlerarası) tahkim anlaşmalarının, iki Türk şirketi arasında yapılsalar dahi Türkçe zorunluluğuna tâbi olmadığı anlamına gelmektedir.

İkinci görüş ise, 805 sayılı Kanun’un 1. maddesindeki “*Türkiye dâhilinde*” olma koşulunu, sözleşmenin fiilen Türkiye’de kurulması şeklinde anlamakta ve bir Türk şirketinin Türkiye dışında yapacağı bir sözleşmenin Türkçe yapılmasının zorunlu olmadığını iddia etmektedir. Buna göre; yabancı sermaye sahipleri ile Türk ortakları arasında, ortaklığın ve girişilecek faaliyetin temel esaslarını belirlemek için düzenlenen bir ortaklar anlaşması eğer Türkiye’de düzenlenmişse Türkçe olmalıdır<sup>24</sup>. Bu görüşe göre, iki Türk şirketi arasındaki bir tahkim anlaşması, Türkiye’de akdedilmiş ise, ilişkide yabancılık unsuru bulunsa dahi, Türkçe zorunluluğuna tâbidir. Bunun aksinden çıkan anlam; iki Türk şirketi arasında yurt dışında akdedilen bir tahkim anlaşmasının Türkçe zorunluluğuna tâbi bulunmadığıdır.

Bu iki görüş arasında, tahkim anlaşmaları açısından çok ciddi bir farklılık bulunmaktadır. Zira birinci görüş esas alınacak olursa, 4686 sayılı MTK anlamında yabancılık unsuru içeren ilişkilere dair tahkim anlaşmaları bakımından Türkçe zorunluluğu aranmayacaktır ki MTK m.2 hükmünde yabancılık unsuru taşıyan hallerin ziyadesiyle geniş tutulduğu<sup>25</sup> nazara alındığında, 805 sayılı Kanun’un 1. maddesinde öngörülen Türkçe zorunluluğunun kapsamı daralmış olacaktır. Meselâ ikinci görüşe göre Türkçe zorunluluğuna tâbi bir örnek olarak verilen olayda, yabancı sermaye sahipleri ile Türk ortakları arasında, ortaklığın ve girişilecek faaliyetin temel esaslarını belirlemek için düzenlenen bir ortaklar anlaşması -nerede düzenlenmiş olursa olsun- MTK madde 2(3) uyarınca yabancılık unsuru teşkil eder ve -birinci görüşe

22 Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 5) 660

23 Yaşar Karayalçın, ‘Taşıma Sigortalarında All Risk Klozu’, in *Sorumluluk ve Sigorta Bakımından Eşya Taşımacılığı Sempozyumu Bildiriler-Tartışmalar*, (Sigorta Hukuku Türk Derneği 1984) 199, 214

24 Alışkan (n 4) 353; Kırcı (n 1) 1936-1937

25 MTK madde 2 uyarınca, aşağıdaki hâllerden herhangi birinin varlığı, uyumsuzluğun yabancılık unsuru taşıdığını gösterir ve bu durumda tahkim, milletlerarası nitelik kazanır:

- (1) Tahkim anlaşmasının taraflarının yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin ayrı devletlerde bulunması.
- (2) Tarafların yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin; (a) Tahkim anlaşmasında belirtilen veya bu anlaşmaya dayanarak tespit edilen hâllerde tahkim yerinden, (b) Asıl sözleşmeden doğan yükümlülüklerin önemli bir bölümünün ifa edileceği yerden veya uyumsuzluk konusunun en çok bağlantılı olduğu yerden, başka bir devlette bulunması.
- (3) Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşmeye taraf olan şirket ortaklarından en az birinin yabancı sermayeyi teşvik mevzuatına göre yabancı sermaye getirmiş olması veya bu sözleşmenin uygulanabilmesi için yurt dışından sermaye sağlanması amacıyla kredi ve/veya güvence sözleşmeleri yapılmasının gerekli olması.
- (4) Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşme veya hukuki ilişkinin, bir ülkeden diğerine sermaye veya mal geçişini gerçekleştirmesi.

göre- bu durum ortaklar anlaşmasına ilişkin tahkim anlaşması bakımından Türkçe zorunluluğunu ortadan kaldırır.

Meseleyi çözüme kavuşturmak için, 805 sayılı Kanun'un 1. maddesindeki ifade biçimiyle, “*Türkiye dâhilindeki mukavele*” ibaresinin ne anlama geldiğinin açıklığı kavuşturulması gerekmektedir. Bir sözleşme açısından “*Türkiye dâhilinde olma*”, anlamlı bir ifade biçimi değildir. Bu ifadenin ne anlama geldiğinin yorum yoluyla aydınlatılması gerekmektedir.

805 sayılı Kanun'un tarihsel bir dönemi temsil ettiği, günümüz şartlarına uygun düşmediği, Anayasa madde 48'de teminat altına alınan sözleşme özgürlüğüne uygun düşmediği yönündeki görüşlerin<sup>26</sup> dikkate alınması, 805 sayılı Kanun'daki Türkçe zorunluluğuna ilişkin hükümlerin daha sağlıklı bir şekilde yorumlanmasını temin edebilir.

805 sayılı Kanun'un gerekçesine bakıldığında<sup>27</sup>; Türkiye Cumhuriyeti'nin kuruluşundan üç yıl sonra yürürlüğe konulduğu, Türkiye'de yaşayan yabancı kişi ve kuruluşlar yanında Türk toplumuna dâhil şahıs ve kurumlar bile Türkçe'den başka dilleri kullanmayı alışkanlık hâline getirdikleri için ticaret alanında millî kültürün durakladığı ve yeterli derecede dil bilmeyen Türk vatandaşlarının da kendi ülkelerinde iş bulamaz hâle geldikleri, bunun için 805 sayılı Kanun vasıtasıyla Türk tabiiyetindeki müesseselerin mutlak surette Türkçe kullanmalarının mecburî hâle getirildiği, yabancı müesseseler açısından Türkçe zorunluluğunun ise Türk tabiiyetindeki gerçek veya

26 Bkz Şanlı, Esen and Ataman-Fıganmeşe (n 5) 661; Oğuzman and Öz (n 5) 143; Kırcı (n 1) 1943

27 “İnsanların hayat ve işlerinin genelinde dilin etkisinin büyük olduğunu belirtmeye gerek bile yoktur. Bütün medeni memleketlerde ülkede yaşayan kişiler arasında millî dilin konuşulması genel bir kural hâline geldiği, özellikle resmi işlerde kullanılması mecburiyeti olduğu halde, bizde geçmişin gaflet ve kayıtsızlığı sebebiyle dil ihmal edilmiş, ülkede yaşayan yabancı kişi ve kuruluşlar bir yana, Türk toplumuna dâhil şahıs ve kurumlar bile Türkçe'den başka dilleri kullanmayı alışkanlık hâline getirmişlerdir. Bunun sonucu olarak, ticaret alanında millî kültür duraklamaya maruz kalmış, millî prensiplere dayanan öğrenim sistemi dolayısıyla yeterli derecede dil bilmeyen Türkler de kendi ülkelerinde iş bulamamışlar, ticaret hayatında ikinci, üçüncü derece konularında kalmışlardır. Meşrutiyet'in ilanından sonra dil birliğini kurmak üzere oluşan eğilimin etkisiyle 10 Mart 1326 / 23 Mart 1911 tarihinde bir kanun çıkartılmışsa da, bilinen engeller, Birinci Dünya Savaşı felâketi, ülkenin o zamanki bünyesi ve kanununun zayıf uygulanma kabiliyetinden mahrum olması ilmi bir yarar elde edilmesine engel olmuştur. (Ankara'da) Millî hükümetin kurulmasından sonra, bu kanunu desteklemek üzere hazırlanan 4 Kanunusani 1339 / 4 Ocak 1923 tarihli genelge de esaslı bir sonuç sağlamamıştır.

Bugün ülkede bu alanda genel uyanış ve gelişme arzularıyla tamamen aksi istikamette güçlenen bir durum mevcuttur. Bunun çalışma hayatının çeşitli alanlarında işçi ve uzmana ihtiyacımızın bulunduğu bu dönemde çözülmesi gerekmektedir. Ekli kanun tasarıstı bu noktadan, geçmişe ve geleceğe dayalı uzun tecrübe ve inceleme döneminin ürünü olmak üzere hazırlanmış ve belirlenmiş, kelime ve cümleleri üzerinde ve olaylara uygulanması şekli üzerinde çok çalışılmıştır.

Bu tasarı üç kısımdan oluşmaktadır: Birincisi: Türkiye'de çalışan Türk tabiiyetindeki müesseselerin mutlak surette Türk Dili kullanmaları mecburi hale getirilmiştir. İkincisi yabancı müesseseler: Bunlarda Türkçe mecburiyeti, Türk müesseseleri, şahısları ve daireleri ile olan muhabere, muamele ve temaslarına ve hükümete sunmak mecburiyetinde buldukları evrak ve defterlerle sınırlı tutulmuş, ayrıca Türkçe olmayan defter ve kayıtların Türk mahkemelerinde lehlerine kullanılmayacağı açıklanmıştır. Bu şekilde ana hatlarıyla genel olarak iş ve işlemlerin Türkçeleşmesi hedeflenmiş olmaktadır. Halen bu gibi kurumlara müraacat eden Türk gençlerinden birden çok dile aynı seviyede yeterlilik istenmektedir. Özellikle kendilerini ilgilendiren dil tercüme edilerek, sonuçta birçok Türk genci için maddenin çalışması imkânı kalmamaktadır. Üçüncüsü: Tasarının bütün gücü ve ruhu cezayı içeren dördüncü maddede toplanmaktadır. Bu maddenin bu şekilde kabulü ve korunması gerekmektedir. Tasarının bir önce desteklenmesi ve belirlenmesi hususu özellikle rica olunur.”

TBMM Zabıt Ceridesi, 24. Cilt, 10 Nisan 1926, 85. İctima, Birinci Celse, 133 sıra numaralı Tasarı, 1-2.

Tutanaklar Dergisinde Arap harfleriyle yazılı olan gerekçe metni Prof. Dr. Mustafa Şentop tarafından Türk harfleriyle yazılı hâle getirilmiş ve EKŞİ (n 1) 34-35'te yayımlanmıştır.

tüzel kişilerle olan muhabere, muamele ve temaslarına ve resmî makamlara sunmak mecburiyetinde buldukları evrak ve defterlerle sınırlı tutulduğu ve ayrıca Türkçe olmayan defter ve kayıtların Türk mahkemelerinde lehlerine kullanılamayacağı görülmektedir.

Ancak aradan geçen doksan dört sene zarfında, gerek dünyanın gerekse Türkiye'nin ticaret anlayışı ve ekonomik yapısı epey değişmiş, uluslararası ticarî işlemler ve bunların ülke ekonomisine sağladığı katkı artmış, o günden bugüne Türkiye gerek ithalat gerekse ihracat açısından son derece aktif bir devlet olmuştur. 1954 yılında yürürlüğe konulan Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu<sup>28</sup> gereğince Türkiye'ye yabancı sermaye getirmek izne tâbi iken, bunun yerine 2003 yılında yürürlüğe giren Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu<sup>29</sup>'nda yabancı sermayenin Türkiye'ye girişi serbest bırakılmış ve hatta bunun da ötesine geçilerek, belirli vasıfları haiz (doğrudan) yabancı yatırımların Türkiye'de bir şirket kurmak veya mevcut bir şirkete ortak olmak yoluyla gelmesi için kanunda bazı imtiyazlar dahi tanınmıştır. Türkiye'de ve dünyada 1926 yılından bu yana meydana gelen değişimler ve sözleşmelerin yabancı dilde yapılmasını gerektiren ihtiyaçlar göz ardı edilecek olursa sağlıklı bir sonuca varılabilmesinin mümkün olmadığı kanısındayız. Bu itibarla; Türkiye Cumhuriyeti'nin 1926 yılında ihtiyaçları ve menfaatleri ile 2020 yılındaki ihtiyaçları ve menfaatleri hesaba katıldığında bugün 805 sayılı Kanun'u geniş yorumlamak için hukuk politikası bakımından herhangi bir sebep görememekteyiz.

Bütün bu sebeplerden ötürü; 805 sayılı Kanun'un 1. maddesindeki "*Türkiye dâhilinde*" olma ibaresinin, herhangi bir yabancılık unsuru içermeyen ve bütün unsurları Türkiye'de bulunan yerel nitelikli sözleşmeleri işaret ettiğini benimseyen birinci görüşün benimsenmesi, daha uygun bir yorum tarzı olacaktır. Tahkim anlaşmaları bakımından "yabancılık unsuru" 4686 sayılı MTK madde 2 hükmüne göre belirlenecek ve Türk tabiiyetinde olmasına rağmen yabancı sermayeli şirketlerin taraf olduğu tahkim anlaşmaları "*Türkiye dâhilinde*" olma koşulunu sağlamadığı için Türkçe zorunluluğunun dışında kalacaktır. Kaldı ki; yukarıda detaylı olarak izah edildiği üzere, işlem veya ilişkide yabancı unsur bulunduğu takdirde tahkim anlaşmalarının "şekil" bakımından zaten 805 sayılı Kanun'a değil, Türk milletlerarası tahkim mevzuatına tâbi olacağı da unutulmamalıdır.

Yargı içtihatlarına bakıldığında; iki Türk şirketi arasındaki tahkim anlaşmasının Türkçe olmamasının 805 sayılı Kanun çerçevesinde doğrudan doğruya geçersizlik sebebi sayıldığı ve fakat tahkim anlaşması açısından "*Türkiye dâhilinde*" olma koşulunun irdelenmediği görülmektedir<sup>30</sup>.

28 Kanun Numarası: 6224, Kabul Tarihi: 18.01.1954, RG 23.01.1954/8615

29 Kanun Numarası: 4875, Kabul Tarihi: 05.06.2003, RG 17.06.2003/25141

30 Yargı kararlarında, 805 sayılı Kanun'un 1. maddesindeki "*Türkiye dâhilinde*" olma koşulu sadece tahkim anlaşmaları bakımından ihmal edilmemektedir. Meselâ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin, 2051/5292 sayılı ve 4.5.2009 tarihli kararına konu olayda; davacı 10.12.2004 tarihinde aylık %24 faizle davalı bankanın Bahreyn Şubesine yatırılmak üzere Pendik



Meselâ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 05.02.2019 tarihli kararına<sup>31</sup> konu olayda; Türkiye'de kurulu iki şirket arasında İngilizce tanzim edilmiş bulunan ve tahkim şartı da ihtiva eden acentelik sözleşmesinden kaynaklanan portföy istemiyle açılan dava, davalı tarafın tahkim itirazı üzerine görevsizlik kararı verilerek reddedilmiş ve davacı tarafın istinaf istemi de sözleşmenin taraflarından birisinin yabancı olduğu ve 805 sayılı Kanun'un bu sözleşme açısından uygulanabilecek bir norm olmadığı gerekçeleriyle reddedilmiştir. Bunun üzerine yapılan temyiz başvurusu; ilk derece mahkemesindeki yargılama aşamasında ve istinaf incelemesi sırasında dosyaya ibraz edilen sözleşme ve ticaret sicil kayıtlarına göre acentelik sözleşmesinin taraflarının Türkiye Cumhuriyeti tabiiyetinde olduğu, bu hususun vekâletname dayanağı imza sirküleri ile sabit olduğu, ayrıca davalı vekilinin müvekkilinin yabancı olduğunu iddia etmemiş olduğu, 805 sayılı Kanun'un 1. maddesinin Türkiye Cumhuriyet tabiiyetindeki şirket veya müesseselerin ülke içindeki her türlü sözleşmeleri, hesap ve defterlerini Türkçe olarak düzenlemek zorunda olduğunu öngördüğü, bu zorunluluğa uyulmaksızın düzenlenen sözleşmelerin 4. maddeye göre geçersiz olduğu, somut olayda taraflar arasındaki tahkim şartını içeren acentelik sözleşmesinin yabancı dilde düzenlenmiş olmakla 805 sayılı Kanun gereğince geçersiz olduğu gerekçesiyle oybirliğiyle bozma kararı verilmiştir. Bu kararda Yargıtay, 805 sayılı Kanun'un 1. maddesinde iki Türk şirketi arasındaki sözleşmenin Türkçe zorunluluğuna tâbi olması için gereken "*Türkiye dâhilinde*" olma koşulunu irdelememekle hataya düşmüştür. İki Türk şirketi arasındaki sözleşmenin İngilizce tanzim edilmesinin sebebi, meselâ bu şirketlerden birinin yabancı sermayeli bir şirket olması ise, Yargıtay'ın vardığı sonuç da hatalı olacaktır.

### **C. Yabancı Şirket veya Müesseseler ile Türk Tabiiyetindeki Şirket veya Müesseseler Arasındaki Milletlerarası Tahkim Anlaşmaları Bakımından 805 Sayılı Kanun'da Öngörülen Türkçe Zorunluluğu**

805 sayılı Kanun'un 2. maddesi uyarınca; "*Ecnebi Şirket ve müesseseler için bu mecburiyet Türk müessesatı ile ve Türkiye tebaasından olan efrat ile muhabere, muamele ve temaslarına ve devair ve memurini Devletten birine ibraz mecburiyetinde buldukları evrak ve defterlerine hasredilmiştir*".

Şubesine para yatırdığım, daha sonra paranın faiziyle birlikte ödenmesi talep edildiğinde bankanın paranın yatırıldığını kabul ettiğini ancak faiz oranın %22 olduğunu ve hesaba para yatırılırken "vadeli/spot alım satım işlemleri sözleşmesi" akdedildiğini iddia ettiğini, davacının gerçekte "vadeli/spot alım satım işlemleri sözleşmesi"ni imzalamadığını, para yatırılırken kendisine formalite bir evrak olduğu belirtilerek imza alındığını, sözleşmenin tercümesinin verilmediğini ileri sürerek alacağının davalıdan tahsilini talep etmiştir. Davalı, davacının "vadeli/spot alım satım işlemleri sözleşmesi"ni imzalandığını, hesabın Bahreyn şubesinde açılması nedeniyle İngilizce metnin imzalandığı ancak bunun yanında Türkçe metnin de davacıya teslim edildiğini, davacının risk beyanı da okuyarak işleme onay verdiğini savunarak davanın reddini talep etmiştir. Yargıtay; davalı bankanın Bahreyn şubesine gönderilmek üzere Pendik şubesinden para yatırma işlemi esnasında davacıya İngilizce sözleşme imzalatıldığı, hesaptan para çekilmek istenildiğinde bankanın bu İngilizce sözleşmeye dayandığı, 805 sayılı Kanun'un 1 ve 4. maddeleri karşısında bankanın Türkçe düzenlenmeyen bu sözleşmelere davacının imzasını taşısa dahi dayanamayacağı sonucuna varmıştır. Paranın yurt dışına transferini konu edinen bir sözleşme kanaatimizce 805 sayılı Kanun'un 1. maddesindeki "*Türkiye dâhilinde*" olma koşulunu karşılamadığı için, bu maddeye istinaden sözleşmenin geçersiz sayılması da mümkün bulunmamaktadır.

31 Yargıtay 11 HD, 5003/842, 05.02.2019: www.lexpera.com.tr

Buna göre; yabancı şirket veya müesseseler ile Türk tabiiyetindeki gerçek veya tüzel kişiler arasındaki muhabere, muamele ve temaslar ile devlet kurumlarına yahut memurlarına sunulacak evrak ve defterler bakımından Türkçe kullanma zorunluluğu getirilmiştir (madde 2).

Tekrar belirtelim ki; tahkim anlaşmasına konu işlem veya ilişkide yabancılık unsuru bulunması hâlinde, tahkim anlaşmalarının şekli bakımından uygulanacak hukukî düzenlemeler, 805 sayılı Kanun hükümleri değil, Türk milletlerarası tahkim mevzuatı kapsamındaki hükümler olmalıdır. Ancak milletlerarası tahkim anlaşmalarının 805 sayılı Kanun kapsamında olduğu bir an için kabul edilecek olursa nasıl hareket edilmesi gerektiği üzerinde durmakta yarar görüyoruz.

Yabancı şirket veya müesseseler ile Türk tabiiyetindeki gerçek veya tüzel kişiler arasındaki tahkim anlaşmalarının Türkçe zorunluluğuna tâbi olup olmadığının tayininde ilk cevaplanması gereken sorulardan biri, *sözleşmelerin* 805 sayılı Kanun m.2 hükmünün kapsamına girip girmediğidir.

Doktrindeki bir görüş; 805 sayılı Kanun'un 1. maddesine göre, Türk tabiiyetindeki her tür şirket veya müessese Türkiye dâhilindeki her nevi muamele, mukavele, muhabere, hesap ve defterlerini Türkçe tutmaya mecbur tutulmuşken, 2. maddede yabancı şirket veya müesseseler ile Türk vatandaşı gerçek veya tüzel kişiler arasındaki ilişkiler açısından bu mecburiyetin muhabere, muamele ile resmî kurumlara ibraz edilecek evrak ve defterlere hasredildiğinin altını çizerek, Kanun'un 1. maddesinde açıkça yer verilen "*mukavele*" tabirine 2. maddede yer verilmemiş olmasını, yabancı şirket veya müesseselerin Türk tabiiyetindeki gerçek veya tüzel kişilerle yapacakları sözleşmelerin lisanı bakımından bir sınırlama bulunmadığı şeklinde yorumlamaktadır<sup>32</sup>.

Buna karşılık; yabancı şirket veya müesseselerin Türk tabiiyetindeki gerçek veya tüzel kişilerle yapacağı sözleşmelerin de Türkçe kullanma zorunluluğu kapsamına girdiği ve Türkçe olması gerektiği de savunulmaktadır. Bu görüşe göre; sözleşmelerde Türkçe kullanma zorunluluğu yönünden iki madde arasında fark yaratmanın haklı bir

32 İsmail Doğanay, *Ticari Alım-Satım Akdi ve Nevileri* (2nd edn, Adalet 2003) 5; Seza Reisoğlu, *Banka Teminat Mektupları ve Kontragarantiler* (4th edn, Ankara 2003) 104; Kırca (n 1) 1934, 1938-1939; Şanlı, Esen and Ataman-Fıganmeşe (n 5) 660; Ekşi (n 1) 124; Ziya Akıncı, *Milletlerarası Tahkim* (4th edn, Vedat 2016) 124

Yargıtay'ın, diğer sözleşme türleri hakkında bu yönde kararları mevcuttur. Meselâ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 4231/5032 sayılı ve 07.10.1986 tarihli kararında; Türk şirketleri ile yabancı şirketler arasındaki sözleşmelerin yabancı dilde tanzim edilebileceğini, 805 sayılı Kanun'un buna engel oluşturmadığını kabul etmiştir. Karara konu olayda; yabancı şirkete ait bir gemi ile Mersin'den İskenderiye'ye 2.000 ton mercimek taşınması için bu yabancı şirketin acentesi ile davalı Türk şirketi arasında yapılan sözleşmeye istinaden geminin yükü almak üzere Mersin Limanı'na geldiğini ancak yüklemenin yapılmaması üzerine davacı tarafın sürustarya alacağı ve pişmanlık navlunu talebiyle başlattığı icra takibine yapılan itiraz üzerine açılan itirazın iptali davası neticesinde Yargıtay tarafından verilen karar şöyledir: "805 sayılı *İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkında Kanunun* 1. maddesindeki, *Türk tabiiyetindeki her nevi şirket ve müesseseler için Türkiye dâhilindeki her nevi muamele, mukavele, muhabere, hesap ve defterlerini Türkçe tutmaya mecbur olmalarının öngörülmesi* karşılık, aynı Kanunun 2. maddesinde yabancı şirket ve müesseseler için bu mecburiyet Türk müesseseleri ile Türkiye tebaasından olan fertlerle mukavele hariç, sadece muhabere, muamele ve temaslar ile Devlet dairelerine ibraz mecburiyetinde buldukları evrak ve defterlere hasredilmiş olmasına ve bu durumda Türk şirketleri ile müesseselerin yabancı şirket ve müesseselerle Türkçe dışında bir dil ile yapılan sözleşmelerin geçerliliğinin yasaklanmamış bulunmasına göre davalı vekilinin tüm temyiz itirazlarının reddine" karar vermiştir. Karar için bkz YKD, C 13, S 1, 1987, 66-67; Ekşi (n 1) 29-30

gerekçesi olamaz ve 805 sayılı Kanun'un 1. maddesinde “*mukavele*” tabiri ayrıca sayılmasına rağmen 2. maddesinde “*mukavele*” tabirine yer verilmemesi, yabancı şirket veya müesseseler bakımından sözleşmelerin Türkçe kullanma zorunluluğu dışında bırakıldığı ve yabancı şirket veya müesseseler ile Türk şirket veya müesseseleri arasında yapılacak sözleşmelerin yabancı dilde yapılabileceği anlamına gelmez. Zira sözleşme de bir tür çok taraflı hukukî muameledir ve 805 sayılı Kanun'un 2. maddesinde yabancı şirket veya müesseseler ile Türk şirket veya müesseseleri arasında yapılacak muamelelerin Türkçe olması öngörüldüğü için, bunlar arasındaki sözleşmelerin de Türkçe olması zorunludur. Kanun'un 1. maddesinde muamele ve mukavelelerde Türkçe kullanmak “mecburdur” denildikten sonra, 2. maddede “bu mecburiyet” denilerek 1. madde ile bağlantı kurulmasının ve 3. maddede yabancı şirket ve müesseseler “muamelatında” ifadelerinin kullanılmasının da bu sonucu desteklediği, 1. maddede “her nevi muamele”den hemen sonra hukukî muamelelerin en önemli türü olan mukaveleden söz edilmesinin muameleye örnek verme niteliğinde olduğu savunulmaktadır.<sup>33</sup>

Kanaatimizce; 805 sayılı Kanun'un 1. maddesinde Türk tabiiyetindeki her tür şirket veya müessese için getirilen Türkçe zorunluluğunun kapsamı belirlenirken “*her nevi muamele, mukavele, muhabere, hesap ve defterler*” sayılmışken; 2. maddede Türk tabiiyetindeki gerçek veya tüzel kişiler ile yabancı şirket veya müesseseler arasındaki ilişkiler bakımından getirilen Türkçe zorunluluğunun “*muhabere, muamele ve temaslar ile Devlet kurumlarına yahut memurlarına sunulacak evrak ve defterler*” ile sınırlandırılmış olması, kanun koyucunun *sözleşmeleri* 2. madde kapsamına almak istemediği anlamına gelir. Aynı konuyu düzenleyen, sadece süjeleri farklı olan ve birbirini takip eden iki kanun maddesi arasındaki bu farklılığın başka bir makul izahı olamaz. Kanun'un 2. maddesinde yer verilen *muamele* tabirinin *hukukî muamele* anlamına geldiğini, *sözleşmenin* de mahiyet itibarıyla bir *hukukî muamele* olduğunu ve bu nedenle *sözleşmenin* de 2. madde kapsamında olduğunu kabul etmemiz mümkün değildir. Zira kanun koyucu 1. maddede de *muamele* tabirine yer vermekte ve fakat yine de *sözleşmeyi* ayrıca zikretmektedir. Kanun'un 1. maddesinde hem *muamele* hem de *sözleşme* tabirlerine yer veren kanun koyucunun 2. maddede sadece *muamele* tabirine yer verip *sözleşme* tabirine yer vermemesi, kanun koyucunun *sözleşmeleri* 2. madde kapsamına almadığı anlamına gelir.

Yargı içtihatlarına bakıldığında, her iki yönde de kararlar bulunduğunu görmekteyiz.

Meselâ -yukarıda değindiğimiz- Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 14.06.2007 tarihli kararına<sup>34</sup> konu olayda; taraflardan birinin yabancı olduğu ve İngilizce kaleme alınmış bulunan münhasır malî müşavirlik sözleşmesindeki tahkim şartının 805 sayılı Kanun'un emredici hükümlerine aykırı ve mutlak butlanla batıl olduğunun ileri

33 Bkz Bahtiyar (n 1) 1738-1739; Alışkan (n 4) 351-353, 369-370

34 Yargıtay 11 HD, 5129/9050, 14.06.2007: www.lexpera.com.tr

sürüldüğü davada Yargıtay, sözleşmelerin Türkçe yapılmasının 805 sayılı Kanun'un yalnızca 1. maddesinde Türk şirketleri arasında bir zorunluluk olarak öngörüldüğü ancak aynı Kanun'un 2. maddesinde yabancı şirketler bakımından böyle bir zorunluluk öngörülmediği gerekçesiyle tahkim şartının geçersiz olmadığı ve uygulanmasını gerektiği sonucuna varmıştır. Yukarıda yaptığımız açıklamalar çerçevesinde bu kararın haklı olduğu kanaatindeyiz. Aslında olaydaki milletlerarası tahkim anlaşmasının şeklinin 805 sayılı Kanun'a tâbi bulunmadığına hükmedilmiş olsaydı, çok daha isabetli bir karar olacağını da eklemek isteriz.

Aynı yöndeki kararlara bir diğer örnek olan, İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 12. Hukuk Dairesi'nin 13.02.2020 tarihli kararına<sup>35</sup> konu uyuşmazlık satış sözleşmesinden kaynaklanmaktaydı. Sözleşme çerçevesinde kendisine teslim edilen teçhizatın ayıplı çıktığı iddiası ile davacı, İstanbul Ticaret Mahkemesi'ne başvurarak, sözleşmenin feshine ve ödenen makine bedeli ile diğer zararlarının karşılanmasına karar verilmesini istemiştir. Davalı tahkim itirazında bulunmuştur. İlk derece mahkemesi bu itirazı haklı bulmuştur. Bunun üzerine davacı taraf, 805 sayılı Kanun'un 4. maddesine göre, İngilizce hazırlanan tahkim şartının geçersiz olduğunu, bu sebeple tahkim sözleşmesinin bulunmadığının kabul edilmesi gerektiğini iddia ederek istinafa başvurmuştur. İstinaf mahkemesi ise, tahkim şartını içeren sözleşmenin bir tarafının yabancı şirket olması nedeniyle 805 sayılı Kanun'un Türkçe zorunluluğuna dair 1. maddesinin uygulanma olanağının bulunmadığını ve ayrıca ilk derece yargılamasında ileri sürülmeyen bu hususun istinaf nedeni olarak sunulmasının yerinde olmadığını belirtmiş, davalının tahkim itirazını haklı bulmuştur. Kararın ilgili kısmı şöyledir: “... davacı taraf İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkında 805 sayılı Yasanın 1.maddesine dayanmakta, yabancı dilde yapılan tahkim sözleşmesinin hükümsüz olduğunu savunmaktadır. 805 sayılı Yasanın 1.maddesine göre “Türk tabiiyetindeki her nevi şirket ve müesseseler, Türkiye dâhilindeki her nevi muamele, mukavele, muhabere, hesap ve defterlerini Türkçe tutmağa mecburdurlar”. Anılan Yasanın 2.maddesine göre ise bu zorunluluk, yabancı şirket ve müesseseler için, Türk müesseseleri ile Türkiye uyruğunda olan kişiler ile muhabere, muamele ve temaslarına ve devlet kurumlarına ibraz zorunluluğunda buldukları evrak ve defterlerine hasredilmiştir. Somut olaya döndüğümüzde, tahkim şartını içeren sözleşmenin bir tarafının yabancı şirket olması nedeniyle 805 sayılı yasanın 1.maddesinin uygulama olanağının bulunmadığı kanaatine varıldığından...”. Bu kararda varılan sonucun da haklı olduğunu düşünmekle birlikte, olaydaki milletlerarası tahkim anlaşmasının şeklinin 805 sayılı Kanun'a tâbi bulunmadığına hükmedilmiş olsaydı, daha ideal bir sonuca varılmış olacağını altı çizilmelidir.

Buna karşılık; taraflardan biri yabancı şirket olmasına rağmen tahkim anlaşmasının Türkçe yapılmadığı için geçersiz kılındığı hatalı kararlar da mevcuttur. Meselâ Yargıtay

35 İstanbul 12 BAM, 1/184, 13.02.2020: www.lexpera.com.tr

11. Hukuk Dairesi'nin 28.02.2014 tarihli kararına<sup>36</sup> konu olayda; davacının lisans hakkı sahibi olduğu tıbbî ürünün Türkiye'ye ithali ve Türkiye'de pazarlanması ve dağıtılması ile ilgili olarak davalıyla imzaladığı lisans ve distribütörlük sözleşmesine binaen davalı davacıya ait ürünün Türkiye'ye ithali ve Türkiye'de reçete ile satılması yetkisini yabancı tıbbî müstahzarlar ruhsatnamesi ile almış ancak bir süre sonra taraflar arasında uyumsuzluk doğması üzerine davacı Türk mahkemesinde bir dava açmıştır. Buna karşılık davalı, sözleşmedeki tahkim şartına istinaden tahkim itirazında bulunmuştur. Yerel mahkeme, taraflar arasındaki tahkim şartının sözleşme ilişkisi süresince geçerli bulunduğu, sözleşme ilişkisi sonlandıktan sonra taraflar arasındaki tahkim şartının da süresinin dolması nedeniyle sona erdiği, bu nedenle sözleşmenin uygulanması kapsamında çıkan uyumsuzluğun çözümünde mahkemenin görevli ve yetkili bulunduğu gerekçesiyle tahkim itirazını reddetmiş ve esasa ilişkin hüküm kurmuştur. Kararın temyiz edilmesi üzerine Yargıtay, taraflar arasında düzenlenen sözleşme aslı İngilizce tanzim edilmiş olduğundan, 805 sayılı Kanun uyarınca tahkim şartının geçerli olmadığı sonucuna vararak tahkim itirazının reddini haklı görmüştür.

Bu davada tahkim anlaşmasının geçerliliği konusunda gerek yerel mahkemenin gerekse Yargıtay'ın verdiği kararlar hatalıdır. Yerel mahkemenin kararında, belirli bir süre için akdedilen sözleşmenin süresinin sona ermiş olması sebebiyle, sözleşmedeki tahkim şartının da süresinin dolduğu ve bu sebeple tahkim şartının da sona erdiği sonucuna varılmıştır. Yerel mahkeme; esas sözleşme ile tahkim şartının birbirinden hukuken bağımsız olduğu, tahkim şartının geçersizliğine yol açacak müstakil bir sebep bulunmadıkça esas sözleşmenin geçersiz hâle gelmesinin tahkim şartını geçersiz hâle getirmeyeceği ve esas sözleşmenin süresi dolsa dahi esas sözleşmeye ilişkin uyumsuzlukların tahkim şartına tâbi olmaya devam edeceği yönündeki "tahkim şartının bağımsızlığı prensibi"ni gözden kaçırmıştır.

Yargıtay ise, kararından anlaşıldığı kadarıyla davalının tahkim itirazına karşılık davacı 805 sayılı Kanun'a dayanan bir itiraz ileri sürmemesine ve yerel mahkeme kararında tahkim şartının 805 sayılı Kanun'a aykırılığı hakkında bir hüküm bulunmamasına rağmen, taraflar arasında düzenlenen sözleşme aslı İngilizce olarak tanzim edilmiş olduğundan 805 sayılı Kanun uyarınca tahkim şartının geçerli olmadığını belirterek, diğer hususların yanında bunun da yerel mahkeme kararını haklı çıkaran bir husus olduğunun altını çizmiştir. Ancak karardaki verilerden anlaşıldığı kadarıyla davacı taraf yabancı bir şirkettir. 805 sayılı Kanun'un 2. maddesinde yabancı şirketler ile Türk şirketleri arasında yapılacak sözleşmeler bakımından Türkçe zorunluluğu öngörülmemiştir. Bu nedenle davacı yabancı şirket ile davalı Türk şirketi arasındaki sözleşmenin İngilizce olması bu sözleşmedeki tahkim şartını geçersiz kılmak için haklı bir sebep teşkil etmez. Kaldı ki; olaydaki tahkim anlaşmasının yabancılık unsuru taşıyan bir ilişkiye dair olması, şekline ilişkin hususların 805 sayılı Kanun'a

36 Yargıtay 11 HD, 1385/3815, 28.02.2014: <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>

değil Türk milletlerarası tahkim mevzuatına göre tayin edilmesini gerektirdiği için, aslında 805 sayılı Kanun'un gündeme dahi getirilmemesi gerekirdi.

Bir diğer hatalı karar, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin E.2016/5836-K.2017/4720 sayılı ve 26.09.2017 tarihli kararıdır<sup>37</sup>. Bu karara konu olayda; davacı İsviçre şirketine ait ürünlerin Türkiye'de pazarlanması ve dağıtılmasına ilişkin olarak davalı Türk şirketi ile imzalanan ve tahkim şartı da ihtiva eden lisans ve distribütörlük sözleşmesinden kaynaklanan davanın Türk mahkemesinde açılması üzerine davalı tahkim itirazında bulunmuş, bu itiraz ilk derece mahkemesi tarafından kabul edilerek dava usulden reddedilmiştir. Karar İsviçre şirketi tarafından temyiz edilmiş ve Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 4088/3972 sayılı ve 04.03.2013 tarihli kararıyla, tahkim şartı ihtiva eden sözleşmenin İngilizce düzenlenmiş olduğuna dikkat çekerek, 805 sayılı Kanun'un 2. maddesi uyarınca tahkim şartının geçersizliğine yol açıp açmayacağı değerlendirilmeden karar verilmiş olması sebebiyle ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur. Bunun üzerine ilk derece mahkemesince yapılan yargılamada, 805 sayılı Kanun'un 4. maddesi karşısında sözleşmenin İngilizce düzenlenmiş olması nedeniyle davalının İngilizce kaleme alınmış tahkim şartına dayanamayacağı gerekçesiyle tahkim itirazının reddi gerektiği sonucuna varılmış ve davanın esasına girilerek hüküm kurulmuştur. Bu karar, Yargıtay'ın 26.09.2017 tarihli kararıyla onanmıştır. Olaydaki tahkim anlaşmasının taraflarından biri İsviçre tabiiyetinde bulunan bir şirket olduğu için ve 805 sayılı Kanun'un 2. maddesinde yabancı şirketler ile Türk şirketleri arasında yapılacak sözleşmeler bakımından Türkçe zorunluluğu öngörülmediği için, olaydaki sözleşmenin Türkçe olmaması bu sözleşmedeki tahkim şartını geçersiz kılmak için haklı bir sebep değildir. Son olarak önemle belirtelim ki; olaydaki tahkim şartı yabancı unsur ihtiva eden bir ilişkiye dair olduğu ve bu nedenle tahkim şartının şekline ilişkin hususların 805 sayılı Kanun'a değil Türk milletlerarası tahkim mevzuatına göre tayin edilmesi gerektiği için, tahkim şartının 805 sayılı Kanun'a uygun düşüp düşmediği meselenin incelenmesine dahi gerek bulunmamaktaydı.

### **Ç. 805 Sayılı Kanun'un 1. ve 2. Maddelerine Aykırılığın Müeyyidesi**

805 sayılı Kanun'da öngörülen Türkçe zorunluluğuna uyulmaması hâlinde uygulanmak üzere üç farklı müeyyide getirilmiştir.

805 sayılı Kanun madde 3 uyarınca; *“İkinci maddede mezkûr şirket ve müesseseler muamelatında Türkçeden başka bir lisanı dahi ilaveten kullanabilirlerse de asıl olan Türkçe olup mesul imzaların Türkçe metin zirine vaz'ı mecburidir. Bu memnuiyete rağmen imza diğer lisanla yazılmış kısım veya nüshanın altına mevzu olsa dahi Türkçesi muteberdir.”*<sup>38</sup>

37 Yargıtay 11 HD, 5836/4720, 26.09.2017: Bkz [www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr) ve ayrıca <http://www.erdem-erdem.av.tr/yayinlar/hukuk-postasi/turkce-kullanma-zorunlulugunun-tahkim-anlasmasinin-geccerliligine-etkisi/>

38 805 sayılı Kanun madde 3 hakkında bkz Kırca (n 1) 1939-1940

805 sayılı Kanun madde 4 uyarınca; *“Bu Kanunun mevkii meriyete vaz'ından sonra birinci ve ikinci maddeler ahkâmına muhalif olarak tanzim kılınmış olan evrak ve vesaik şirket ve müesseseler lehine nazarı itibara alınmaz.”*

805 sayılı Kanun madde 7 uyarınca; *“Bu Kanun hükümlerine aykırı hareket eden kişi, yüz günden az olmamak üzere adli para cezasıyla cezalandırılır.”*

Bu müeyyideler arasında tahkim anlaşmalarını doğrudan ilgilendiren düzenleme 4. maddede yer almaktadır. Buna göre; Türkçe düzenlenmesi gerektiği halde yabancı dilde düzenlenmiş bulunan evrak ve belgeler, Türkçe düzenleme zorunluluğuna tâbi şirket müesseseler lehine dikkate alınmayacaktır.

Buna karşılık bazı yargı kararlarında ve doktrinde benimsenen bir bakış açısına göre; 805 sayılı Kanun'da öngörülen Türkçe zorunluluğuna uyulmamasının müeyyidesini düzenleyen 4. maddesinde, Türkçe düzenlenmeyen sözleşme ve sair evrakın akıbeti *“şirket ve müesseseler lehine nazarı itibara alınmama”* olarak ifade edilmiş olmasına rağmen, burada kanun koyucu aslında butlanı amaçlamıştır<sup>39</sup>.

Diğer görüşe göre; madde 4 hükmünde öngörülen müeyyide geçerlilik değil ispat ile ilgili olup ispat hukuku kuralları açısından değerlendirilmelidir. Buna göre; 805 sayılı Kanun'a aykırı olarak yabancı dilde yazılan belgeler ilgili şirket veya müessese lehine delil olarak dikkate alınamayacak olmakla beraber, karşı tarafın bu belgelere dayanarak haklılığını kanıtlaması mümkün olmalıdır<sup>40</sup>.

Kanaatimizce de 805 sayılı Kanun'da müeyyide olarak açıkça geçersizlik öngörülmediği için, 805 sayılı Kanun'a aykırı bir milletlerarası tahkim anlaşmasının geçersizliğine hükmedilmesi hukuka uygun değildir. İlgili Türk şirketinin veya yabancı şirketin 805 sayılı Kanun'a aykırı bir milletlerarası tahkim anlaşmasına dayanmasının engellenmesi ve böyle bir anlaşmanın ilgili taraf lehine nazarı itibare alınmaması Kanun'un özüne ve sözüne daha uygun olur. Burada dikkat edilmesi gereken husus; sözleşmenin ve/veya tahkim anlaşmasının yabancı dilde olmasını sağlayan sözleşme tarafının, daha sonra sözleşmenin ve tahkim şartının Türkçe olmadığını iddia etmesinin iyiniyet kuralına aykırı olacağıdır<sup>41</sup>.

Yargı kararlarında 805 sayılı Kanun'a aykırılığın müeyyidesi olarak genellikle tahkim anlaşmasının geçersizliğinden bahsedilmekle birlikte, 805 sayılı Kanun madde 4 hükmündeki müeyyideye sadık kalan mahkemeler de mevcuttur. Meselâ İstanbul 4. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 11.10.2018 tarihli kararına<sup>42</sup> konu olayda Türkiye'de kurulu iki şirket arasında kombine çevrim santrali projesinde saha

39 Oğuzman and Öz (n 5) 143

40 Bu görüş ve 805 sayılı Kanun madde 4 hükmünde öngörülen müeyyide hakkındaki diğer görüşler için bkz Bahtiyar (n 1) 1743 vd

41 Karayalçın (n 19) 214; Bahtiyar (n 1) 1747

42 İstanbul 4 Asliye Ticaret Mahkemesi, 815/1052, 11.10.2018: www.lexpera.com.tr

hizmetleri ve teknik saha danışmanlık hizmetleri sunulmasına ilişkin olarak İngilizce akdedilen sözleşmenin “uygulanacak hukuk ve anlaşmazlıkların çözümü” başlıklı 16. maddesinde, alıcının işyeri adresinin ABD olması durumunda New York Eyaleti yasaları veya alıcının iş yerinin ABD dışında olması durumunda İngiltere yasalarına tâbi olacağı ve uyuşmazlıkların Uluslararası Ticaret Odası (ICC) Tahkim Kurallarına göre çözümleneceği kararlaştırılmıştır. Taraflar arasında uyuşmazlık doğması üzerine davacı Türk mahkemelerinde dava açmış, davalı ise taraflar arasında akdedilen sözleşmedeki tahkim şartına istinaden tahkim itirazında bulunmuştur. Buna karşılık davacı taraf, tahkim şartının geçerli olmadığını ve yabancı dilde düzenlenmiş olması nedeniyle tahkim şartının dikkate alınmaması gerektiğini ileri sürerek tahkim itirazının reddine karar verilmesini talep etmiştir. Mahkeme; davanın her iki tarafının da Türkiye Cumhuriyeti tabiiyetinde bulunan şirketler olduğunu, sözleşmenin ifa yerinin de Türkiye olduğunu, 805 sayılı Kanun’un 1. maddesi uyarınca sözleşmenin Türkçe olması zorunlu iken İngilizce düzenlendiği, aynı Kanun’un 4. maddesinde sözleşmelerin Türkçe düzenlenmesi konusundaki gerekliliğe uyulmamasının müeyyidesinin mutlak geçersizlik sonucu doğuran maddî bir hukuk kuralı niteliğinde değil ispat hukukuna dair bir kural mahiyetinde bulunduğu, davalının böyle bir sözleşmedeki tahkim şartına dayanarak tahkim itirazında bulunmasının “bir tarafın lehine” bir durum oluşturmadığı, davacının bir yandan sözleşmeden kaynaklanan diğer yükümlülükleri yerine getirdiğini belirtmişken ve yargılama sırasında sözleşmenin bir örneğini ve tercümesini bizzat ibraz etmişken diğer yandan özgür iradeleriyle düzenledikleri tahkim şartının geçersiz olduğunu ileri sürmesinin Türk Medenî Kanunu<sup>43</sup> (MK) madde 2’de yer alan iyiniyet kuralına aykırı olduğu gerekçeleriyle taraflar arasındaki tahkim şartı geçersiz olmadığı için tahkim itirazının kabulüne ve davanın usulden reddine karar vermiştir.

Mahkemeye göre; sözleşmelerin Türkçe düzenlenmesi konusundaki gerekliliğe uyulmamasının müeyyidesi, mutlak geçersizlik sonucu doğuran bir maddî hukuk kuralı niteliğinde değil, ispat hukukuna dair bir kural mahiyetindedir. Konuya ilişkin diğer yargı kararlarında 805 sayılı Kanun’da öngörülen Türkçe zorunluluğuna aykırılığın müeyyidesi olarak “geçersizlik” sonucuna varıldığı dikkate alındığında, mahkemenin bu tespitinin, bu konudaki yargısal içtihatlarla uygun düşmediğini söyleyebiliriz. Bununla birlikte, mahkemenin bu tespitinin 805 sayılı Kanun madde 4 hükmüne uygun olduğu görülmektedir. Buna karşılık; mahkemenin, davalının yabancı dilde tanzim edilmiş bir sözleşmedeki tahkim şartına dayanarak tahkim itirazında bulunmasının “*bir tarafın lehine bir durum oluşturmadığı*” yönündeki tespitinin hatalı olduğu kanaatindeyiz. Zira tahkim itirazında bulunmak usulî bir haktır ve bu itirazın dayanağını da tahkim şartı teşkil etmektedir. Davalı taraf böyle bir tahkim şartına istinaden tahkim itirazında bulunduğu bu itiraz kabul edilirse, davalının lehine bir durum ortaya çıkacaktır. Bu sebeple, böyle bir tahkim itirazının, itiraz sahibi lehine bir durum oluşturmadığının kabulü hukuka uygun düşmeyecektir.

43 Kanun Numarası: 4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001, RG 08.12.2001/24607



Kararda dikkat çeken diğer bir husus; davacının bir yandan sözleşmeden kaynaklanan diğer yükümlülükleri yerine getirdiğini belirtmişken ve yargılama sırasında sözleşmenin bir örneğini ve tercümesini bizzat ibraz etmişken, diğer yandan özgür iradeleriyle düzenledikleri tahkim şartının geçersiz olduğunu ileri sürmesinin MK madde 2’de yer alan iyiniyet kuralına aykırı olduğunun kabul edilmiş olmasıdır. Bu yaklaşım, bir yandan edimlerin ifa ve ifanın da kabul edildiği diğer taraftan ise sözleşme Türkçe düzenlenmedi diye geçersizliğinin ileri sürüldüğü maddî hukuk sözleşmeleri bakımından son derece isabetlidir<sup>44</sup>. Ancak mahkemenin bu tespiti; “tahkim şartının bağımsızlığı prensibi” ile bağdaşmamaktadır. Tahkim anlaşması, esas sözleşme içinde bir şart olarak düzenlenmiş olsa dahi, hukuken esas sözleşmeden bağımsızdır. Bu nedenle, esas sözleşmenin ifasına dönük hareketler tahkim anlaşmasının geçersizliğini ileri sürmeye engel teşkil etmez. Tahkim anlaşmasının ifasına dönük hareketler mevcut olmadıkça, MK madde 2 hükmü tahkim anlaşmasının geçersizliğini ileri sürmenin önüne geçmez. Buna karşılık, yukarıda ifade edildiği üzere, tahkim anlaşmasının yabancı dilde olmasını sağlayan sözleşme tarafının, daha sonra tahkim anlaşmasının Türkçe olmadığını iddia etmesi iyiniyet kuralına aykırı olacaktır.

### Değerlendirme ve Sonuç

805 sayılı Kanun miadını doldurmuş bir düzenlemedir ve yürürlükte kalmasının yarardan çok zararı vardır. Bu nedenle en kısa zamanda yürürlükten kaldırılması gerekmektedir. Ancak 805 sayılı Kanun resmen yürürlükten kaldırılana dek, yargı mercileri bu Kanun’u uygulamaktan mümkün merteye kaçınmalı ve uygulamak zorunda kaldığı takdirde ise günümüz dünya ve Türkiye gerçeklerine uygun bir yorum tarzı benimsenmelidir.

Milletlerarası tahkim anlaşmaları açısından bakıldığında, ilk belirtilmesi gereken husus, 805 sayılı Kanun’un, yabancılık unsuru taşıyan işlem ve ilişkilere dair (milletlerarası) tahkim anlaşmaları bakımından uygulanmasının hukuken mümkün bulunmadığıdır. Zira bir sözleşmenin hangi dilde tanzim edilebileceği, sözleşmenin şekline ilişkin bir meseledir ve kanun koyucu 1926 tarihli ve 805 sayılı Kanun’dan

44 805 sayılı Kanun gereğince Türkçe zorunluluğuna tâbi bir maddî hukuk sözleşmesine dayanılmayacağı yönündeki kararın MK madde 2 hükmüne istinaden -karar düzeltme aşamasında- bozulduğu, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin 9841/6367 sayılı ve 05.05.2015 tarihli kararına konu olayda; taraflar arasındaki 15.07.2008 tarihli danışmanlık ve hukukî hizmet sözleşmesinden kaynaklanan davada davacı taraf edimlerini gereği gibi yerine getirdiklerini ancak davalının sözleşmeyi feshettiğini belirterek toplam 288.140USD’nin davalıdan tahsilini talep etmiştir. Davalı, yabancı dilde düzenlenmiş bulunan sözleşmenin 805 sayılı Kanun’un 2 ve 4. maddesine göre geçersiz olduğunu ve davacının müvekkiline herhangi bir hizmet vermediğini iddia etmiştir. Mahkemece, taraflar arasındaki sözleşmenin İngilizce düzenlendiği, 805 sayılı Kanun’un 1. ve 4. maddeleri uyarınca emredici yasa hükmüne aykırı olduğu sonucuna varılmıştır. Karar Yargıtay tarafından onanmıştır. Karar düzeltme talebi üzerine Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 11036/9260 sayılı ve 01.12.2016 tarihli kararında; her ne kadar Türk tabiiyetinde olmalarına rağmen taraflar arasındaki davaya dayanak yapılan sözleşmenin İngilizce düzenlendiği, bu durumun 805 sayılı Kanun’un 1 ve 4. maddeleri uyarınca emredici yasa hükmüne aykırı olduğu, bu bağlamda sözleşmenin geçersiz olduğuna ilişkin mahkemenin kabulü ilkesel olarak doğru ise de, taraflar arasında sözleşme çerçevesinde sunulan birtakım hizmetler karşılığı ödemenin de yapılmış olmasına nazaran, salt sözleşmenin İngilizce düzenlenmesinin, davacının sözleşme karşılığı davalıya vermiş olduğu hizmet bedellerini istemeye engel teşkil etmeyeceğinin kabulü gerektiği sonucuna varılarak yukarıdaki onama ilâmı kaldırılmış ve mahkeme kararının davacı yararına bozulmasına karar verilmiştir. Kararlar için bkz www.lexpera.com.tr

sonraki zaman zarfında taraf olmayı tercih ettiği 1958 tarihli New York Sözleşmesi ve 1961 tarihli Avrupa Sözleşmesi ile 2001 yılında yürürlüğe koyduğu 4686 sayılı MTK vasıtasıyla milletlerarası tahkim anlaşmalarının şekli geçerliliği bakımından müstakil bir hukukî rejim tayin etmek suretiyle, 805 sayılı Kanun'un milletlerarası tahkim anlaşmaları bakımından uygulanmayacağını ortaya koymuştur. Kanun koyucunun bu tercihi gereği milletlerarası tahkim anlaşmalarının şekli geçerliliğini tanzim eden bu düzenlemelere göre tahkim anlaşmasının hangi dilde tanzim edildiğinin hukuken önemi bulunmadığı için, bir milletlerarası tahkim anlaşmasını sırf yabancı dilde tanzim edildiği için geçersiz kabul etmek mümkün bulunmamaktadır.

Buna rağmen, milletlerarası tahkim anlaşmalarının 805 sayılı Kanun'un kapsamındaki sözleşmelerden biri olarak görülmesi konusunda ısrarcı olunması hâlinde dahi, 805 sayılı Kanun hükümlerinin doğru yorumlanması ve doğru uygulanması kaydıyla, milletlerarası tahkim anlaşmaları bakımından sorun yaşanmayacağı söylenebilir.

805 sayılı Kanun'a göre, Türk tabiiyetindeki şirket veya müesseseler arasında kurulan tahkim anlaşmaları, "*Türkiye dâhilinde*" olma koşulunu yerine getirdiği takdirde Türkçe zorunluluğuna tâbidir (madde 1). Bir anlaşmanın "*Türkiye dâhilinde*" olması, herhangi bir yabancılık unsuru taşınamaması anlamına gelir. Bu itibarla; tamamen yerel nitelikteki sözleşmeler ve tahkim anlaşmaları bakımından Türkçe zorunluluğu söz konusu iken, yabancılık unsurunun söz konusu olduğu işlem ve ilişkilere dair tahkim anlaşmalarının "*Türkiye dâhilinde*" olma koşuluna uymadığı ve Türkçe zorunluluğuna tâbi bulunmadığı görülmektedir. Tahkime tâbi işlem ve ilişkiler bakımından yabancılık unsuru bulunup bulunmadığı ise 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu madde 2 hükmüne göre belirlenmelidir.

805 sayılı Kanun'a göre, yabancı şirket veya müesseseler ile Türk tabiiyetindeki gerçek veya tüzel kişiler arasındaki tahkim anlaşmaları bakımından ise; 1. maddede Türk tabiiyetindeki her tür şirket veya müessese için getirilen Türkçe zorunluluğunun kapsamı belirlenirken "*her nevi muamele, mukavele, muhabere, hesap ve defterler*" sayılmışken, 2. maddede Türk tabiiyetindeki gerçek veya tüzel kişiler ile yabancı şirket veya müesseseler arasındaki ilişkiler bakımından getirilen Türkçe zorunluluğunun "*muhabere, muamele ve temaslar ile Devlet kurumlarına yahut memurlarına sunulacak evrak ve defterler*" ile sınırlandırılmış olması, kanun koyucunun *sözleşmeleri* 2. madde kapsamına almak istemediği anlamına gelir. Kanun'un 1. maddesinde hem *muamele* hem de *sözleşme* tabirlerine yer veren kanun koyucunun 2. maddede sadece *muamele* tabirine yer verip *sözleşme* tabirine yer vermemesi, kanun koyucunun *sözleşmeleri* 2. madde kapsamına almadığını açıkça ortaya koymaktadır. Bu nedenle, yabancı şirket veya müesseseler ile Türk tabiiyetindeki gerçek veya tüzel kişiler arasındaki tahkim anlaşmaları bakımından Türkçe zorunluluğu söz konusu değildir.

**Hakem Değerlendirmesi:** Dış bağımsız.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

**Finansal Destek:** Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.

**Conflict of Interest:** The author has no conflict of interest to declare.

**Grant Support:** The author declared that this study has received no financial support.

## Bibliyografya/Bibliography

- Akıncı Z, *Milletlerarası Tahkim* (4th edn, Vedat 2016)
- Alışkan M, 'İktisadi Müesseselerde Türkçe Kullanma Zorunluluğu', (2005) 9(1-2) EHF 349-377
- Alvarez G A, 'Article II(2) of the New York Convention and the Courts', in Albert Jan van den Berg (ed), *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention ICCA Congress Series No:9* (Kluwer 1999) 67-81
- Aybay R and Özbek N, *Vatandaşlık Hukuku* (4th edn, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2015)
- Bahtiyar M, '805 Sayılı "İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkında Kanun"un Kapsamı ve Yaptırımı Sorunu', in Ömer Teoman (ed), *Prof. Dr. Hüseyin ÜLGEN'e Armağan*, (Vedat 2007) 1731-1750
- Çelikel A and Öztekin-Gelgel G, *Yabancılar Hukuku* (23rd edn, Beta 2017)
- Doğanay İ, *Ticari Alım-Satım Akdi ve Nevileri* (2nd edn, Adalet 2003)
- Ekşi N, *Milletlerarası Deniz Ticareti Alanında "Incorporation" Yoluyla Yapılan Tahkim Anlaşmaları*, (Beta 2004)
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (18th edn, Yetkin 2015)
- Güngör G, *Tâbiyet Hukuku* (3rd edn, Yetkin 2015)
- Karayalçın Y, 'Taşıma Sigortalarında All Risk Klozu', in *Sorumluluk ve Sigorta Bakımından Eşya Taşımacılığı Sempozyumu Bildiriler-Tartışmalar*, (Sigorta Hukuku Türk Derneği 1984) 199-225
- Kırca İ, "İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkında Kanun Üzerine", in Ömer Teoman (ed), *Prof. Dr. Hüseyin ÜLGEN'e Armağan*, (Vedat 2007) 1929-1947
- Kocayusufpaşaoğlu N, *Borçlar Hukukuna Giriş Hukukî İşlem Sözleşme* (4th edn Filiz 2008)
- Nomer E, *Devletler Hususî Hukuku* (22nd edn, Beta 2017)
- Oğuzman K and Öz M T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (16th edn, Vedat 2018)
- Reisoğlu S, *Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler* (4th edn, Ankara 2003)
- Şanlı C, Esen E and Ataman-Figanmeşe İ, *Milletlerarası Özel Hukuk*, (7th edn, Beta 2019)
- [www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr)
- <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>
- <http://www.erdem-erdem.av.tr/yayinlar/hukuk-postasi/turkce-kullanma-zorunlulugununun-tahkim-anlasmasin-in-gecerlilik-gine-etkisi/>
- [www.hukukmedeniyeti.org](http://www.hukukmedeniyeti.org)





## 2 Temmuz 2019 Tarihli Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Lahey Anlaşmasının Değerlendirilmesi

### An Evaluation of 2 July 2019 Hague Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters

Yusuf Çalışkan\* , Zeynep Çalışkan\*\* 

#### Öz

Bu çalışmanın amacı, 2 Temmuz 2019 tarihli Uluslararası Özel Hukuk Konferansı (HCCH) tarafından hazırlanan Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Lahey anlaşmasının değerlendirilmesidir. Bu Anlaşma, tanıma ve tenfiz konusunda yeknesak koşullar öngören çok taraflı bir uluslararası anlaşmadır. Bu çalışmada, Anlaşma'nın kapsamı ve yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin koşullar incelenecektir. Ayrıca çalışmada, Türkiye'nin ileride bir âkit devlet olması durumuna istinaden, bazı öneriler de yer almaktadır. Bu Anlaşma, onaylama süreci yeterince yaygın olursa, uluslararası uyumsuzluk çözüm mekanizmasında bir "oyun değiştirici" olacaktır. Avrupa Birliği ve Çin bu durumun ilk öncüleri olacak gibi görünmektedir.

#### Anahtar Kelimeler

Yabancı Mahkeme Kararların Tanınması ve Tenfizine İlişkin Lahey Anlaşması, Tanıma ve tenfiz, Uygulama kapsamı, Beyanlar, Dolaylı yargılama yetkisi, Tanınma ve tenfizin reddi

#### Abstract

The aim of this study is to evaluate the Hague Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Court Decisions, prepared by the Hague Conference on Private International Law (HCCH) of 2 July 2019. This Agreement is a multilateral international agreement that provides uniform conditions for recognition and enforcement. This study will examine the scope of the Convention and conditions for recognition and enforcement of foreign judgments. It will also give some recommendations in case Turkey shall become a Contracting State. This Convention will be a "game changer" in the international dispute mechanism, if ratification is adequately widespread, and it seems that the European Union and China will be the first runners for this.

#### Keywords

Hague Convention on Recognition and Enforcement of Foreign Judgments, Recognition and enforcement, Scope of application, Declarations, Indirect jurisdiction, Refusal of recognition and enforcement

\* Sorumlu Yazar: Yusuf Çalışkan (Prof. Dr.) İbn Haldun Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: ycaliska@gmail.com ORCID: 0000-0003-1427-6334

\*\* Zeynep Çalışkan (Dr. Öğr. Üyesi), Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: zeynepcaliskan@maltepe.edu.tr ORCID: 0000-0002-4945-5896

Atf: Çalışkan Y, Çalışkan Z, "2 Temmuz 2019 Tarihli Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Lahey Anlaşmasının Değerlendirilmesi" (2020) 40(1) PPIL 231. <https://doi.org/10.26650/ppil.2020.40.1.0099>



### **Extended Summary**

The Hague Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters is an essential international agreement, as it serves the purpose of eliminating legal risks in international trade and investment, and ensuring global access to justice. The Convention will be a “game changer” in the international dispute mechanism, if ratification is adequately widespread. In particular, considering the positive attitude of the European Union and China at the 22<sup>nd</sup> Diplomatic Conference meeting, it is possible that the European Union and China will sign this agreement in the near future. By following these developments, the Republic of Turkey may become a party to this Convention by making the necessary reservations and arrangements. When we examine the provisions of the Convention in terms of Turkish Private International Law, we can easily point out that it is an academically acceptable international instrument.

This Convention is a single multilateral instrument that stipulates unified conditions for recognition and enforcement. It requires Contracting States to recognize and enforce judgments given in civil or commercial matters in other Contracting States. The Convention provides a simple and effective system for the recognition and enforcement of foreign judgments in civil or commercial matters. Article 1 of the Convention stipulates that the Convention applies to the recognition and enforcement of judgments in civil or commercial matters. This provision must be read in conjunction with Article 2(1), which excludes certain matters. It excludes certain matters despite their civil or commercial nature. The fact that some matters are excluded from the scope of the Convention is done in both general and private working groups and at the 22<sup>nd</sup> Diplomatic Conference, so to speak, intense and long-lasting debates, especially issues regarding intellectual property, competition, cases in which states are parties. Indeed, the draft text prepared before the Diplomatic Conference included provisions regarding intellectual property that could cause serious problems in terms of Turkish law. Intellectual property issue is excluded from the scope of the Convention after almost a week of long discussions at the 22<sup>nd</sup> Diplomatic Conference, and such provisions in the draft are completely removed from the Final Act.

Article 4 of the Convention imposed on states to mutual recognition and enforcement of judgments without any review of the merits. The following requirements must be met for the recognition and enforcement of a judgment: a) The judgment pertaining civil and commercial matters is rendered in the state of origin should fulfill the indirect jurisdictional grounds stipulated in Article 5; b) The grounds for refusal of recognition in Article 7 are not met. There are only limited grounds on which recognition or enforcement can be refused.

Article 5 of the Convention provides the basis for the recognition and enforcement of a judgment in the form of indirect jurisdictional grounds against which the judgment from the state of origin is to be assessed by the State where recognition and enforcement is sought. Although indirect jurisdiction rules have not been accepted in Turkish International Procedure Law, this provision of the Convention will not cause problems in implementation.

The recognition and enforcement of judgments is the main objective of the Convention. Article 7 of the Convention stipulates grounds for refusal of recognition and enforcement. Someone can easily recognize that these grounds are mainly similar to the provisions in the 2005 HCCH Choice of Court Convention. It is worthwhile to note that Article 7 of the Convention sets out that States “may” refuse recognition or enforcement if one or more grounds are met. However, this provision is addressed to States, not to the Courts. States have a discretionary power. Thus, States can either adopt domestic legislation that does not provide a ground for refusal in some of these circumstances, or provide grounds for refusal in all these circumstances. In this context, Turkey, when it signs this Convention, in absolute terms, has to make an arrangement in domestic law on refusal grounds for recognition and enforcement of a foreign judgment.

It is essential to note that Article 18 of the Convention permits States to extend the list of matters excluded from the scope of the Convention beyond those stipulated in Article 2 by making a declaration to that effect. Thus, besides the issues mentioned regarding the exclusion from the Scope of the Convention in Article 2 of the Convention, if Turkey has a strong interest in not applying the Convention to a specific matter, it has the right to declare so. Furthermore, article 19 of the Convention permits a State to make a declaration excluding the application of the Convention to judgments which arose from proceedings to which that State, a government agency of that State, or a natural person acting for them, was a party, even where the judgment relates to civil or commercial matters. Thus, before signing this Convention, Turkish authorities should interpret this article very carefully, and if there is a need to make a declaration, it should decide who can be included in the declaration.

## 2 Temmuz 2019 Tarihli Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Lahey Anlaşmasının Değerlendirilmesi

### I. Giriş

18 Haziran ve 2 Temmuz 2019 tarihleri arasında Lahey’de, Hollanda Hükümeti’nin daveti üzerine Yirmi-İkinci Lahey Uluslararası Özel Hukuk Diplomatik Konferansı yapılmıştır. Konferans sonunda, “Medeni Hukuk veya Ticaret Hukuku Meselelerine İlişkin Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine Dair Anlaşma”nın (Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Lahey Anlaşması) nihai metni<sup>1</sup> imzalanmış ve anlaşma ülkeler için imzaya açılmış olup Diplomatik Konferansta sadece Uruguay anlaşmayı imzalamıştır.

2019 Tarihli Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Lahey Anlaşması, adalete etkili erişimin geliştirilmesi ve kurallara dayanan çok taraflı ticaret ve yatırım hareketliliğinin hukuki işbirliği sayesinde kolaylaştırılması amacıyla yapılmıştır<sup>2</sup>. 1958 Tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin New York Anlaşmasının sağlamış olduğu başarı da dikkate alındığında, yabancı mahkeme kararlarının küresel olarak kesin ve öngörülebilir şekilde etkinliğinin sağlanması uluslararası ticaret ve yatırımlarda hukuki riskleri de bertaraf edebilecektir. Bu bağlamda, bu anlaşmanın yürürlüğe girdikten sonra uluslararası uyuşmazlık çözüm mekanizmaları sisteminde önemli bir değişikliğe sebep olacağı, uyuşmazlık taraflarının milli mahkemeleri de uyuşmazlık yöntemi olarak daha sık olarak seçebileceği haklı olarak ileri sürülmektedir. Bu anlaşma, 30 Haziran 2005 tarihli Yetki Anlaşmalarına Dair Anlaşmanın tamamlayıcısı olarak kabul edilmektedir<sup>3</sup>.

Anlaşma 32 madde ve 4 bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde (1-3 madde), Anlaşmanın kapsamı ve tanımlar düzenlenmiştir. Anlaşmanın İkinci bölümü (4-15 madde) ise Anlaşmanın en temel bölümü olup, tanıma ve tenfiz başlığı altında, tanıma ve tenfizin şartları ve usulü hüküm altına alınmıştır. Üçüncü bölüm (16-23 madde) ise genel hükümleri düzenlemektedir. Dördüncü bölümde (24-32 madde) ise son hükümler başlığı altında Anlaşmanın imza, onama, yürürlük gibi uluslararası kamu hukukuna ilişkin hükümler yer almaktadır.

1 Almanya, Amerika Birleşik Devletleri, Arjantin, Arnavutluk, Avrupa Birliği, Avustralya, Avusturya, Belarus, Belçika, Brezilya, Bulgaristan, Çek Cumhuriyeti, Çin, Danimarka, Ekvador, Estonya, Fas, Filipinler, Finlandiya, Fransa, Güney Afrika, Hırvatistan, Hindistan, Hollanda, İngiltere ve Kuzey İrlanda, İrlanda, İspanya İsrail, İsveç, İsviçre, İtalya, Japonya, Kanada, Kazakistan, Kıbrıs, Kore, Kosta Rika, Letonya, Litvanya, Lüksemburg, Malta, Macaristan, Meksika, Mısır, Moldova Cumhuriyeti, Norveç, Paraguay, Peru, Polonya, Portekiz, Romanya, Rusya Federasyonu, Sri Lanka, Sırbistan, Singapur, Slovakya, Slovenya, Suudi Arabistan, Şili, Tunus, Türkiye, Ukrayna, Uruguay, Ürdün, Vietnam, Yeni Zelanda, Yunanistan ve Zambiya delegeleri ile gözlemci olarak katılan Birleşik Arap Emirlikleri, Endonezya, İran, Özbekistan, Tayland, ve Zimbabve üyeleri ve temsilcileri Nihai metni imzalamıştır. Detaylı bilgi için bkz: HCCH <<https://www.hcch.net/en/secure-portal/22-diplomatic-sessions>> Erişim Tarihi 12 November 2019

2 David Goddard, ‘The Judgments Convention- The Current State of Play’, (2019) 29 Duke Journal of Comparative & International Law 473, 476.

3 ibid 478.



## II. Anlaşmanın Kapsamı ve Kapsam Dışında Kalan Hususlar

2019 tarihli Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine ilişkin Lahey Anlaşması, adı üzerinde sadece medeni veya ticari konulara ilişkin kararların tanınması ve tenfizinde uygulanmaktadır<sup>4</sup>. Anlaşmanın kapsamını belirten birinci maddesi bu durumu açıkça ifade etmiş olup, aynı maddede, Anlaşmanın vergi, gümrük ve idari konuları kapsamadığı da hüküm altına alınmıştır.

Yabancı mahkeme kararının medeni veya ticari konulara ilişkin olmasında aranan nitelik, kararı veren mahkemenin sıfatına veya karara verilen isme göre değil, kararın hükümlerinin taşıdığı niteliğe göre tespit edilecektir. Bu tespit, tanıma ve tenfiz talep edilen devletin hukukuna göre yapılacaktır<sup>5</sup>. Bu bağlamda, Anlaşma kapsamında yabancı mahkeme kararının tanınması ve tenfizin talep edildiği devlet mahkemesi, medeni veya ticari konuların neler olduğunu yorumlarken, Anlaşmanın 20. maddesi gereğince, Anlaşmanın uluslararası karakteri ve uygulanmasında yeknesaklığın gözetilmesi gerekliliğini dikkate almak durumundadır<sup>6</sup>.

Vurgulamak gerekir ki, açıklayıcı raporda belirtildiği üzere, Anlaşmada kullanılan terimler diğer Lahey konvansiyonlarıyla uyumlu bir şekilde ve özellikle 2005 tarihli Yetki Anlaşmalarına dair Anlaşmaya uygun bir şekilde yorumlanmalıdır<sup>7</sup>.

“Medeni veya ticari konular” kavramı devletin egemen kapasitesinde hareket ettiği kamu ve ceza hukukunu ayırt etmek için kullanılır. Anlaşma, vergi, gümrük ve idare hukuku konularında uygulama alanı bulmayacaktır. Ancak vurgulamak gerekir ki, burada belirtilen konular sınırlı sayıda olmayıp, diğer kamu hukuku alanına giren konular da Anlaşmanın kapsamı dışındadırlar. Burada belirtilen konular, kamu ve özel hukuk ayrımı yapmayan devletlerin Anlaşmayı kolay uygulamasını sağlamak amacıyla yapılmıştır<sup>8</sup>.

Menşe devlet mahkemesinde verilen kararın dayandığı hukuki ilişkinin taraflarının herhangi birisinin kamu gücünü kullanıp kullanmadığı değerlendirmesi önem arz edecektir. Dava konusu olay, bir kamu gücünün kullanılmasından kaynaklanıyor ise, Anlaşma uygulanamaz. Örneğin, herhangi bir mahkeme kararına gerek olmaksızın, idari makamlar tarafından verilen icra emirleri, Anlaşmanın kapsamı dışındadır. Örneğin, rekabet kurumu gibi kurumlar tarafından yasal düzenlemelere uyum sağlanması için verilen kararlar hakkında bu Anlaşma uygulanamaz<sup>9</sup>.

4 Ilija Rumenov, ‘Implications of the New 2019 Hague Convention on Recognition and Enforcement of Foreign Judgments on the National Legal Systems of Countries in South Eastern Europe’ (2019) 3 ECLIC 385, 387.

5 Cemal Şanlı, Emre Esen, İnci Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk* (7th edn, Beta 2018) 542; Nuray Ekşi, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi* (1st edn Beta 2013) 120-124.

6 Hague Conference on Private International Law (HCCH), *HCCH Convention of 2 July 2019 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters, Draft Explanatory Report* (2020), 9

7 İbid 9.

8 İbid 9.

9 İbid 20.

Anlaşmanın uygulanmasında tarafların niteliği de önem taşımamaktadır. İster gerçek, ister tüzel kişi, ister kamu ister özel hukuk tüzel kişisi olsun, bu Anlaşma uygulama alanı bulmaktadır<sup>10</sup>. Anlaşma'nın 2 (4) maddesinde açıkça belirtildiği üzere, yabancı mahkeme kararında, yargılama taraflarından birinin sırf bir hükümet, hükümet temsilcisi veya Devlet adına hareket eden herhangi bir kişi dahil bir Devlet olması, kararı bu Anlaşmanın kapsamı dışında bırakmaz. Ancak, Anlaşma'nın 2(5) maddesinde belirtildiği üzere, bu Anlaşmadaki hiçbir düzenleme, devletler veya uluslararası kuruluşlar ile bunların kendilerine ve malvarlıklarına ilişkin yargı dokunulmazlığı ve yargı bağımsızlığına etki etmeyecektir.

Anlaşma'nın 1(2) maddesi, Anlaşmanın yer bakımından uygulanmasını düzenlemektedir. Buna göre, Anlaşma, bir Akit Devlette başka bir Akit Devlet mahkemesi tarafından verilen bir kararın tanınması ve tenfizine uygulanır. Dolayısıyla hem yabancı mahkeme kararının tanınması veya tenfizinin istendiği mahkemenin bulunduğu devlet, hem de mahkeme kararının verildiği devlet, bu anlaşmaya taraf olmalıdır. Anlaşmanın 29. maddesi gereğince, anlaşmanın imzalanması veya onaylanması safhasında bir devlet, bu Anlaşmanın başka bir taraf Devlet ile kendisi arasında bu Anlaşmanın ilişki kurma etkisine sahip olmadığı şeklinde beyanda bulunabilir

Anlaşmanın uygulanabilmesi için, hem menşe devlet hem de talep edilen devlet yargılamanın başladığı anda, anlaşmaya taraf olmalıdır. Anlaşmanın 16. maddesi geçiş hükümleri başlığı altında, Anlaşmanın zaman bakımından uygulanabilirliğini düzenlemiştir. Buna göre, menşe devlette yargılamanın başladığı tarihte menşe devlet ve başvuru devlet arasında bu Anlaşma yürürlükte ise, işbu Anlaşma kararların tanınması ve tenfizine uygulanır.

Yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi konusunda, devletlerin egemenliği önemli rol oynamaktadır. Uzun yıllardır, bu konu hakkında çok taraflı bir anlaşmanın olmamasının en önemli sebeplerinden bir tanesi, devletlerin egemenliği ilkesidir<sup>11</sup>. Yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi konusunda müşterek hukuk (common law) ve Kıta Avrupası hukuk sistemleri arasındaki farklılıklar düşünüldüğünde ve ayrıca bu sistemleri kabul eden devletlerin konuyu farklı şekillerde düzenlediği de göz önünde bulundurulduğunda, Anlaşmanın kapsamı dışında kalan konular konusunda hassas bir dengenin sağlanmasına çalışılmıştır.

Anlaşmanın kapsamı dışında bırakılan hususlar mevzusu, hem genel hem de özel çalışma gruplarında ve 22. Diplomatik Konferansta, tabiri caizse alevli tartışmalara, özellikle başta fikri mülkiyet, rekabet, ortak mahkeme (common court), devletlerin taraf

10 Ibid 8.

11 Yoav Oestreicher, 'The Rise and Fall of the "Mixed" and "Double" Convention Models Regarding Recognition and Enforcement of Foreign Judgments' (2007) 6 Washington University Global Studies Law Review 339, 368.

olduğu davalar konularında yoğun ve günlerce süren tartışmalara sebep olmuştur<sup>12</sup>. Diplomatik Konferans öncesi hazırlanan taslak metinde, Türk hukuku açısından da ciddi problemlere sebep olabilecek düzenlemeler yer almaktaydı. Özellikle fikri mülkiyet konusu tam ifadeyle karmakarışık ve uygulama açısından ciddi sorunlar çıkaracak bir şekilde farklı maddelerde hüküm altına alınmıştı. Fikri mülkiyet konusu, 22. Diplomatik Konferansta neredeyse bir hafta süren uzun tartışmalardan sonra, anlaşma kapsamı dışında bırakılmış ve konuya ilişkin taslakta yer alan hükümler tamamıyla Nihai Senetten çıkarılmıştır. Fikri mülkiyet konusu, başta Amerika Birleşik Devletleri ve Avrupa Birliği olmak üzere yoğun kulis faaliyetleri çerçevesinde, anlaşmanın kapsamı dışında bırakılmıştır. Türkiye delegasyonu, uygulamada ciddi sorunlar çıkaracağı aşikar olan taslak maddeleri nedeniyle, fikri mülkiyet konusunun anlaşma dışı kalmasını desteklemiştir. Ancak belirtmek gerekir ki, rekabet (antitröst) meselelerinin kapsam dışı bırakılıp bırakılmayacağı sorunu, nedendir bilinmez, son güne bırakılmış ve kapsam dışı bırakılırken, bazı rekabet hukukuna ilişkin meseleler kapsam içinde kabul edilmiştir. Özellikle, son dakika, Çin, ABD, AB ve Japonya'nın ortaklaşa bir metinde anlaşması konunun ne kadar hassas olduğunu göstermektedir.

22. Diplomatik Konferansta, başta Avrupa Birliği, Çin, Amerika Birleşik Devletleri gibi, uluslararası ticaret ve yatırım alanlarında güçlü devletlerin dengeli yaklaşımları, bazı konularda ödün vermeleri, ama bazen de stratejik hamleler ile kendi ve ortak menfaatlerine hareket etmeleri sonucunda, sözleşmenin kapsamı dışında kalan hususlar tespit edilebilmiştir. Devletlerin uyum göstermesi ve uzlaşmacı tavırları ve aynı zamanda özellikle Anlaşma'nın 18. ve 19. maddelerinde devletlere tanınan anlaşmanın bazı konularının uygulanmayacağına ilişkin beyanda bulunma hakları sonunda, anlaşmanın kapsamı dışında kalan hususlarla ilgili olarak Anlaşmanın 2. maddesi kabul edilmiştir.

Devletlerin egemenliği gereği ortak bir uzlaşmanın sağlanamadığı hususlar ve bazı konularda hali hazırda var olan uluslararası anlaşmalar dikkate alınarak, Anlaşmanın kapsamı dışında bırakılan hususlar açıkça düzenlenmiştir. 2005 tarihli Yetki Anlaşmalarına Dair Anlaşma dikkate alındığında da, bu tür kapsam dışı hallerin açıkça düzenlendiği görülmektedir<sup>13</sup>. Ancak, her ne kadar bu Anlaşma ile 2005 tarihli Yetki Anlaşmalarına Dair Anlaşma arasında paralellik bulunsa da, önemli farklılıklar yer almaktadır. Bu Anlaşmanın uygulama alanı daha geniştir. Örneğin, bu anlaşma, iş sözleşmelerine ve tüketici sözleşmelerine uygulanabilecektir.

Anlaşmanın 2. maddesi bağlamında, anlaşmanın uygulanmayacağı, kapsam dışı bırakılan hususlar şunlardır;

12 Louise Ellen Teitz, 'Another Hague Judgments Convention? Bucking The Past To Provide Fort he Future' (2019) 29 Duke Journal of Comparative & International Law 491, 504-505; Goddard (n 2) 486.

13 Ronald A Brand, Paul Herrup, *The 2005 Hague Convention on Choice of Court Agreements Commentary and Documents* (Cambridge University Press 2008) 110.

- a. Gerçek kişilerin statüsü ve ehliyeti,
- b. Nafaka yükümlülükleri,
- c. Mal rejimleri ile evlilik ve benzeri ilişkilerden doğan diğer hak ve yükümlülükler dahil diğer aile hukuku meseleleri,
- d. Vasiyet ve miras,
- e. İflas, konkordato, finansal kurumların sona ermesi ve benzeri konular,
- f. Yolcuların ve malların taşınması,
- g. Sınır ötesi deniz kirliliği, ulusal yargı alanı dışındaki bölgelerdeki deniz kirliliği, gemi kaynaklı deniz kirliliği, deniz hukukundan kaynaklanan alacaklar için sorumluluk sınırlaması ve müşterek avarya,
- h. Nükleer hasar sorumluluğu,
- i. Tüzel kişilerin ya da gerçek veya tüzel kişi topluluklarının geçerliliği, hükümsüzlüğü veya tasfiyesi ve bunların organlarına ait kararların geçerliliği,
- j. Resmi sicil kayıtlarının geçerliliği,
- k. Hakaret,
- l. Özel Hayatın Gizliliği,
- m. Fikri Mülkiyet,
- n. Resmi görevlerini yerine getiren personelinin faaliyetleri dahil olmak üzere silahlı kuvvetlerin faaliyetleri,
- o. Resmi görevlerini yerine getiren kolluk görevlilerinin faaliyetleri dahil olmak üzere kolluk kuvvetlerinin faaliyetleri,
- p. Antitröst (rekabet) meseleleri, gerçek veya potansiyel rakipler arasında fiyatları sabitleme, hileli teklifte bulunma, üretim sınırlaması veya kotası belirleme, tüketicileri, tedarikçileri, bölgeleri veya ticaret hatlarını ayırıştırarak pazarı bölme yönünde rekabet önleyici anlaşma veya uyumlu eylemlere ilişkin olan ve bu eylemler ile eylemlerin etkisi menşee ülkede gerçekleşen icraatlara dayanan kararlar hariç olmak üzere,
- q. Tek taraflı devlet önlemleri ile devlet borcunun yeniden yapılandırılması.

Ancak, belirtmek gerekir ki, Anlaşmanın 2 (2) maddesinde açıkça düzenlendiği üzere, Anlaşmanın kapsamı dışında kalan bir mesele, tanıma ve tenfize konu olan kararın verildiği yargılamada, yargılamanın amacı olarak değil, fakat bir ön sorun olarak ortaya çıkarsa, bu karar anlaşmanın kapsamı dışında değildir.

Anlaşmanın tahkim ve ilgili yargılamalara uygulanmayacağına da haklı olarak açıkça Anlaşmanın 2. maddesinde düzenlenmiştir. Hakem kararları, anlaşma hükümlerine göre tanıma ve tenfize konu olamaz. Tahkim konusunda başta 1958 New York Sözleşmesi ve 1961 Avrupa Tahkim Sözleşmesi gibi uluslararası sözleşmelerin bulunması nedeniyle, bu istisna getirilmiş olup, konuya ilişkin uluslararası anlaşmalar dikkate alınarak istisna geniş yorumlanmalıdır<sup>14</sup>.

Arjantin başta olmak üzere, Latin Amerikan ülkeleri tarafından Diplomatik

---

14 HCCH (n 6) 21.

Konferansta en çok tartışmaya açılan hükümlerden biri, devlet ve hükümetin taraf olduğu işlemlere ilişkin, sözleşmenin uygulanıp uygulanamayacağı meselesidir. Yapılan yoğun tartışmalardan sonra ve özellikle Anlaşmanın 19. maddesinde anlaşmaya taraf devletlere, devlete karşı olan yabancı mahkeme kararlarına ilişkin beyanda bulunma, bir nevi koruyucu önlem getirilmiştir.

Anlaşmanın 19. Maddesi şu şekildedir:

“1. Bir Devlet, aşağıda sayılanlardan birinin taraf olduğu uyuşmazlıklara ilişkin mahkeme kararları bakımından bu Anlaşma'nın uygulanmayacağını beyan edebilir:

- a. O Devlet veya o Devlet adına hareket eden gerçek bir kişinin,
- b. O Devletin bir temsilcisinin ya da Devletin temsilcisi adına hareket eden gerçek bir kişinin.

Beyanda bulunan Devlet bu beyanın gerekenden daha geniş olmadığından ve bu beyanın açıkça ve tam olarak tanımlandığını temin etmelidir<sup>15</sup>. Beyan, mahkeme kararının devletin, bu Devletin temsilcisinin ya da her ikisinden biri için hareket eden kişinin, menşe devlet mahkemesinde davacı ya da davalı olup olmamasına göre ayırım yapar nitelikte olmamalıdır.

Birinci fıkra uyarınca beyanda bulunan Devletin mahkemesi tarafından verilen kararın tanıma ve tenfizi, o beyanda bulunan Devlet veya başvuru devlet, bunlardan birine ait kurumların ya da bunlardan biri adına hareket eden gerçek kişilerden herhangi birinin uyuşmazlığın tarafı olması halinde reddedilebilir.”

Dolayısıyla 19. maddede belirtilen şartlar bağlamında beyanda bulunan devletlere karşı verilen mahkeme kararları için Anlaşma uygulanmayacaktır.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, Anlaşmanın 2. maddesinde açıkça belirtildiği üzere, yabancı mahkeme kararında, yargılama taraflarından birinin sırf bir hükümet, hükümet temsilcisi veya Devlet adına hareket eden herhangi bir kişi dâhil bir Devlet olması, kararı bu Anlaşmanın kapsam dışında bırakmaz. Ayrıca, bu Anlaşma, Devletlerin veya uluslararası kuruluşların kendilerine ve malvarlıklarına ilişkin yargı dokunulmazlığı ve yargı bağıksızlığını etkilemez.

### III. Anlaşma Uyarınca Tanıma ve Tenfiz Şartları

#### A. Genel Olarak

2019 Tarihli Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Anlaşması, medeni ve ticari kararların dolaşımını sağlamak amacıyla basit ve etkili bir sistem getirmiştir<sup>16</sup>. Anlaşma kapsamında tanıma ve tenfiz şartlarını kısaca belirtecek

<sup>15</sup> Goddard (n 2) 483.

<sup>16</sup> Rumenov (n 4) 388.

olursak, yukarıda da açıkladığımız üzere, ilk olarak tanıma ve tenfizi istenen karar anlaşmanın kapsamına dâhil bir konuda olmalıdır. İkinci olarak, kararı veren menşe devlet mahkemesinin Anlaşmanın 5. maddesinde belirtilen dolaylı yetki şartlarından birini yerine getiriyor olması gerekmektedir. Üçüncü olarak da, Anlaşmanın yedinci maddesinde belirtilen tanıma ve tenfizi ret sebeplerinin bulunmaması aranmaktadır.

Anlaşmanın 4. maddesi tanıma ve tenfize ilişkin genel hükümleri düzenlemektedir. Buna göre, Âkit Devletlerden (menşe ülke) birinin mahkemesi tarafından verilen kararların bir diğer Âkit Devlette (başvurulan ülke) tanınması ve tenfizi bu anlaşma hükümleri kapsamında yapılacaktır. Tanıma veya tenfiz, ancak bu Anlaşma'da açıkça belirtilen hallerde reddedilebilecektir. Başvurulan ülkede kararın esasına ilişkin herhangi bir değerlendirme yapılmayacaktır. Bu tür değerlendirmeler yalnızca işbu Anlaşma'nın uygulanması bakımından gerekli hallerde yapılabilecektir<sup>17</sup>.

Yabancı mahkeme kararı, yalnızca menşe devlete etkisi var ise tanınır ve yalnızca menşe ülkede icra edilebiliyor ise tenfiz edilir. Yabancı mahkeme kararının menşe devlette temyiz incelemesine konu edilmesi veya olağan temyiz süresinin sona ermemesi hallerinde tanıma veya tenfiz ertelenebilir veya reddedilebilir. Bu hüküm, şekli anlamda kesinleşmemiş mahkeme kararlarının da tanınması veya tenfizine imkân tanımaktadır. Bu düzenleme, yabancı mahkeme kararlarının hem şekli hem de maddi anlamda kesinleşmesini şart koşan MÖHUK madde 50 hükmünden farklılık arz etmektedir<sup>18</sup>. Ancak anlaşmadaki hüküm, tanıma veya tenfiz talep edilen mahkemeye şeklen kesinleşmemiş kararlara ilişkin olarak tanıma veya tenfiz talebini erteleme veya reddetme takdir yetkisi tanımaktadır. Bir diğer ifadeyle emredici bir düzenleme olmadığından, MÖHUK veya Türk mahkeme uygulaması üzerinde de olumsuz bir etkisi olmayacaktır.

Ancak vurgulamak gerekir ki, bu şartların mevcut olmamasına rağmen, bir yabancı mahkeme kararının tanınması ve tenfizi, tanıma ve tenfizi istenilen ülkenin hukukuna göre veya başka bir uluslararası anlaşmaya dayanılarak da yapılabilir. Bu bağlamda, Anlaşmada önemli bir düzenleme yer almaktadır. Anlaşmanın 15. maddesine göre, “Madde 6 hükmüne aykırı olmamak üzere, bu Anlaşma mahkeme kararlarının milli hukuk uyarınca tanıma veya tenfizlerinin yapılmasına engel teşkil etmez.” Dolayısıyla, bu anlaşmaya rağmen, milli hukuk uyarınca da tanıma ve tenfiz mümkündür<sup>19</sup>.

17 Esasa girmeme (Revision au fond yasağı) konusunun anlaşmaya derç edilmesi, Diplomatik Konferansta, Uruguay tarafından ısrarla ve haklı olarak ileri sürülmüş olup, yapılan çeşitli kelime değişiklikleriyle anlaşma da düzenlenmiştir. Türk hukukunda da kabul edilen bu prensipten dolayı, Uruguay'ın fikri, Diplomatik konferansta delegasyonumuz tarafından desteklenmiştir.

18 Şanlı, Esen and Ataman Figanmeşe (n 5) 545-546; Aysel Çelikel, B Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk* (15th edn, Beta 2017) 687-688.

19 HCCH (n 6) 75.

## B. Dolaylı Yetki (madde 5)- Münhasır Yetki (madde 6)

Bu Anlaşma kapsamında yabancı mahkeme kararının tanınması ve tenfizinde ikinci önemli şart, Anlaşmanın en temel maddelerinden biri olarak kabul edilen 5. maddesinde hüküm altına alınan dolaylı yetki durumlarından en az birisinin mevcut olmasıdır<sup>20</sup>. Diğer bir ifadeyle, tanıma ve tenfiz istenilen mahkeme, tanıma ve tenfizi istenilen kararı veren mahkemenin yetkili olup olmadığını inceleyecektir. Bu hüküm ile anlaşmada dolaylı yetki kuralı bir şart olarak düzenlenmiştir<sup>21</sup>. Türk Milletlerarası Usul Hukukunda, yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizinde “kararın yetkili mahkemede verilmiş olması” şartına bağlayan dolaylı yetki kuralı yerine “ilamın Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmeyen konuda verilmiş olması” şartı aranmıştır<sup>22</sup>. Her ne kadar dolaylı yetki kuralları, Türk Milletlerarası Usul Hukukunda kabul edilmemiş olsa da, anlaşmanın bu hükmü uygulamada sorun yaratmayacaktır.

Bu madde ile menşe devlet arasında bir bağlantının bulunması, yabancı mahkeme kararının tanınması ve tenfizi açısından aranılan temel bir şarttır<sup>23</sup>. Anlaşmanın 5. maddesinde belirtilen on üç adet dolaylı yetki kuralı, üç geleneksel yetki kategorisinde düzenlenmiştir. Bunlar, davalı ile bağlantılı yetki kuralları, anlaşmaya dayanan yetki kuralları ve iddia ve menşe devlet ile bağlantılı yetki kurallarıdır. Örneğin, mutad meskenin menşe ülkede bulunması, gerçek kişinin menşe ülkede işyerinin bulunması, davalının menşe ülkede ayrı bir tüzel kişiliği olmaksızın şube, acente veya diğer türden kuruluşlar işletiyor ise, davalının menşe ülkedeki mahkemenin yetkisine açıkça veya zımnî olarak rıza göstermişse, dolaylı yetki şartları oluşmuş olmaktadır.

Anlaşmanın 5. maddesinde belirtilen dolaylı yetki kurallarından birinin mevcut olması gerekli ve yeterlidir. Maddede açıkça ifade edildiği üzere, “1. Bir karar, aşağıda belirtilen şartlardan birinin varlığı halinde tanınabilir ve tenfiz edilebilir...” Bu şartlar arasında hiyerarşi de söz konusu değildir. Bu maddede yazılan dolaylı yetki hallerinden sadece birinin varlığı durumunda, yabancı mahkeme kararının tanınması ve tenfizi mümkün olacaktır.

Ancak, münhasır yetki konusunu düzenleyen ve tanıma ve tenfiz bakımından özel şart başlığını taşıyan 6. maddeye göre; “Madde 5’te yer verilen hükümlere bakılmaksızın, taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin kararlar, sadece ve sadece o taşınmaz menşe ülkede bulunuyor ise tanıma ve tenfiz edilebilecektir.” Anlaşma’nın 6. maddesinde getirilen hüküm de, taşınmazlar üzerindeki aynı haklara ilişkin olarak verilen kararların ancak taşınmazın bulunduğu ülke mahkemesince verilmiş ise

20 Goddard (n 2) 483.

21 Ronald Brand, ‘The Circulation of Judgments Under the Draft Hague Judgments Convention’ (2019) SSRN Electronic Journal, January 2019, 1, 11.

22 Çelikel and Erdem 713; Ekşi (n 5) 179-185; Pelin Güven, *Tanıma-Tenfiz Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi* (1st edn, Yetkin 2013) 95-96.

23 Brand (n 21) 12.

tanınacağını veya tenfiz edileceğini düzenlemektedir<sup>24</sup>. Anlaşmaya taraf olunması durumunda ancak Türkiye’de bulunan taşınmazlar hakkında Türk mahkemelerinin vermiş olduğu kararlar anlaşmaya taraf herhangi bir ülkenin mahkemesinde tanınabilir veya tenfiz edilebilir. Keza, Türk mahkemeleri de ancak yabancı ülkede bulunan taşınmazlar hakkında, taşınmazın bulunduğu ülke mahkemelerinin verdikleri kararları tanıyıp tenfiz edeceklerdir. Anlaşmanın bu düzenlemesi, Türk mahkemelerinin münhasıran yetkili olduğu konularda verilen yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizinin mümkün olmayacağını düzenlediği 5718 sayılı MÖHUK madde 54/b hükmüne uygundur.

Belirtmek gerekir ki, Taslak metinde 6. maddede yer alan fikri mülkiyet haklarına ilişkin münhasır yetki konusu ve belirli bir süreden fazla kiralanan taşınmazlara ilişkin uyuşmazlıklara ilişkin kararların taşınmazın bulunduğu devlet mahkemesince verilmiş olması meseleleri yoğun tartışmalardan sonra Diplomatik Konferansta kabul edilmemiş olup, nihai metinde yer almamıştır.

### C. Tanıma ve Tenfizi Ret Sebepleri

Yukarıda da açıkladığımız üzere, yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi, bu Anlaşmanın en temel amacını oluşturmakta olup, Anlaşmanın 4. maddesinde tanıma ve tenfize ilişkin genel esaslar kaleme alınmıştır. Bu madde ile birlikte 5. ve 6. maddeler ise, dolaylı yetki ve münhasır yetki şartlarını, tanıma ve tenfiz için düzenlemiştir. Ayrıca Anlaşmanın 7. maddesinde tanıma ve tenfizin reddedilebileceği durumlar açıkça hüküm altına alınmıştır.

Tanıma ve Tenfizin ret sebepleri Anlaşma’nın 7. maddesinde belirtilmiş olup, bunlar takdiri ret sebepleridir<sup>25</sup>. Açıklayıcı raporda da ifade edildiği üzere, bu takdir yetkisi de anlaşmayı imzalayan devletlere bırakılmıştır. Dolayısıyla, Anlaşmayı imzalayacak devletlerin bu maddede sayılan takdiri ret sebeplerinin aranıp, aranmadığına ilişkin yasal düzenlemelerinde değişiklik yapmaları gerekebilir. Devletler, a) Bu maddede belirtilen bazı sebeplerin tenfizi ret sebebi olmadığına veya tüm ret sebeplerinin geçerli olduğuna ilişkin yasal düzenleme yapabilirler veya b) Bu şartların bazılarının mevcut olması durumunda tanıma ve tenfiz yapılacağını düzenleyebilirler veya c) Takdir yetkisinin kullanılması için ilave kriterler getirebilirler<sup>26</sup>. Bu bağlamda, özellikle Türkiye Cumhuriyeti anlaşmaya taraf olmak istiyor ise, bu maddede belirtilen tanıma ve tenfiz ret sebeplerinin tümünün geçerli olduğuna ilişkin bir düzenleme yapmalıdır. Diğer bir ifade ile, 7. maddede belirtilen ret sebeplerinden birinin varlığı halinde, yabancı mahkeme kararının tanınması ve tenfizinin reddedileceğine ilişkin bir düzenleme yapmalıdır.

24 HCCH (n 6) 53.

25 Goddard (n 2) 482.

26 HCCH (n 6) 56.



Tanıma ve tenfizi ret sebeplerine baktığımızda, 2005 tarihli Yetki Anlaşmalarına Dair Anlaşmayla paralellik gösterdiği görülmektedir. Aynı zamanda Anlaşmada belirtilen çoğu ret sebebi, MÖHUK'un 54. maddesiyle de uyumludur.

Anlaşmaya göre tanıma ve tenfizi ret sebepleri şunlardır;

1. İddialara ilişkin temel unsurları içeren beyanlar dahil olmak üzere yargılamayı başlatan ya da bu niteliğe eşit bir belgenin,
  - i. Davalı, menşe devletin hukuku tebligata itiraza izin veriyorsa menşe devletteki mahkeme önünde hazır bulunmuş ve tebligata ilişkin bir itirazda bulunmaksızın davasını sunmuş olmadıkça, bu belgenin davalıya savunmasını hazırlamasına imkan verecek zamanda ve şekilde tebliğ edilmemiş olması, veya
  - ii. Davalıya tebligatın, başvuru devlette yapılması halinde, başvuru devletin tebligata ilişkin temel prensiplerini ihlal edecek şekilde yapılmış olması.
2. Mahkeme kararının hile ile elde edilmesi,
3. Tanıma ve tenfizin, başvuru devletin usul hukuku adaletine ilişkin temel ilkeleriyle uyuşmadığı durumlar ve bu devletin güvenliğini ve egemenliği ihlal eden durumlar dahil olmak üzere, başvuru devletin kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil etmesi,
4. Bir anlaşmada veya tröst senedindeki belirlemeye göre devletin ülke mahkemesi dışında bir devletin mahkemesinde görülmesi gereken uyuşmazlığın bunlara aykırı olarak söz konusu uyuşmazlığın görüldüğü menşe ülkedeki yargılama olması,
5. Kararın, davanın aynı tarafları hakkında başvuru devlette verilen bir karara aykırı nitelikte olması, veya
6. Kararın, başvuru devlette tanıma ve tenfiz şartlarını taşıyan, önceki bir başka Devlet mahkemesi tarafından aynı taraflar ve aynı dava konusu hakkında verilen bir mahkeme kararına aykırı olması.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, anlaşmada milletlerarası derdestlik hakkında önemli bir düzenleme yer almaktadır. Anlaşmanın 7 (2) maddesine göre; tanıma ve tenfiz, aynı taraflar arasındaki aynı dava konusunun başvuru ülkede derdest bir dava konusu olması ve a. Başvuru ülkedeki yargılamanın, menşe ülke mahkemesinden önce başlamış olması, b. Başvuru ülke ile uyuşmazlık arasında sıkı ilişki bulunması, hallerinde ertelenebilir ya da reddedilebilir. Bu maddede belirtilen ret, tanıma veya tenfize ilişkin sonradan yapılacak başvuruya engel teşkil etmeyecektir<sup>27</sup>.

#### IV. Sonuç ve Tavsiyeler

Yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin bu Anlaşma, uluslararası ticaret ve yatırımlarda hukuki riskleri bertaraf etme ve adalete erişim hakkını sağlama amacına hizmet ettiği için çok önemli bir anlaşmadır. Özellikle 22. Diplomatik Konferans toplantısında, başta Avrupa Birliği ve Çin'in görüşmelerde takındıkları olumlu tavır düşünüldüğünde, Avrupa Birliği ve Çin'in bu anlaşmayı yakın

27 Rumenov (n 4) 390.

gelecekte imzalama olasılığı bulunmaktadır. Türkiye Cumhuriyeti de bu gelişmeleri takip ederek, gerekli çekinceler ve düzenlemeleri de yaparak bu anlaşmaya taraf olabilir. Anlaşma hükümlerini Türk hukuku bakımından incelediğimizde, akademik açıdan kabul edilebilir bir düzenleme olduğunu çok rahatlıkla ifade edebiliriz.

Türkiye, Anlaşmayı imzalarken, Anlaşmanın özel bazı konularda uygulanmayacağını istiyorsa, Anlaşmanın 18. maddesi bağlamında bir beyanda bulunabilir. Dolayısıyla, Anlaşmanın 2. maddesinde sayılan konular dışında da Türkiye Cumhuriyeti'nin güçlü bir menfaatinin bulunduğu durumda, Anlaşmanın uygulanmayacağı bir konuyu bildirme hakkı bulunmaktadır. Ayrıca yukarıda açıklandığı üzere, Türkiye Cumhuriyeti Devleti, Anlaşmanın 19. maddesi bağlamında, Türkiye Cumhuriyeti Devleti aleyhine verilen mahkeme kararları bakımından, bu Anlaşma'nın uygulanmayacağı yönünde beyanda bulunma hakkına sahiptir. Anlaşma imzalanmadan önce, bu madde iyi yorumlanıp, hangi hallerde devlet adına hareket eden gerçek kişiler hakkında verilen kararların tanınıp tenfiz edilmeyeceği hususu irdelenmelidir.

Türkiye, diğer Lahey anlaşmalarında olduğu gibi Kıbrıs konusunda da çekincesini belirtmeli ve anlaşmayı ona göre imzalamalıdır. Anlaşmanın 29. maddesi, bu anlaşmanın iki devlet arasında ilişki kurma etkisine sahip olmadığını taraf devlete beyanda bulunma yetkisi vermiştir. Ancak, Avrupa Birliği'nin, Anlaşma'nın 26. maddesi nezdinde Bölgesel Ekonomik Entegrasyon Örgütü olarak, bir Taraf Devletin hak ve yükümlülüklerine sahip olduğu hususuna dikkat etmek gerekir. Bu bağlamda, önceki Lahey anlaşmaları gibi, Kıbrıs konusunda bildirimde bulunularak işlem yapılması yerinde olacaktır.

Yukarıda detaylı olarak ifade edildiği üzere, yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizinin ret sebepleri, Anlaşmanın 7. maddesinde akit devlete takdir yetkisi verilerek düzenlenmiştir. Bu bağlamda, Türkiye Cumhuriyeti, bu anlaşmayı imzaladığında, mutlak surette, tanıma ve tenfizin ret sebepleri konusunda iç hukukunda bir düzenleme yapmak zorundadır. Bu maddede belirtilen bazı sebeplerin tanıma ve tenfiz ret sebebi olmadığına veya tüm ret sebeplerinin geçerli olduğuna ilişkin bir düzenleme yerinde olacaktır.

---

**Hakem Değerlendirmesi:** Dış bağımsız.

**Çıkar Çatışması:** Yazarlar çıkar çatışması bildirmemiştir.

**Finansal Destek:** Yazarlar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.

**Conflict of Interest:** The authors have no conflict of interest to declare.

**Grant Support:** The authors declared that this study has received no financial support.

---

### Bibliyografya/Bibliography

- Brand RA, Herrup P, *The 2005 Hague Convention on Choice of Court Agreements Commentary and Documents* (Cambridge University Press 2008)
- Çelikel A, Erdem BB, *Milletlerarası Özel Hukuk* (15th edn, Beta 2017)
- Ekşi N, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi* (Beta 2013)
- Goddard D, 'The Judgments Convention- The Current State of Play', (2019) 29 *Duke Journal of Comparative & International Law* 473-490.
- Güven P, *Tanım-Tenfiz Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi* (Yetkin 2013)
- Hague Conference on Private International Law (HCCH), *HCCH Convention of 2 July 2019 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters, Draft Explanatory Report* (2020)
- Oestreicher Y, 'The Rise and Fall of the "Mixed" and "Double" Convention Models Regarding Recognition and Enforcement of Foreign Judgments' (2007) 6(2) *Washington University Global Studies Law Review* 339-377.
- Rumenov I, 'Implications of the New 2019 Hague Convention on Recognition and Enforcement of Foreign Judgments on the National Legal Systems of Countries in South Eastern Europe' (2019) 3 *ECLIC* 385-404.
- Şanlı C, Esen E, Ataman-Figanmeşe İ, *Milletlerarası Özel Hukuk* (7th edn, Beta 2018)
- Teitz LE, 'Another Hague Judgments Convention? Bucking The Past To Provide Fort he Future' (2019) 29 *Duke Journal of Comparative & International Law* 491-511.





## İnternet Üzerinden Akdedilen Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk

### Applicable Law to the Contracts Established Over the Internet

Turgay Sarıakçalı\*

#### Öz

İletişimin en kolay, ucuz ve etkin yöntemi haline gelen internet üzerinden yapılan işlemler, günümüzde kişilerin iş ve özel yaşamlarının vazgeçilmez bir unsuru haline gelmiştir. Bu gerçek, sözleşme kurulmasında da kendini göstermektedir. Sözleşmelerin internet üzerinden kurulmasının diğer sözleşmelerden tek farkı, tarafların irade beyanlarını internet üzerinden iletiliyor olmalarıdır. Bu sözleşmelerin yabancılık unsuru içermesi halinde, irade beyanlarının internet üzerinden gönderilmesinin kanunlar ihtilafı kurallarına yapacağı olası etkiler incelenmelidir.

5718 Sayılı Kanununun 24. maddesine göre ana kural, sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklara tarafların seçtiği hukukun uygulanmasıdır. Eğer bir hukuk seçimi varsa, tarafların iradelerinin tespiti ve yorumlanması ile uygulanacak hukuk belirlenecektir. Hukuk seçiminin bulunmaması halinde, objektif kural, sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukukun uygulanmasıdır. Bu konuda yasal karine, karakteristik edim borçlusunun sözleşmenin kuruluş anındaki mutad meskeni hukukunun uygulanmasıdır. Sözleşmenin internet üzerinden kurulmuş olması, sözleşme ile en sıkı irtibatlı hukukun ya da karakteristik edimin tespiti konusunda herhangi bir etki yaratmamaktadır. Yine tarafların iradelerinin tespiti ve yorumu ile sonuca varılacaktır.

Web sitesi üzerinden kurulan sözleşmelerde tarafların iradelerinin tespiti ve yorumlanması zordur. Bu tür sözleşmelerin büyük çoğunluğunu tüketici sözleşmeleri oluşturmaktadır. Bu nedenle tüketici sözleşmeleri çalışmada ayrı bir başlık altında incelenmiştir. 5718 Sayılı Kanununun 26. maddesine göre, tüketici sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda da ana kural tarafların seçtiği hukukun uygulanmasıdır. Buna karşılık, seçilen hukukun uygulanmasında bir sınırlama vardır. Buna göre, tüketicinin mutad meskeninin sağladığı asgari koruma saklıdır. Çalışmada, genel hüküm ve şartlar içinde bulunan hukuk seçiminin geçerliliği konusu ayrıca incelenmiştir.

Tüketici sözleşmelerinde hukuk seçiminin bulunmaması halinde, objektif kural, tüketicinin mutad meskeni hukukunun uygulanmasıdır. Buna karşılık bu kuralın uygulanması için, sözleşme ile tüketicinin mutad meskeni arasında bir ilişki kurulması gerekmektedir. Sözleşmenin internet üzerinden kurulması halinde, web sitesi sahibinin tüketicinin mutad meskeni ülkesine yönelmiş aktif bir ticari faaliyetinin bulunması halinde bu ilişki kurulacaktır. Tüketicinin mutad meskeni ülkesine yönelmiş aktif ticari faaliyetin şartları çalışmada ayrıntıları ile incelenmiştir.

#### Anahtar Kelimeler

Elektronik sözleşme, Tüketici sözleşmesi, Uygulanacak hukuk, Hukuk seçimi, İnternet üzerinden irade beyanı

#### Abstract

Transactions made over the internet (which has become the easiest, cheapest and effective method of communication), have become an indispensable element of people's business and private lives today. This fact also manifests itself in the establishment of contracts. The only difference between the establishment of contracts over the internet and other contracts is that the parties send their will statements over the internet. If these agreements contain foreign elements, the possible

\* Sorumlu Yazar: Turgay Sarıakçalı (Av.), İstanbul Barosu, İstanbul, Türkiye. E-posta: tsariakcali@gmail.com ORCID: 0000-0002-8947-6683

Atf: Sarıakçalı T, "İnternet Üzerinden Akdedilen Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk" (2020) 40(1) PPII 247.  
https://doi.org/10.26650/ppil.2020.40.1.0032



effects of sending the declarations of will on the internet to the rules of conflict of laws should be examined.

According to Article 24 of Turkish Code No. 5718, the main rule is that the law explicitly designated by the parties shall be used in disputes that arise from the contracts. If there is a choice of law, the law to be applied will be identified by determining and interpreting the intents of the parties. In the absence of a choice of law, the disputes shall be governed by the law most connected to the contract. The legal presumption in this regard is that the law to be applied shall be the law of the place of business or habitual residence of the debtor of the characteristic performance of the contract. The fact that the contract was formed online has no effect on the determination of the law most connected to the contract or the determination of the characteristic performance of the contract. Again, the conclusion will be drawn by determining and interpreting the intents of the parties.

It is difficult to determine and interpret the parties' intents in contracts established over websites. The vast majority of such contracts are consumer contracts. Thus, consumer contracts are examined in a separate section in this study. According to Article 24 of the Turkish Code No. 5718, the main rule is that the law designated by the parties will be applied in case a choice of law exists. Yet, there is a limitation on applying the chosen law. According to this, the minimum protection to which the consumer will be held through the statutory provisions of the law of his/her habitual residence, are reserved. In this study, also the validity of the choice of law within general terms and conditions is examined in detail.

In the absence of a choice of law in consumer contracts, the law to be applied shall be the law of the habitual residence of the consumer. However, in order for this rule to be applied, there needs to be a connection between the contract and the country in which the consumer's habitual residence is located. In case the contract is formed via the internet, such a connection will be established only if the website owner demonstrates commercial or professional activities targeting the country in which the consumer's habitual residence is located. In this study, a discussion regarding the determination of commercial or professional activities that target the consumer's habitual residence was made in detail.

#### **Keywords**

Electronic contract, Consumer contract, Applicable law, Choice of law, Declaration of will on the internet

### **Extended Summary**

According to the definition made in Article 1 of the Turkish Code of Obligations, a contract is formed in cases where both parties declare their intent mutually and appropriately. The particularity of the contracts formed via the internet manifests itself in the stage of sending the declaration of intent to the other party. In such contracts, both parties communicate their will to each other via the internet. In the agreements formed via electronic mail, the parties' statements are clearly included in the e-mail message, and there is nothing distinctive in their interpretation. However, the determination and interpretation of the parties' intents in the contracts formed through websites is a controversial issue.

As a result of the international character of the internet, some of the contracts formed online contain a foreign element, and the law to be applied in cases where a dispute arises needs to be determined. The only difference between contracts that are concluded online, and traditional contracts is that the former is formed when the parties declare their intents via the internet. For this reason, the effect of sending the declaration of intent using the internet should be examined. According to Article 7 of the Turkish Code on Private International Law and International Civil Procedure (No. 5718), legal transactions may be carried out pursuant to the form being in conformity with the provisions prescribed by substantial law in accordance with the laws of the

place of their execution or by the law applicable to the substance of the said legal transaction. In order to implement this rule, it is important to determine the location where the contract is formed. Since the parties would be in separate locations during the submission of the declarations of intent, the generally accepted solution is to evaluate the declaration of each party according to the rules of the country in which they make their particular declaration.

According to Article 15, paragraph 4 of the UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce, and Article 10, paragraph 3 of the United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts, a data message is deemed to be dispatched at the place where the originator has its place of business, or at the habitual residence if there is none; and deemed to be received at the place where the addressee has its place of business, or at the habitual residence if there is none.

The applicable law to disputes that arise from such contracts is regulated by Article 24 of Turkish Code No. 5718. The same Act also introduces distinct rules on immovable property contracts, consumer contracts, labor contracts, intellectual property rights contracts, transport contracts, and representation. According to Article 24, the main rule is that the law explicitly designated by the parties shall be used in disputes that arise from the contracts. If there is a choice of law in a contract formed via the internet, the fact that the agreement was made online has no effect on this rule. The law to be applied will be identified by determining and interpreting the intents of the parties. In the absence of a choice of law, the disputes shall be governed by the most connected law to the contract. The legal presumption in this regard is that the law to be applied shall be the law of the place of business or habitual residence of the debtor of the characteristic performance of the contract at the time of the conclusion. The fact that the contract was formed online has no effect on the determination of the law most connected to the contract or the determination of the characteristic performance of the contract. Again, the conclusion will be drawn by determining and interpreting the intents of the parties. The important point here is to determine the time of the conclusion of the contract formed online. This is also an important factor in intellectual property rights contracts and transport contracts. Moreover, if a representative exists, it is crucial to determine the location where the representative authority is virtually practiced.

It is difficult to determine and interpret the parties' intents in contracts established over websites. The vast majority of such contracts are consumer contracts. Thus, consumer contracts are examined in a separate section in this study. The law to be applied in disputes that arise from consumer contracts is defined in Article 26 of Turkish Code No. 5718. The main rule is that the law designated by the parties will be applied in case a choice of law exists. Yet, there is a limitation on applying the

chosen law. According to this, the minimum protection to which the consumer will be held through the statutory provisions of the law of his/her habitual residence, are reserved. In this respect, the fact that the contract was formed via the internet affects the validity of the choice of law because the consumer is obliged to accept the general terms and conditions imposed on the website in order to form a contract. In this study, the validity of the choice of law within these general terms and conditions is examined in detail.

In the absence of a choice of law in consumer contracts, the law to be applied shall be the law of the habitual residence of the consumer. However, in order for this rule to be applied, there needs to be a connection between the contract and the country in which the consumer's habitual residence is located. The law describes the necessary conditions for a connection to be present. These terms, which are designated by law, are in parallel with the universally accepted terms in Private International Law in order to grant privileges to protect the interests of consumers. According to these conditions, in cases where the contract is formed via the internet, such a connection will be established only if the website owner demonstrates commercial or professional activities targeting the country in which the consumer's habitual residence is located. If that is the case, the law of the habitual residence of the consumer should be applied. In this study, a discussion regarding the determination of commercial or professional activities that target the consumer's habitual residence was made in detail.



## İnternet Üzerinden Akdedilen Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk

### Giriş

Elektronik ticaret, son dönemlerde internet teknolojisinin gelişmesi ve hiç beklenmedik şekilde yaygınlaşması sonucunda ivme kazanmış ve özellikle internet aracılığıyla yapılan işlemler, ticari hayatın vazgeçilmez bir unsuru haline gelmiştir. Kısa süre öncesine kadar birçokumuza yabancı bir kavram olan internet, iletişim ve bilgiye ulaşımın en kolay, hızlı ve ucuz aracı haline gelmiş olması itibariyle artık hepimizin hayatında önemli bir yer teşkil etmektedir. Bunun doğal sonucu olarak internetin anılan fonksiyonlarından ticari işlemlerin icrası esnasında da etkin bir şekilde faydalanılmaktadır.

Günümüzde tüketiciler, buldukları yerden sadece bilgisayarlarını kullanarak almak istedikleri ürün veya hizmetin değişik alternatiflerini görüp karşılaştırmak suretiyle kendileri için en uygun seçeneği belirleyebilmekte, siparişini internet üzerinden verip ödemeyi de internet üzerinden gerçekleştirebilmektedir. Aynı şekilde firmalar da internette kurdukları sanal mağazalarda satışlarını gerçekleştirerek hem maliyetlerden ciddi miktarlarda tasarruf edebilmekte hem de daha geniş bir çevreye mal ve hizmetlerini arz edebilmektedir. Bu durum işletmeler arası ticarete de kendini göstermekte olup bu sayede maliyet ve işgücü açısından önemli yararlar sağlanmaktadır.

Bu özellikleri sayesinde gün geçtikçe ticari hayata hâkim olmaya başlayan bu yeni ticaret şekli, birtakım hukuki problemleri de beraberinde getirmektedir. İnternetin global ölçekte yaygınlığı sonucunda, internet üzerinden yapılan işlemlerin birçoğunun uluslararası karakterli olması kaçınılmaz olmaktadır. Bu nedenle bu işlemlerde uygulanacak hukukun belirlenmesi kritik önem taşımaktadır. İnternet üzerinden akdedilen sözleşmelerin büyük çoğunluğunu tüketici sözleşmeleri oluşturduğundan, bu konu tüketiciye etkin ve gerçekçi bir koruma sağlamak açısından son derece önemlidir. Zira internette alışveriş yapan tüketicinin, yapmış olduğu bu işlemin hangi ülkenin hukukuna tabi olacağını bilmesi hukuk güvenliğinin sağlanması açısından zorunludur. Bu nedenle internet üzerinden akdedilen sözleşmelerde uygulanacak hukuk konusu, tüketici sözleşmeleri üzerinde özellikle durulmak suretiyle incelenecektir. Çalışmada, yabancı unsurlu sözleşmelerin internet üzerinden akdedilmesi halinde uygulanacak hukuk konusu 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK)<sup>1</sup> hükümleri çerçevesinde incelenecektir.

---

1 Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 5718, Kabul Tarihi: 27.11.2007, RG 12.12.2007/26728.

## I. İnternet Üzerinden Akdedilen Sözleşmeler

Türk Borçlar Kanunu'nun<sup>2</sup> 1. maddesinde yapılan tanıma göre sözleşme, iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile oluşan hukuki muameledir.<sup>3</sup> Tanımdan da anlaşılacağı üzere bir sözleşmenin kurulabilmesi için tarafların birbirlerine yönelttikleri iradelerinin uyumu yeterlidir. Bu irade beyanı açık ya da örtülü olabilir. Kanunda açıkça belirtilmediği sürece irade beyanları herhangi bir şekle tabi değildir. Geçerli bir irade beyanının varlığı için bunun karşı tarafa ulaşması yeterlidir.

İnternet üzerinden akdedilen sözleşmelerin özelliği de irade beyanının karşı tarafa ulaştırılması aşamasında kendini göstermektedir. Taraflar, iradelerini birbirlerine internet aracılığıyla ulaştırmaktadırlar. İnternet üzerinden akdedilen sözleşmelerin, klasik şekilde kurulan sözleşmelerden yegâne farkı budur. Bu sebeple bu sözleşmeler de, Borçlar Hukukunun sözleşmelerle ilgili getirmiş olduğu ilkelere tabi olacaktır.<sup>4</sup>

### A. İnternet Üzerinden Sözleşmelerin Kurulması

#### 1. İnternette Sözleşmelerin Kuruluşunda Kullanılan Yöntemler

##### a. Web Sitesi

İnternet ortamında mal veya hizmet sunumunda bulunmak isteyen işletmeler, ürünlerini ve hizmetlerini tanıtmak ve satışını yapmak üzere bir web sitesi kullanırlar. Bu sitelerde, ürün ve hizmetlerin reklamı yapılabildiği gibi, bunlarla ilgili siparişlerin alınması da mümkündür.

Web siteleri aracılığıyla sözleşme akdedilmesi yalnızca bir ticari işletmenin kendi web sitesi aracılığıyla mal satışı veya hizmet sunumuyla sınırlı değildir. Birçok işletmenin faaliyet gösterdiği elektronik pazaryerlerinde<sup>5</sup> akdedilen sözleşmeler, ticari

2 Türk Borçlar Kanunu, Kanun Numarası: 6098, Kabul Tarihi: 11.01.2011, RG 04.02.2011/27836.

3 Her ne kadar kanunda iki taraftan bahsedilmiş olsa da şirket sözleşmesi ve miras taksim sözleşmesi gibi ikiden fazla tarafın bulunduğu sözleşmelerin de varlığı kabul edilmektedir. Bu sözleşmelere Borçlar Kanununun sözleşmelerle ilgili kuralları kıyasen uygulanabilmektedir. Kemal Oğuzman ve M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt - 1 (17th edn Vedat 2018), 42 ; Doktrinde başka bir görüş ise, bu tarz durumların "toplu işlem" olduğunu, sözleşmelerden farklı olarak, karşılıklı irade beyanlarından değil, aynı yönde irade beyanlarından söz edilebileceğini belirtmektedir. Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Marmara Hukuk Yorumu, Cilt V/1,1* (Seçkin 2019), 158.

4 Mehmet Demir, *Mesafeli Sözleşmelerin İnternet Üzerinden Kurulması* (Turhan 2004), 144 ; Mete Özgür Falcıoğlu, *Karşılaştırmalı Hukuk (Amerikan Hukuku ve Viyana Antlaşması) Türk Hukukunda Elektronik Satım Sözleşmesi ve Kuruluşu* (Yetkin 2004), 61 ; Çiğdem Kırca, *İnternette Sözleşme Kurulması* (BATİDER 2002), Vol 20 (4), 99 ; Wolfgang Kilian, "Dijital İletişim ve Sözleşme Hukuku", Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu, Çev. Akkayan Yıldırım A, (Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını 2002) 161, 164 ; Hatice Özdemir Kocasakal, *Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti* (Vedat 2003), 37 ; Ergun Özsunay, "Elektronik Sözleşmelerin Temel Sorunları", Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu (Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını 2002) 121, 128 ; Helmut Rüssmann, "İnternette Hukuki İşlemler Hakkında Delil İkamesi", Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu (Çev. Özekes M) (Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını 2002) 325, 326, (Bildirinin orijinal metni için bkz. "Determination of Evidence About Legal Transactions Through The Internet", aynı eser, 293, 324) Bülent Sözer, *Elektronik Sözleşmeler* (Beta 2002), 16.

5 Elektronik pazaryerleri, çeşitli işletmelerin, mal veya hizmetlerini tanıtmalarına ve bunları satmalarına veya ihtiyaç duydukları ürünleri satın almalarına imkân veren, ilgili tarafların bağlanabileceği bir web sitesi şeklinde oluşturulan sanal ticaret merkezleridir. Özdemir Kocasakal (n 4), 31. Elektronik pazaryerleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İbrahim Kırçova ve Pınar Öztürk, *İnternette Ticaret ve Hukuki Sorunlar*, (İstanbul Ticaret Odası Yayını 2000), 77 vd. Bu sistem ülkemizde yaygın olarak kullanılmaktadır.

amaçlı olmayan sitelere üyelik sözleşmeleri gibi çok çeşitli şekillerde olabilir. Önemli olan, bir tarafta bilgisayarı aracılığıyla mesaj gönderen bir insan, diğer tarafta ise web sitesinin sunucusuna yüklenmiş olan parametrelerin bulunmasıdır. Bu sebeple bu tip sözleşmelerde web sitelerinde bulunan açıklamalar, karşı tarafı daha önceden belirlenmiş birtakım hareketlerde bulunmaya zorlamaktadır. Web sitesinde yazılı talimata uyulmadığı zaman bir sonraki aşamaya geçilememekte, böylelikle sözleşme kurulamamakta veya site tarafından başka bir alternatif sunulmaktadır.

Doktrinde, Borçlar Kanunu ilkeleri gereğince web sitesi aracılığıyla sözleşme kurulmasının mümkün olmadığını, ancak hukukun toplumdaki gelişmelere ayak uydurma zorunluluğu karşısında bunun kabul edilebileceğini ifade eden bir görüş bulunmaktadır. Bu görüşe göre sözleşmenin kurulması için irade beyanının bulunması zorunludur ve geçerli bir irade beyanı ancak insan tarafından yapılabilir. Web sitesi aracılığıyla kurulan sözleşmelerde ise irade beyanında bulunan bir makine olduğundan bunun geçerli bir irade beyanı olarak kabul edilmesi mümkün değildir.<sup>6</sup> Oysa bu durumda irade beyanında bulunan bir makine değildir. Zaten bir makinenin kendi başına bir irade beyanında bulunması doğa kuralları gereği mümkün değildir. Web sitesinin bağlı bulunduğu sunucu bilgisayar, kendisine yüklenen programın gereğini yerine getirerek, belli durumlar karşısında site sahibinin arzusuna uygun olarak hareket etmektedir. Bu ilişkide bilgisayar yalnızca site sahibinin iradesini beyan etmekte kullandığı araç konumundadır. Bu nedenle web sitesinin sunucu bilgisayarı tarafından yapılan beyanların, site sahibine atfedilebilmesinde kuşku duyulmaması gerekir.

Doktrindeki bir diğer görüşe göre ise, web siteleri aracılığıyla kurulan sözleşmeler konusunda başka bir ayırım daha yapılmakta, web sitesi aracılığıyla sözleşme kurulması yalnızca ifanın fiziki yollarla gerçekleştiği durumlara hasredilmekte ve sözleşmenin ifasının online olarak gerçekleştiği durumlar “Online Kitlese Pazara Yönelik Sözleşmeler” adıyla farklı bir başlık altında incelenmektedir.<sup>7</sup> Ancak kanaatimce böyle bir ayırma gitmek yerinde olmayacaktır. Zira bu tür sözleşmelerin web siteleri aracılığıyla kurulan diğer sözleşmelerden tek farkı ifanın online olarak gerçekleştirilebiliyor olmasıdır. Bu da sözleşmenin ifasına ilişkin bir ayırım olup sözleşmenin kuruluş şekilleri açısından herhangi bir özellik taşımamaktadır.

## **b. Elektronik Posta (E-Mail)**

Elektronik posta, iki kişi arasında bilgisayar ağları aracılığıyla mesaj iletilmesidir. Elektronik postanın diğer iletişim olanaklarına oranla özelliği, her kullanıcının mesajlarını göndermek ve gelen mesajları almak üzere kendine ait bir web adresinin bulunmasıdır. Böylelikle kullanıcı, kendisine mesaj gönderildiği anda internete bağlı olmasa dahi, mesaj kutusunda saklanan bu mesajı daha sonra görebilme olanağına

<sup>6</sup> Sözer (n 4) 93, dn.13.

<sup>7</sup> Ulvi Altınışık, *Elektronik Sözleşmeler* (Seçkin 2003) 35.

sahip olabilmektedir. Sözleşme taraflarının karşılıklı olarak elektronik postayla irade beyanında bulunmak suretiyle bir sözleşme akdetmeleri mümkündür.<sup>8</sup>

### c. Elektronik Veri Değişimi (EDI)

Elektronik veri değişimi, birbirleriyle network ağıyla bağlı işletmeler arasında, verilerin araya insan unsuru girmeden otomatik olarak değişimini sağlayan bir sistemdir. Bu sistemin kullanımı sayesinde, işlemlerin hızı %50'ye varan oranlarda artarken, maliyetler %5-20 arasında azalmaktadır.<sup>9</sup> Bu yöntem en tipik haliyle kredi kartı ödemelerinde kullanılan POS(Point of Sale) makinelerinin işleyişinde kendisini göstermekte olduğu gibi<sup>10</sup>, stok kontrol ve sipariş verme amacıyla marketler tarafından da yaygın olarak kullanılmaktadır. Ayrıca gümrük işlemlerinde<sup>11</sup> ve denizcilik uygulamalarında da<sup>12</sup> EDI kullanımı giderek yaygınlaşmakta, böylece uluslararası ticaret hızlanmakta ve kolaylaşmaktadır.

Bu yöntemin işletmeler arasında kullanılabilmesi için, işletmeler arasında bu konuda bir sözleşme akdedilmiş olması ve bu sözleşmeyle, sistemin işleyişinin belirlenerek tarafların bilgisayar sistemlerinin uyumlaştırılması gerekmektedir.<sup>13</sup>

Bu sistemde, mağazada satışı yapılan mallar, mağazanın bilgisayar sistemi aracılığıyla mağazanın deposuna giden mesajla stoklardan düşülmektedir. Stoklarda, daha önceden belirlenmiş olan sınırın altına düşen mallar için bilgisayar sistemi tedarikçi firmanın sistemine bir mesaj göndererek sipariş vermekte ve tedarikçi firmanın sistemi, vermiş olduğu uyarı ile siparişin yerine getirilmesini sağlamaktadır. Görüldüğü üzere, insan unsuru en son aşamada, sipariş edilen malların yüklenmesi ve teslimi aşamasında devreye girmektedir.

Sistem incelendiğinde, taraflar arasında EDI'nin kurulmasını öngören ve işleyişini düzenleyen bir sözleşmenin bulunduğu görülecektir. Ancak, EDI'nin işleyişinde, uygulama için sistemlerin aralarında yapmış oldukları sipariş işleminin ayrı bir sözleşme oluşturup oluşturmayacağı konusunda farklı görüşler oluşmuştur. Bir görüşe göre, EDI bir sözleşme olmayıp, çerçeve sözleşmenin ifasında kullanılan bir yöntemdir. Zira bir sözleşmeden söz edilebilmesi için öncelikle tarafların karşılıklı olarak birbirine uygun surette irade beyanında bulunmuş olmaları zorunludur. EDI durumunda ise bir irade beyanından söz edilmesi mümkün değildir. Karşılıklı olarak iletişim içinde

8 Altınışık (n 7) 35 ; Kırcıca (n 4) Kırcıçova, Öztürk, (n 5) 56 ; Özdemir Kocasakal (n 4) 67 ; Ali Osman Özdilek, *İnternet ve Hukuk* (Papaty 2002) 31 ; 101,Özsunay (n 4) 128 ; Rüssmann (n 4) 328.

9 Nusret Ekin, *Bilgi Ekonomisinde Elektronik Ticaret*, (İstanbul Ticaret Odası 1998) 90.

10 Emrehan İnal, *E-Ticaret Hukukundaki Gelişmeler ve İnternette Sözleşmelerin Kurulması*, (Vedat 2005) 17.

11 Altınışık (n 7) 28 ; Ekin (n 9) 90 ; Özdemir Kocasakal(n 4) 30, dn 84.

12 Deniz taşıması uygulamalarında elektronik konşimento kullanımı konusunda bkz. Huriye Kubilay ve Esen Akıntürk, "Elektronik Konşimento" (Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş günü Armağanı, 2001) 333-354.

13 Bu sözleşme Trading Partner Agreement(TPA) olarak adlandırılmaktadır. Özdemir Kocasakal (n 4) 29, Graham J.H. Smith, *Internet Law and Regulation*, (Sweet & Maxwell 1999) 207 ; Sözer (n 4) 91.

bulunanlar sadece bilgisayarlardır ve düzenlenmiş bir programın belirlediği usule uygun olarak belli şartların oluşması halinde belli mesajları iletmektedirler.<sup>14</sup>

Bu görüş, uygulamanın her safhasının ayrı bir sözleşme oluşturmayıp art arda teslim şartlı satış sözleşmesinin ifasına ilişkin yöntemi oluşturduğuna ilişkin yönü ile, yalnızca öngörülen sözleşmeyle sınırlı olmak üzere doğrudur. Ancak bilgisayarların göndermiş oldukları mesajların irade beyanı olmayacağı yönündeki görüşe katılmak mümkün değildir. Zira bilgisayarlara belli parametreler yüklenmekte ve ortaya çıkan her durum için bilgisayarın davranışı işletme sahibi tarafından belirlenmektedir. Bilgisayara bu parametreleri yükleyip uygulamaya geçirmek, bilgisayarın bu parametrelere uyarak yapacağı işlemleri önceden kabul etmek anlamına gelmektedir ve aslında her ne kadar otomatik olarak bilgisayarlar tarafından yapılsa da, işletme sahibinin iradesini yansıttığından gönderilen mesajların işletme sahibi tarafından yapılan irade beyanları olduğunun kabulü zorunludur.<sup>15</sup> Tarafların çerçeve sözleşmesi, yalnızca sistemin teknik açıdan işleyişini belirlemekte olup, taraflar, kendi sistemleri tarafından yapılan beyanların bağlayıcı olduğunu kabul etmektedirler.

#### d. Diğer Yöntemler

Yukarıda işaret edildiği üzere internet üzerinden akdedilen sözleşmelerin klasik yöntemlerle kurulan sözleşmelere nazaran arz ettiği özellik tarafların irade beyanlarını internet aracılığıyla yapmalarınıdır. Bu nedenle internet üzerinden elektronik posta ve web siteleri ile kurulan ilişkilerden başka, internet telefonu, telekonferans ve sohbet odalarında yapılan internet sohbeti(Internet Relay Chat-IRC) ile dahi karşılıklı irade beyanında bulunmak ve sözleşme akdetmek mümkündür. Günümüzde özellikle mobil telefonlarda kullanılan internet üzerinden anlık mesaj iletim uygulamaları ile karşılıklı irade beyanlarının iletilmesi mümkün olmakta, bu mesajların ekran görüntüleri delil başlangıcı olarak kullanılmaktadır.

### 2. Sözleşmenin Kurulduğu ve Hükümlerini Doğurduğu Anın Tespiti

Bir sözleşme, kabul beyanı öneriyi yapana ulaştığı anda kurulmuş olur.<sup>16</sup> Hazırlar arasında akdedilen sözleşmelerde, kabul beyanı yapıldığı anda muhataba vardığından bunun tespiti kolaydır. Ancak kabul beyanı hazır olmayan bir şahsa karşı yapılıyorsa, kabul beyanının varma anının tespiti, sözleşmenin kurulduğu anın tespiti açısından büyük önem taşır. Kanun burada sözleşmenin kurulması için kabul beyanının öneriyi yapan tarafından öğrenilmesini değil, kabul beyanın varmasını yeterli görmüştür. (BK m.5) Burada varmaktan maksat, kabul beyanının muhatabın hâkimiyet alanına

14 Sait Güran, Teoman Akunal, Köksal Bayraktar, Erdener Yurtcan, Abuzer Kendigelen, Önder Beller, Bülent Sözer, *İnternet ve Hukuk*, (Superonline Workshop Metni 2000) 30 ; Sözer (n 4) 90.

15 Altınışık (n 7) 35 ; Falcıoğlu (n 4) 239 ; Ümit Gezder, *Mukayeseli Hukuk Açısından İnternette Akdedilen Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması* (Beta 2004) 93 ; İnal (n 10) 100.

16 Antalya (n 3) 340 ; Oğuzman, Öz (n 3) 74.

girmesidir. Ayrıca muhatabın kabul beyanını öğrenmesi aranmamaktadır.<sup>17</sup> Ancak doktrinde, sözleşmenin sırf kabul beyanının varması ile kurulmayacağı, muhatabın bu beyanı öğrenme imkânının bulunmasının da sözleşmenin kurulması için şart olduğu belirtilmektedir.<sup>18</sup> Ancak bir irade beyanının, muhatabının hâkimiyet alanına girmesi ile öğrenme imkânı da zaten kendiliğinden doğacaktır. Kendi hâkimiyet alanına giren bir irade beyanın sorumluluğu muhataba geçtiğinden, irade beyanını içeren mektubun kaybolması, çalınması gibi nedenlerle öğrenme mümkün olmasa dahi sözleşme kurulmuş olacaktır.<sup>19</sup>

Sözleşmenin kurulması için açık bir kabule gerek bulunmayan hallerde, ret müddetinin geçmesi veya kabul anlamına gelen hareketin icrası anında sözleşme kurulmuş olur.<sup>20</sup>

Sözleşmenin hükümlerini doğurduğu an konusundaki esaslar Borçlar Kanununun 11. maddesinde belirlenmiştir. Buna göre gaipler arasında akdedilen bir sözleşme, kabul haberinin gönderildiği andan itibaren hükümlerini doğurmaya başlayacaktır(BK 11/I).<sup>21</sup> Açık bir kabul beyanının gerekli olmadığı durumlarda ise, önerinin muhataba ulaştığı andan itibaren sözleşme hükümlerini doğuracaktır(BK 11/II).<sup>22</sup> Hazırlar arasında yapılan sözleşmelerin hükümlerini doğurduğu ana ilişkin, kanunda bir kural bulunmamakla birlikte, bu durumda, kabul beyanının yapılması ile öneriyi yapana ulaşması ve öğrenilmesi aynı andadır ve sözleşme de bu andan itibaren yürürlüğe girmektedir.<sup>23</sup>

Bu kurallar internet üzerinden akdedilen sözleşmelerde de aynen uygulanmakla birlikte<sup>24</sup>, bu konuda özellik gösteren husus, internet üzerinden yapılan irade beyanlarının varma ve gönderilme anlarının tespitidir. İnternet iletişiminin hızı dikkate alındığında, bir irade beyanının gönderilmesi ile muhatabına varması hemen eşzamanlı olduğundan, bu konuda hukuki bir problemle karşılaşılması uzak bir ihtimaldir. Ayrıca, mesajların gönderilme ve varma zamanlarının tespiti de internetin teknik özelliklerinin bir sonucu olarak mümkün olduğundan sözleşmenin kurulduğu ve hükümlerini doğurduğu anın tespiti çok daha kolay olmaktadır.

17 Altınışık (n 7) 51 ; Antalya ( n 3) 340 ; Oğuzman, Öz (n 3) 75.

18 Altınışık (n 7) 52 ; Kirca (n 4) 111.

19 Antalya (n 3) 340 ; Oğuzman, Öz (n 3) 75. Bu noktada Borçlar Kanunu'nun sözleşmelerin kurulması açısından kabul ettiği varma teorisinin, bütün irade beyanları için genelleştirilmemesi gerektiği hatırlanmalıdır. Doktrinde, kabul beyanı dışındaki irade beyanları için varma ya da öğrenme teorileri arasında, söz konusu irade beyanı açısından hangi tarafın menfaatinin korunması gerektiğinin tespiti ve buna göre sonuca ulaşılması gerektiği belirtilmektedir. Bkz. Antalya (n 3) 340 ; Oğuzman, Öz (n 3) 74, dn 106.

20 Antalya (n 3) 340 ; Oğuzman, Öz (n 3) 75.

21 Antalya (n 3) 341 ; Oğuzman, Öz (n 3) 75.

22 Antalya (n 3) 342 ; Oğuzman, Öz (n 3) 75.

23 Antalya (n 3) 341 ; Oğuzman, Öz (n 3) 74.

24 Özsunay, internet üzerinden kurulan sözleşmelerin kabul beyanının gönderildiği anda kurulmuş sayılacağını belirtmektedir. Özsunay (n 4) 133.

## a. İnternet Üzerinden Yapılan İrade Beyanlarının Gönderilme Anı

Bir irade beyanının gönderilmesi, o beyanın, muhataba erişmek üzere beyanda bulunanın hâkimiyet alanından çıkmasını ifade eder. İnternet üzerinden akdedilen sözleşmelerde de durum böyle olup, irade beyanı içeren bir veri mesajı gönderildiğinde, mesajı gönderen kişinin bu mesajı geri çekme veya mesajda değişiklik yapma imkânının sona erdiği anda mesaj gönderilmiş sayılır. Bu konuda iki ihtimal ortaya çıkmaktadır. Mesajın beyan sahibinin bilgisayarından çıktığı an veya sunucusundan (server) çıktığı anda mesaj üzerindeki kontrol imkanı sona erecektir. Kanaatimce “gönder” tuşuna basılması ve mesajın beyan sahibinin bilgisayarından çıkması ile mesaj üzerindeki hâkimiyetin sona ermiş olduğu kabul edilmelidir. Çünkü bu yapıldıktan sonra, mesaj henüz sunucudan çıkmış olmasa dahi, mesaj sahibinin kontrolü dışına çıkmıştır.<sup>25</sup>

UNCITRAL tarafından hazırlanan Elektronik Ticaret Model Kanunu<sup>26</sup>, 15. maddesinin 1. fıkrasında, mesajın sahibinin kontrolü dışına çıktığı anda gönderilmiş sayılacağını belirterek aynı sonucu öngörmüştür.

## b. İnternet Üzerinden Yapılan İrade Beyanlarının Varma Anı

Yukarıda izah edildiği üzere, bir irade beyanı, muhatabının hâkimiyet alanına girdiği anda varma gerçekleşmiştir. İnternet üzerinden yapılan irade beyanları açısından da, bir irade beyanının, muhatabın bağlı olduğu sunucuda muhatabın erişimine imkân sağlayacak şekilde kaydedildiği anda varmış olduğu kabul edilmektedir. Mesajın muhatabın bilgisayarına yüklenmesi, varma açısından zorunlu değildir.<sup>27</sup> Ancak bunun aksini savunan yazarlar da bulunmaktadır.<sup>28</sup>

Elektronik Ticaret Model Kanununun 15. maddesinin 2. fıkrasında mesajın, muhatabın haberleşme sistemine girdiği anda muhatabına ulaştığı belirtilerek bu görüş teyit edilmiştir.

Avrupa Birliği Elektronik Ticaret Yönergesi<sup>29</sup> ise, 11. maddesinde, siparişin, muhatabı olan tarafın erişiminin mümkün olduğu anda varmış sayılacağını belirterek yine aynı sonuca ulaşmaktadır.

25 İnal (n 10) 107 ; Sözer (n 4) 102.

26 UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce, tam metni için bkz. <[https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/05-89450\\_Ebook.pdf](https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/05-89450_Ebook.pdf)> erişim 9 Eylül 2019

27 Altınışık (n 7) 52 ; Demir (n 4) 180 ; İnal (n 10) 109 ; Kırcıca (n 4) 110 ; Kırcıca, Öztürk (n 5) 56 ; Özdilek (n 8) 33 ; Sözer (n 4) 102 ; Ancak bu durumda beyanın, üçüncü bir şahsın müdahalesine veya yardımına gerek kalmaksızın, muhatap tarafından kendisi tarafından bilgisayarına yükleme imkanının bulunması gerektiği belirtilmektedir. Özdemir Kocasakal (n 4) 83 ; Rüssmann (n 4) 330.

28 Bu görüşe göre, sunucuya kaydedilen mesaj henüz alıcının hakimiyet alanına girmiş değildir. Alıcı henüz mesajı kendi bilgisayarına aktarmadan, mesajın sunucuda kaybolması veya program ve sistem yanlışlıkları sonuca okumaması riskini taşımamalıdır. (Bkz. Kırcıca (n 4) 110, dn 56’da anılan yazar) Ancak, muhatabın sunucusu, kendi seçtiği ve mesajlarını almak ve depolamak üzere temsil yetkisi verdiği kişidir. Ayrıca bu görüşün kabulü, bir irade beyanını almak istemeyen kişinin, bunu kendi bilgisayarına yüklememesi suretiyle kötüye kullanmaya açık bir durum yaratacaaktır.

29 Directive 2000/31/EC Of The European Parliament And Of The Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (Directive on electronic commerce. OJ 2000 L178, 17.07.2000; tam metni için bkz. <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000L0031&from=EN>> erişim 9 Eylül 2019

6563 Sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'un<sup>30</sup> 4/1(c) maddesinde benzer bir esas kabul edilmiştir. Buna göre;

*“Sipariş ve siparişin alındığının teyidi, tarafların söz konusu beyanlara erişiminin mümkün olduğu anda gerçekleşmiş sayılır”*

Kanunun ilgili maddesinin başlığının “Sipariş” olması ve birinci fıkranın ilk cümlesindeki *“Elektronik iletişim araçlarıyla verilen siparişlerde aşağıdaki esaslar geçerlidir”* şeklindeki hüküm her ne kadar web sitesi üzerinden sipariş verilmesi hallerini çağrıştırıyor olsa da, bu esasın maddenin son fıkrasındaki, *“Birinci fıkranın (a) ve (b) bentleri ile ikinci fıkra, münhasıran elektronik posta yoluyla veya benzeri bireysel iletişim araçlarıyla yapılan sözleşmelere uygulanmaz”* şeklindeki düzenlemeden ayrık tutulması, kanun koyucunun internet üzerinden yapılan tüm sözleşmesel ilişkilerde uygulanacak bir kural ihdas etme amacında olduğunu göstermektedir.

Kanunun uygulamasına göre, internet üzerinden yapılan bir irade beyanı, muhatabın beyana erişiminin mümkün olduğu anda ulaşılmış sayılacaktır. Erişimin mümkün olmasından, muhatabın çağırmasına hazır şekilde sunucusuna kaydedilmesi anlaşılmalıdır. Muhatabın bizzat bilgisayar başında bulunması şart değildir.

Bu konu, web sitelerinde kurulan sözleşmeler açısından çok fazla özellik arz etmemektedir. Zira bu durumda, bir irade beyanının yapılması ile muhatabın sunucusuna ulaşması eşzamanlı olmakta, web sitesi tarafından yapılan beyan, anında müşterinin bilgisayarının ekranında görünmekte, müşterinin beyanı ise anında muhatap tarafından algılanarak işleme konmaktadır. Ancak sistemde olması muhtemel aksaklıklar yüzünden mesajın ulaşmasının gecikmesi halinde, muhatabın sunucusuna ulaştığı anın esas alınacağı tabiidir.<sup>31</sup>

Elektronik posta ile kurulan sözleşmelerde ise, mesajın öncelikle alıcının posta kutusunda saklanması ve alıcının ancak posta kutusuna bakması ile mesajı öğrenmesi, bazı tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Doktrinde, bunun sonucu olarak, yukarıda ifade edilen, yalnızca varma ile sözleşmenin kurulmayacağı, öğrenme imkânının da bulunmasının gerektiği görüşü çerçevesinde bazı ayrımlar yapılmış ve elektronik posta ile iletilen irade beyanının varma anının tespitinde bu ayrımlar doğrultusunda sonuca ulaşılmıştır.<sup>32</sup>

30 Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 6563, Kabul Tarihi: 23.10.2014, RG 05.11.2014/29166.

31 Özdemir Kocasakal (n 4) 85.

32 Altınışık (n 4) 52 ; Kırcı (n 4) 111 ; Özdemir Kocasakal (n 4) 83. vd. Bu görüş, yalnızca elektronik posta adresine sahip olmanın, bu adresin kullanıcının kendisine karşı yapılan irade beyanlarını kabul ettiği bir ortam olması sonucunu doğurmayacağını belirtmekte ve internet kullanımının henüz yeni yeni yerleştiği günümüzde, konuya katı kurallarla yaklaşmanın isabetli olmayacağı düşüncesinden yola çıkmaktadır. Bu konuda bir başka görüş ise, tacirlerin elektronik posta adreslerine gönderilen irade beyanlarının geçerli olduğunu, tüketiciler açısından ise, bu yönde bir kullanıma en azından örtülü bir şekilde müsaade edilmedikçe beyanın ancak fiili öğrenme ile hüküm doğuracağını belirtmektedir. Demir (n 4) 180 ; İnal (n 10) 111.



Buna göre, elektronik posta ile iletilen bir irade beyanının varma ile sonuç doğurması, kişilere sürekli olarak posta kutularını kontrol etme yükümlülüğü getireceğinden, bunun biraz yumuşatılması gerekmektedir. Burada tacir olanlar ve olmayanlar arasında bir ayırım yapılmakta ve muhatabın tacir olması durumunda, irade beyanı içeren bir mesajın en geç mesai saati sonunda varmış olduğu kabul edilmektedir. Mesai saati bittikten sonra gelen mesajların ise bir sonraki işgününde vardığı kabul edilmektedir. Muhatabın tacir olmadığı durumlarda ise mesajın, muhatabın fiilen öğrendiği anda varmış sayılacağı kabul edilmektedir.

Kanaatimce konuya bu şekilde yaklaşılması isabetli bir çözüm değildir. Zira irade beyanının hüküm doğurması için beyanın muhatap tarafından öğrenilmesi değil, muhataba varmış olması yeterlidir.<sup>33</sup> İnternet üzerinden yapılan irade beyanının, muhatabın erişimine imkân sağlayacak şekilde kendisine hizmet veren sunucuda kaydedilmesi ile öğrenme imkânının doğduğu ve varmış sayıldığı belirtildikten sonra, ayrıca bir de mesai saati şartı getirmek, hatta tacir olmayanlar için öğrenme teorisini kabul etmek açık bir çelişkidir. Borçlar Kanunu irade beyanının hüküm doğurması için varma anını esas almıştır ve internet üzerinden yapılan irade beyanları da muhatabın sunucusuna girdiği anda varmış sayılmaktadır. Bu nedenle bu şartın gerçekleşmesi halinde, başka hiçbir şart aranmaksızın irade beyanının hüküm doğurduğu kabul edilmelidir.

Nitekim Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun ile getirilen düzenleme sonucunda, bu tartışmalar sona ermiştir. Kanunun 4/I(c) maddesine göre, muhatabın irade beyanına erişiminin mümkün olduğu anda irade beyanı ulaştığı ve hükümlerini doğurmuş sayılacaktır.

### 3. Sözleşmenin Kuruluş Yerinin Tespiti

İnternet üzerinden akdedilen sözleşmelerin kurulduğu yerin tespiti, mahkemelerin yetkisinin belirlenmesi ve Devletler Özel Hukuku'nda sözleşmenin şekil açısından geçerliliğinin denetimi konusunda önem taşıyan ve çözümü oldukça zor bir meseledir. İnternetin uluslararası karakteri doğrultusunda, sözleşmelerin taraflarının sıklıkla iki farklı ülkede bulunması, konuyu daha da özel ve önemli hale getirmektedir

Borçlar Kanununda sözleşmelerin kurulduğu yere ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Doktrinde, genellikle sözleşmenin kuruluş anı ve hükümlerini doğurduğu andan hareketle kuruluş yerinin belirlenmesi yoluna gidilmektedir. Bir görüşe göre sözleşme, kabul beyanının muhatabına ulaştığı anda muhatabın bulunduğu yerde kurulmuş sayılmaktadır.<sup>34</sup> Diğer bir görüş ise, sözleşmenin hükümlerini

33 Aynı yönde bkz. Falcioğlu, (n 4) 166 ;Joseph P. Zammit ve Felice B. Galant, "Elektronik Sözleşme", Çev. İlyas Çeliktas, (1999) Vol 73(10-11-12) İstanbul Barosu Dergisi 942, 948.

34 Özdemir Kocasakal (n 4) 88.

doğurduğu anı esas alarak, kabul beyanının gönderildiği anda kabul edenin bulunduğu yerin sözleşmenin kuruluş yeri olduğunu belirtmektedir.<sup>35</sup> Bu durumda, açık bir kabul beyanına ihtiyaç duyulmayan hallerde sözleşme, önerinin muhatabına vardığı yerde kurulmuş olacaktır.

Ancak sözleşmenin kuruluş anını ve hükümlerini doğurduğu anı esas alan bu görüşlerin internet üzerinden akdedilen sözleşmelere uygulanması halinde içinden çıkılmaz bir durumla karşılaşılacaktır. Normal şartlar altında bir irade beyanının muhatabına ulaştığı yer, muhatabın varma anında bulunduğu yerdir.<sup>36</sup> Buna karşılık, internet üzerinden akdedilen sözleşmelerde ulaşma, beyanın muhataba hizmet veren internet servis sağlayıcısının sunucusuna girdiği anda gerçekleşmiş sayılmaktadır. Bu durumda bu beyanın ulaşma yeri de sunucunun bulunduğu yerdir. Bu görüşlerin internet üzerinden akdedilen sözleşmelere uygulanması halinde, kendisi Türkiye’de olmakla birlikte, Amerika’daki bir sunucudan hizmet alan kişiye yapılan irade beyanı Amerika’da ulaşmış sayılacak ve sözleşme de Amerika’da kurulmuş olacaktır. İkinci görüşün kabul edilmesi halinde de yine benzer problemlerle karşılaşılacaktır.

Bu nedenle, hukuk güvenliğinin ve öngörülebilirliğin sağlanması açısından, internet üzerinden akdedilen sözleşmelerin kuruluş yerinin tespitinde klasik sözleşmeler için öngörülen çözümlerden ayrılarak, internet iletişiminin özelliğine uygun bir çözümün bulunması gerektiği kanaatindeyim.

UNCITRAL tarafından hazırlanan Elektronik Ticaret Model Kanunu’nun 15. maddesinin 4. fıkrasında ve Uluslararası Sözleşmelerde Elektronik İletilerin Kullanılması Hakkında Birleşmiş Milletler Konvansiyonu’nun<sup>37</sup> 10. maddesinin 3. fıkrasında, bir veri mesajının, göndericinin işyerinin bulunduğu yerde gönderilmiş ve alıcının işyerinin bulunduğu yerde alınmış sayılacağı belirtilmektedir. Anılan maddelere göre, birden çok işyerinin bulunması halinde ilgili işlemle en yakın irtibat halinde bulunan işyerinin, böyle bir tespit yapılamadığı takdirde işyeri merkezinin, tarafların işyerlerinin bulunmaması halinde ise mutlak meskenlerinin esas alınacağı belirtilmektedir.

Kanaatimce, UNCITRAL tarafından öngörülen çözüm, yukarıda açıklanan sakıncaları bertaraf edebilecek uygun bir çözümdür.

35 Altınışık (n 4) 58 ; Sözer (n 4) 54.

36 Her ne kadar ilk görüş taraftarları sözleşmenin kuruluş yeri olarak, kabul beyanı ulaştığı anda muhatabın bulunduğu yeri esas alsalar da, internet üzerinden yapılan irade beyanları, iletişimin özelliği gereği muhatabın bulunduğu yerde ulaşmadığından, klasik yollarla beyan edilen irade beyanları için geçerli olan bu yorumun, internette yapılan irade beyanları açısından isabetli olmadığı kanaatindeyim. Ayrıca, internete her yerden ulaşım mümkün olduğundan, işyeri ve ikametgahı Türkiye’de bulunan bir kimsenin, kabul beyanını Amerika’da iken alması da mümkün olduğundan, anılan yorum sözleşmenin Amerika’da kurulmuş sayılmasına yol açacak ve yine amaca aykırı sonuçlar doğacaktır. Aynı yönde bkz. Özdemir Kocasakal (n 4) 89.

37 United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts, tam metni için bkz. <[https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/06-57452\\_Ebook.pdf](https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/06-57452_Ebook.pdf)> erişim 9 Eylül 2019 ; Türkçe çevirisi için bkz. Ergun Özsunay, *Uluslararası Sözleşmelerde Elektronik İletilerin Kullanılması Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması* (Legal 2014).

## B. Elektronik Sözleşmelerden Kaynaklanan Edimlerin İfası

### 1. Genel Olarak

Elektronik sözleşmelerde genellikle sözleşmenin bir tarafı karşı tarafa bir mal veya hizmet sağlamayı, diğer taraf ise bunun karşılığında belirli bir para borcunu üstlenmektedir. Bu edimlerin, niteliğine göre çeşitli şekillerde yerine getirilmesi mümkündür. İnternet üzerinden akdedilen sözleşmelerden kaynaklanan borçların ifası açısından, doktrinde “dolaylı elektronik ticaret” ve “doğrudan(dolaysız) elektronik ticaret” ayrımı yapılmaktadır. Bu ayrıma göre, internet üzerinden yapılan işlemlerin cereyan şekline göre, sözleşmenin kuruluşundan tarafların edimlerinin ifasına kadar tüm işlemlerin internet üzerinden on-line olarak gerçekleştirilen işlemler doğrudan elektronik ticaret, sözleşmenin ifası aşamasında geleneksel yollara başvurmayı gerekli kılan işlemler dolaylı elektronik ticaret olarak adlandırılmaktadır.<sup>38</sup>

#### a. Dolaylı Elektronik Ticaret

Elektronik ticaretin bu şeklinde sözleşme elektronik ortamda yapılmakta, ancak sözleşmenin ifası geleneksel yollardan gerçekleştirilmektedir. Dolaylı elektronik ticarete genellikle kitap, cd, elektronik eşya gibi online teslimi mümkün olmayan fiziki malların satışı söz konusu olmaktadır. Sözleşmenin kuruluşu internet üzerinden yapılmakla birlikte, sözleşmenin ifası aşamasında elektronik ticaretin aktörleri dışında harici bir faktörün sisteme dahil olması gerekmektedir.<sup>39</sup>

#### b. Doğrudan (Dolaysız) Elektronik Ticaret

Her iki tarafın da sözleşmeden kaynaklanan edimini elektronik ortamda ifa edebildiği ticaret şeklidir. Bu halde, sözleşme elektronik yoldan yapılmakla birlikte, taraflar da edimlerini elektronik olarak ifa etmektedir. Bu tür ticaretin konusu genellikle, elektronik veri haline getirilebilen<sup>40</sup> ürünlerin (bilgisayar programları, görüntü, ses vs.) satışı<sup>41</sup> ile danışmanlık gibi bilgi sunulması şeklinde ifa edilebilen hizmetlerdir.<sup>42</sup>

Bir mal veya hizmet sağlanmasına ilişkin edimler, dolaylı elektronik ticarete, klasik yöntemlerle kurulan sözleşmelerde olduğu gibi ifa edilmekte olup, bunlara

38 Falcioğlu (n 4) 52 ; İnal (n 10) 22,23 ; Özdemir Kocasakal (n 4) 26,27.

39 İnal (n 4) 23 ; Deniz Saraman, *İnternet Üzerinden Akdedilen Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2012) 29.

40 Kitap, cd, dvd gibi ürünler fiziki ürünler olmakla birlikte esasında, görüntü, ses, metin gibi içeriklerin fiziki görünüm şekilleri olduklarından, bu ürünlerin içerikleri elektronik veri şeklinde online olarak da sunulabilir.

41 Bilgi Toplumu Hizmetlerinin Bazı Hukuki Yönleri ve Özellikle İç Pazarda Elektronik Ticaret Konusunda 8 Haziran 2000 tarih ve 2000/31/AT sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi'nde (OJ 2000 L178) (Elektronik Ticaret Konusunda Direktif), sözleşmenin elektronik yoldan ifasının mümkün olması durumunda bir mal satışından değil de hizmet sunumundan söz edilebileceği belirtilmektedir. (Giriş madde18) Bu durumda Avrupa Birliği sisteminde elektronik veri haline getirilmiş olan ürünlerin online olarak teslimi halinde bir mal satışından değil de hizmet sunumundan söz edilebilecektir.

42 Altınışık (n 7) 26 ; Özdemir Kocasakal (n 4) 26.

nazaran herhangi bir özellik arz etmemektedir. Doğrudan elektronik ticarete ise edimin niteliğine göre ifa yöntemi de farklılık göstermektedir. Bilgisayar programı, müzik, film gibi dijital veya dijital formata dönüşebilen ürünlerin satışı söz konusu olduğunda download yöntemi kullanılmakta, bir bilgiye veya müzik, film gibi bir içeriğe erişimin sağlanmasına ilişkin sözleşmelerde kullanıcıya bu imkân sağlanmakta, danışmanlık hizmeti sunulmasına ilişkin sözleşmelerde ise danışmanlık konusu bilginin elektronik posta ile gönderilmesi mümkün olduğu gibi, dijital hale getirilip download edilmesi yolu da kullanılabilir.

Para borçlarının ifası ise yine elektronik olmayan yollardan mümkün olduğu gibi elektronik yollardan da yapılabilir. Elektronik yollardan ödemenin, kredi kartı, elektronik para, elektronik çek gibi yöntemlerle yapılabilmesi mümkündür. Para borçlarının ifası konumuz açısından bir özellik arz etmediğinden, çalışmada yalnızca, mal veya hizmet sağlanmasına ilişkin edimlerin ifası konusu incelenecektir.

## 2. Mal veya Hizmet Sağlanmasına İlişkin Edimler

### a. Dolaylı Elektronik Ticarete

Dolaylı elektronik ticarete yalnızca sözleşmenin kurulması aşaması internet üzerinde gerçekleşmekte, kararlaştırılan edimlerin ifası ise klasik yöntemlerle yapılmaktadır. Yapılan sözleşmede edimlerin neler olduğu, ifa yeri ve ifa zamanı kararlaştırılmaktadır. Edimin ifası ise elektronik sözleşmede kararlaştırılan şartlar çerçevesinde klasik yöntemlerle yapılmakta olduğundan, bu edimlerin ifası diğer borçların ifasına nazaran herhangi bir özellik arz etmemektedir. Bu nedenle Borçlar Kanununun ifaya ilişkin hükümleri bu sözleşmelerden kaynaklanan edimlerin ifasında da aynen uygulanacaktır.

### b. Doğrudan Elektronik Ticarete

#### (1) Download Yöntemi

Bu yöntem dijital ürünlerin elektronik olarak tesliminde kullanılan bir yöntemdir. Bilgisayar programı, müzik(mp3), film, kitap gibi özünde dijital olan veya dijital hale getirilebilen ürünler, bu yolla teslim edilebilir.

Elektronik veriler TCP/IP sistemi ile internette dolaşarak gönderildikleri yere ulaşırlar.<sup>43</sup> Download yöntemi de elektronik veri transferinden başka bir

<sup>43</sup> Transmission Control Protocol/Internet Protocol. İnternete bağlı olan her bilgisayarın bir IP numarası bulunmakta ve bu IP numarası sayesinde verinin alındığı bilgisayarın tespiti mümkün olmaktadır. IP, esasında, bilgisayarda kayıtlı verilerin dijital forma dönüştürülerek ağda dolaşımını sağlayan sistemdir. Kullanıcı bilgisayarının IP numarası ile ağda dolaşmakta olan dijital formdaki veriler, TCP sistemi sayesinde algılanarak, ulaşması istenen yere ulaştırılır ve bu verilerin alıcının bilgisayarında tekrar eski haline gelmesi ile iletişim sağlanmış olur. Özdemir Kocasakal (n 4) 13, dn 21; Sibel Özel, *Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Hakkının Korunması* (Seçkin 2004) 150 ; İnternetin işleyişi hakkında geniş bilgi için bkz. ÖZDİLEK (n 8) 14 vd.

şey değildir. “0” ve “1” şeklinde dijital formata dönüştürülmüş veriler TCP/IP sistemi sayesinde alıcının bilgisayarına aktarılmakta, bilgisayarda tekrar eski haline getirilerek teslim işlemi tamamlanmaktadır. Bu prosedür, alacaklının, web sitesi üzerindeki “download” butonuna tıklaması ile başlamaktadır. Alacaklının bunu yapmaması halinde, dijital ürünün alacaklının bilgisayarına gönderilmesi mümkün değildir.

İfa alacaklısının download işleminin başlaması için kendi üzerine düşeni yapmaması halinde, borçlu, teslim hazırladığını alacaklının bilgisayarının ekranında download butonunun belirmesini sağlayarak veya başka bir şekilde belirtmişse, usulüne uygun bir ifa teklifinden söz edilebilecektir. Bu takdirde borçlunun borcundan kurtulmak için alacaklının temerrüdü hükümlerine başvurması gerekmektedir. Alacaklının temerrüdü halinde borçlunun haklarından tevdi(BK m.107), ve satmak(BK m.108) haklarının kullanılması dijital ürünler bakımından mümkün değildir. Her ne kadar bir mal teslimi söz konusu olsa da, bu yöntem dijital ürünün çoğaltılması sistemine dayandığından bu hakların kullanılması söz konusu olamayacaktır. Bu nedenle borçlunun başvurabileceği tek yol BK m.110 uyarınca sözleşmeyi feshetmektir.

## **(2) Bilgiye veya Başka Bir İçeriğe Erişimin Sağlanması**

İfanın bu şekilde, belli bir ücret karşılığında, istenilen bilgiye veya müzik, film gibi bir içeriğe erişim sağlanmaktadır. Bu yöntemde dijital formata dönüşmüş olan kitap, film veya müzik eseri(veya bir başka içerik) kullanıcının bilgisayarına download edilmeksizin kullanıcıya sunulmaktadır. Kullanıcı internete bağlı olduğu sürece, içeriği sağlayan web sitesine girerek, sözleşme gereğince kendisine verilen şifreyi kullanmakta ve sözleşme konusu edilen içeriği görüntülemektedir. Bu yöntemde hizmet sunucu, kullanıcının içeriği kopyalamasına izin vermemektedir. Kullanıcı ancak web sitesine bağlı olduğu sürece içeriği görebilmekte ve genellikle bağlı olduğu süreye göre ücret ödemektedir. Bunu yanında içeriğin görüntülenen bölümü oranında ödeme yapılan(pay per view) sistemler de vardır.

## **(3) Elektronik Posta Yoluyla**

Bu yöntem de ifayı elektronik yoldan mümkün kılan bir yöntemdir. Belli bir konuda danışmanlık hizmeti sözleşmesi yapılması halinde danışmanlık konusu bilginin elektronik posta yoluyla gönderilmesi buna örnek olarak gösterilebilir. Bunun yanında dijital formattaki diğer ürünlerin de elektronik posta ile gönderilmesi mümkün olup, elektronik posta kutularının kapasitesi gereği ancak küçük boyuttaki veriler bu yolla gönderilebilir.

## II. İnternet Üzerinden Akdedilen Sözleşmelerin Yabancılık Unsuru Taşınması Halinde Uygulanacak Hukuk

### A. Genel Olarak

İnternetin uluslararası karakterinin bir sonucu olarak, internet üzerinden akdedilen sözleşmelerin birçoğunda yabancılık unsuru bulunmakta ve ortaya çıkan uyuşmazlıklarda Devletler Özel Hukuku'nun müdahalesi gerekmektedir. Zaten kişileri internet üzerinden sözleşme akdetmeye sevk eden başlıca sebep internetin bu sınır ötesi özelliği sonucunda mesafelerin ortadan kalkarak işlemlerin kolaylaşması ve dünyanın her tarafından ürün yelpazesi ve müşterilere ulaşılabilir imkânıdır. Ancak özellikle tüketici sözleşmelerinde uygulanacak hukuk ve yargılama yetkisi konularındaki belirsizlikler internet üzerinden alışveriş yapan kullanıcıları çekingen davranmaya itmektedir. Bu nedenle bu konuların çözüme kavuşturularak hukuk güvenliğinin sağlanması zorunludur.

Bunun için çözümlenmesi gereken ilk sorun, internet üzerinden akdedilen sözleşmelerde yabancılık unsurunun ne şekilde tespit edileceğidir. Bilindiği üzere internet üzerinden iletişimin internet servis sağlayıcı, sunucu, host gibi birçok aktörü bulunmaktadır. Türkiye'deki bir web sitesi İngiltere'deki bir servis sağlayıcıdan, Amerika'daki bir sunucudan, Almanya'daki bir hosttan hizmet alıyor olabilir ve genellikle bu hizmetlerden bir ya da birkaçı sınır ötesi bir işletmeden alınmakta ve gönderilen bir irade beyanı dünyayı dolaştıktan sonra alıcısına ulaşmaktadır. Acaba bu hizmetlerden birisinin yabancı ülkedeki bir işletmeden alınması hukuki ilişkiye yabancılık unsuru kazandırır mı? Ankara'daki bir kişinin İstanbul'daki bir kitapçının web sitesinden kitap alması durumunda, sırf web sitesinin sunucusunun Amerika'da olması nedeniyle bu hukuki ilişkide yabancılık unsuru vardır diyebilir miyiz? Kanaatimce bu soruya verilecek yanıtın "hayır" olması gerekir.<sup>44</sup> Zira haksız fiillerde dahi, internet teknolojisinin gereği olan hizmetlerin alındığı yerlerin yabancılık unsurunun tespitinde rol oynamayacağı ifade edilmektedir.<sup>45</sup> Bu konu esasında ıslak imza ile akdedilen bir sözleşmede imzanın Amerika'dan gelen kalemle atılmasından farksızdır. Ayrıca bu hizmetlerin alındığı yerlerin irade beyanlarının gönderildiği veya muhatabına ulaştığı ya da sözleşmenin kurulduğu yerin tespitinde hiçbir öneminin bulunmadığı yukarıda açıklanmıştı.<sup>46</sup> Bu nedenle bu sözleşmelerdeki yabancılık unsurunun tespitinde geleneksel yollarla akdedilen sözleşmelere nazaran herhangi bir özellik bulunmamaktadır.

Yabancılık unsurunun kanunda tanımlanmamış olmakla birlikte, 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun(MÖHUK)'un 1.

44 Özdemir Kocasakal (n 4) 117.

45 Ayfer Uyanık Çavuşoğlu, "İnternet Ortamında İşlenen Haksız Fiil Sorumluluğuna Uygulanacak Hukuk" (2002) 22 (2) MHB 967, 974.

46 Bkz.yukarıda I-A-3

Maddesinde “*Yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukuk, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, yabancı kararların tanınması ve tenfizi bu Kanunla düzenlenmiştir.*” demek suretiyle, yabancılık unsurunun bu kanunun uygulanmasının ön şartı olduğu belirtilmiştir. Yabancılık unsuru doktrinde, “*ilişkinin, yargı organlarına başvurulacak ülke hukukundan başka, diğer bir hukuk sistemi veya sistemleri ile olan ilişkisi*” olarak tanımlanmıştır.<sup>47</sup> Bu ilişki ise, hukuki ilişkinin tek tek unsurlarının incelenmesi ile ortaya çıkarılabilir. İlişkinin tek tek unsurlarından kasıt, tarafların vatandaşlığı, ikametgâh veya mutad meskenleri, işlemin yapıldığı yer, sözleşmenin ifa yeri, haksız fiilin gerçekleştiği yer, sözleşme konusunun bulunduğu yer gibi, kişi ya da yer bakımından, hukuki ilişkiyi yabancı bir ülke ile ilişkilendirebilecek herhangi bir unsur olabilir.

Doktrinde, özellikle sözleşmelerde yabancılık unsurunun tespitinde, konunun bir bütün olarak değerlendirilerek uluslararası ticareti ilgilendirip ilgilendirmediğinin esas alınması gerektiği yolunda görüşler bulunmaktadır.<sup>48</sup> Buna göre, sözleşmenin maddi unsurları itibariyle bir yabancılık unsuru bulunmasa dahi, ilişkinin bir bütün olarak değerlendirilmesi gerektiği ve sonuç olarak milletlerarası ticareti ilgilendirmesi durumunda yabancılık unsuru var kabul edilerek milletlerarası özel hukuk denetimine tabi tutulması gerektiği yolundadır. 5718 Sayılı MÖHUK ile getirilen doğrudan uygulanan kurallara ilişkin 31. madde, haksız rekabete ilişkin 37. madde ve rekabetin engellenmesine ilişkin 38. madde hükümleri karşısında, konunun tek tek unsurları incelenerek herhangi bir yabancılık unsuru tespit edilemese de, meydana gelen sonuçlar itibariyle bir başka ülkenin hukukunu ilgilendirmesi durumunda da yabancılık unsurunun var kabul edileceğinin kanun koyucu tarafından benimsendiği kanaatindeyiz.

Doktrinde, kanunlar ihtilafı yönteminin internet üzerinden kurulan ilişkilere uygulanacak hukukun belirlenmesi açısından elverişli olmayacağı, bunun için internet toplumunun kendi belirleyeceği ve kendiliğinden oluşan kuralların ve uluslararası kuruluşlar tarafından oluşturulan kuralların(lex electronica) uygulanması gerektiği belirtilmiştir.<sup>49</sup> Ancak internetin sadece kişiler arasında iletişimin kurulması için bir araç olduğu ve hukuki ilişkilerin her ne kadar internet aracılığıyla kurulmuş olsalar da maddi dünyada kurulan ilişkilere bir farkının bulunmadığı düşünüldüğünde internet için farklı kuralların ihdas edilmesine gerek bulunmadığı görülecektir. Bu konudaki düzenlemelerin sadece hukuk alanına internet ile giren(elektronik imza vs.) konulara hasredilmesi, bunun dışındaki konuların zaten mevcut olan kuralların internet iletişiminin özellikleri çerçevesinde değerlendirilmesi suretiyle çözüme

47 Aysel Çelikel ve Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk* (14th edn, Beta 2016) 10.

48 Cemal Şanlı, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1986) 31 vd ; Cemal Şanlı ve Nuray Ekşi, *Uluslararası Ticaret Hukuku* (Arıkan 2005) 5vd, Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Hatice Özdemir, “MÖHUK Kapsamına Giren Sözleşmelerin Tespiti Bağlamında “Yabancılık Unsuru Taşıyan Sözleşme” ve “Uluslararası Sözleşme” Kavramları” (1999) Vol 73 (10-11-12) İstanbul Barosu Dergisi 926, 941.

49 Tartışma için bkz. Özdemir Kocasakal (n 4) 167 vd.

kavuşturulması gereği, hukukun bir bütün olduğu ve farklı ortamlar için farklı kuralların ihdas edilmesinin mümkün olmaması karşısında açıktır. Bu nedenle internet üzerinden kurulan hukuki ilişkilere uygulanacak hukukun belirlenmesi için yeterli olan kanunlar ihtilafı kurallarının terk edilerek yeni kurallar yaratmanın hiçbir gereği bulunmamakla birlikte, böyle bir tercihin yukarıda belirtildiği gibi aynı ilişkinin sadece kurulduğu ortamdan dolayı farklı kurallara tabi tutulmasına yol açarak hukuk güvenliğini sarsacağı da bir gerçektir.

Aşağıda internet üzerinden akdedilen sözleşmelerden kaynaklanan borç ilişkilerine uygulanacak hukuk belirlenirken, internet üzerinden akdedilen sözleşmelerin büyük çoğunluğunu tüketici sözleşmeleri oluşturduğundan tüketici sözleşmeleri ayrı olarak incelenecektir.

## **B. İnternet Üzerinden Akdedilen Sözleşmelerde Şekil**

### **1. Genel Olarak Sözleşmelerde Şekil**

Bir sözleşmenin kurulması için yapılan irade beyanları kural olarak hiçbir şekle tabi değildir. Borçlar Kanununun 12/I. Maddesine göre, sözleşmelerin geçerliliği hiçbir şekle tâbi değildir. Yine aynı maddede, kanunda bazı sözleşmeler için şekil şartı öngörülebileceği belirtilmektedir. Kanun, bazı sözleşmelerin sıhhati için şekil şartına uyulmasını zorunlu kılmış olabilir. Buna göre, ancak kanunda açıkça belirtildiği hallerde, sözleşmeler için bir şekil zorunluluğundan bahsedilebilecektir.<sup>50</sup> Maddenin ikinci fıkrasına göre ise, kanun ile bir şekil şartı öngörülmesi halinde kanunda aksi belirtilmedikçe kanunda belirtilen şekil, sözleşmenin geçerlilik şartı olarak öngörülen şekildir.<sup>51</sup> Kanun, şekil şartına uymamayı başka müeyyidelere de bağlayabilir. Hukuk Muhakemeleri Kanununda<sup>52</sup>, değeri belli bir miktarı aşan sözleşmeler için yazılı olma şartı getirilmekle beraber, buna uyulmamasının sonucu, sözleşmenin varlığının ispatlanamamış olmasıdır. Birinci durumda, yani kanunda bir sözleşme tipi için şekil şartı öngörülmesi durumunda şekle uyulmamasının müeyyidesi sözleşmenin geçersizliğidir. HMK gereğince belli değerler üzerindeki sözleşmeler için ispat şartı olarak öngörülen şekle uyulmaması halinde ise sözleşme geçerliliğini korumaktadır. Buna karşılık uyuşmazlık çıkması halinde bu sözleşmeye dayanarak hak iddia eden tarafın, sözleşmenin varlığını, dolayısıyla iddiasını ispatlayamaması söz konusu olur. İspat şartı olan şekil, milletlerarası usul hukukunu ilgilendirmektedir. Yabancı bir ülkede düzenlenerek değeri HMK'da belirlenen değer üzerinde olan bir sözleşmenin ispat gücü ispat hukuku ile ilgilidir.<sup>53</sup> Bu bölümde sıhhat şartı olan şekle ilişkin açıklamalar yapılacaktır.

50 Antalya (n 3) 527 ; Oğuzman, Öz (n 3) 139.

51 Antalya (n 3) 529.

52 Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Kanun Numarası: 6100, Kabul Tarihi: 12.01.2011, RG 04.02.2011/27836.

53 Çelikel, Erdem (n 47) 187.



İnternet üzerinden akdedilen sözleşmelerde şeklin genel unsurları ile ilgili olarak üzerinde durulması gereken konu, internet üzerinden sözleşme akdedilmesi halinde yazılı şekil şartının gerçekleşip gerçekleşmeyeceğidir. Resmi bir makamın katılımını ve bir merasimi zorunlu kıldığından, bu sözleşmelerde resmi şeklin gerçekleşmesi zaten mümkün değildir.<sup>54</sup>

5070 Sayılı Elektronik İmza Kanununun<sup>55</sup> yürürlüğe girmesi ile birlikte, güvenli elektronik imza oluşturma aracı ile oluşturulan imzalar da el yazısı ile atılan imza ile aynı hükme sahip hale gelmiştir. Böylece yazılı şekil şartının arandığı sözleşmelerde dahi, sözleşmenin internet üzerinden akdi mümkündür ve güvenli elektronik imza oluşturma aracı ile sözleşmenin imzalanması, geçerlilik şekli olarak öngörülen yazılılık unsurunu karşılayacaktır.<sup>56</sup>

## 2. İnternet Üzerinden Sözleşmelerin Şekline Uygulanacak Hukuk

Hukuki işlemlerin şekline genel olarak uygulanan kural, hukuki işlemin şeklinin, işlemin yapıldığı yer hukukuna tâbi olmasıdır. Locus Regit Actum(LRA) olarak bilinen bu kural, hemen bütün hukuk sistemlerinde kabul edilmiştir.<sup>57</sup> İşlem güvenliğinin sağlanması, bir ülkedeki geçerli şekle uygun olarak yapılan bir işlemin, diğer ülkelerde de geçerliliğini devam ettirebilmesi gerekliliği, bu kuralın geniş uygulama alanı bulmasındaki temel etkidir.<sup>58</sup>

MÖHUK'un 7. maddesine göre, bir hukuki işlem, yapıldığı ülke hukukunun ya da işlemin esasına uygulanacak hukukun maddi hukuk hükümlerine uygun şekil kurallarına uyularak yapıldıysa geçerli sayılacaktır. Kanun, LRA kuralına ek olarak işlemin esasına uygulanacak hukuka(lex causae) uygun olarak yapılan işlemlerin geçerli olduğunu belirtmiştir. Bunun yanında, şekil konusunda, ilgili hukukun maddi hukuk hükümlerinin uygulanacağı belirtilerek, atıf konusunda yaşanabilecek karmaşanın da önüne geçilmiştir.

Bir konunun şekle ya da esasa ilişkin bir konu olduğu bir vasıflandırma problemidir. Bunun çözümü genel kabule göre hâkimin hukukuna(lex foriye) göre olmaktadır.<sup>59</sup> Diğer taraftan, bazı konularda şekle ilişkin özel kanunlar ihtilafı kuralları getirilmiş olup, evlenme(MÖHUK 13/2), ölüme bağlı tasarruflar(MÖHUK 20/4), taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin sözleşmeler(MÖHUK 21/4) ve tüketici sözleşmelerinin(MÖHUK 26/3) şekline ilişkindir. Bu konulardaki hukuki işlemlerin

54 Falcioğlu (n 4) 91.

55 Elektronik İmza Kanunu, Kanun Numarası: 5070, Kabul Tarihi: 15.01.2004, RG 23.01.2004/25355.

56 Falcioğlu (n 4) 96 ; İnal (n 10) 139 ; Ayrıntılı bilgi için bkz. Turgay Sarıakçalı, *İnternet Üzerinden Akdedilen Sözleşmeler* (Seçkin 2008) 61 vd.

57 Çelikel, Erdem (n 47) 188 ; Ergin Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, (Beta 22th edn 2017) 209.

58 Çelikel, Erdem (n 47) 189.

59 Çelikel, Erdem (n 47) 190 ; Cemal Şanlı, Emre Esen ve İnci Ataman Fıganmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk* (7th edn Beta 2019) 104.

şekline uygulanacak hukuk, MÖHUK tarafından getirilen özel kaideler uygulanmak suretiyle tespit edilecektir.

İnternet üzerinden akdedilen sözleşmelerde şekil konusu incelenirken, özellikle üzerinde durulması gereken nokta, sözleşmenin akdedildiği yerin tespitidir. Bu tür sözleşmelerde taraflar farklı yerlerde olduklarından sözleşmenin akdedildiği yerin tespitinin zorluğu yukarıda açıklanmıştı. Bu konu, LRA kuralının uygulanması konusunda internet kullanımından önce de hazır olmayanlar arasındaki irade beyanlarının ulaşması ve iki taraflı işlemlerde işlemin gerçekleştiği yerin neresi olduğunun tespiti konusunda tartışmalara yol açmıştır.<sup>60</sup> Genel kabul gören fikre göre, taraflardan her birinin irade beyanının, bu beyanın yapıldığı ülkenin şekil kurallarına uygunluğu yeterlidir.<sup>61</sup> Alman ve İsviçre hukuklarındaki uygulamaya göre ise, irade beyanları, bu beyanlardan birinin yapıldığı yer hukukuna uygun şekilde yapılmaları halinde geçerli şekle uygun olarak yapılmış sayılmaktadır.<sup>62</sup>

İnternet üzerinden sözleşme akdedilmesi esnasında sözleşme taraflarının beyanlarının gönderilme yeri konusundaki açıklamalar yukarıda yapılmıştı. Buna göre, bir veri mesajı, göndericinin işyerinin bulunduğu yerde gönderilmiş ve alıcının işyerinin bulunduğu yerde alınmış sayılır. Birden çok işyerinin bulunması halinde ilgili işlemle en yakın irtibat halinde bulunan işyerinin, böyle bir tespit yapılamadığı takdirde işyeri merkezinin, tarafların işyerlerinin bulunmaması halinde ise mutlak meskenleri esas alınacaktır.

## C. Tüketici Sözleşmesi Niteliğinde Olmayan Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk

### 1. Genel Kural

Sözleşmelerden doğan borç ilişkilerine uygulanacak MÖHUK'un 24 ila 30. maddeleri arasında düzenlenmiş, ayrıca 31. maddede sözleşme ile sıkı ilişkili olan üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanma şartları belirlenmiştir. 24. maddede sözleşmelerden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuk konusundaki genel kural belirlenirken, takip eden maddelerde, taşınmazlara ilişkin sözleşmeler, tüketici sözleşmeleri, iş sözleşmeleri, fikri mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmeler, taşıma sözleşmeleri ve temsil konusunda bağımsız bağlama kuralları ihdas edilmiştir.

MÖHUK m.24 hükmüne göre, sözleşmeden doğan borç ilişkileri, tarafların açık olarak seçtikleri hukuka tâbidir. Maddenin ilk 3 fıkrasında sözleşmeye uygulanacak hukukun seçimine ilişkin kurallar düzenlenmişken, 4. fıkrada, uygulanacak hukukun taraflarca kararlaştırılmamış olması halinde, sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukukun objektif olarak belirlenmesine ilişkin kurallara yer verilmiştir.

60 Ayrıntılı bilgi için bkz. Gülören Tekinalp, *Milletlerarası Özel Hukuk, Bağlama Kuralları* (10th edn Vedat 2009) 110.

61 Nomer (n 57) 211.

62 Tekinalp (n 60) 111. Alman Hukuku için bkz. EGBGB m.11/2 ; İsviçre Hukuku için bkz. IPRG m.124/2

## 2. Uygulanacak Hukukun Taraflarca Belirlenmesi

Sözleşmeden kaynaklanan borç ilişkilerine uygulanacak hukuk konusundaki ana kural uygulanacak hukukun taraflarca belirlenmesidir. Sözleşmenin taraflarının yapmış oldukları sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların belli bir hukuka tâbi olmasını seçebilmeleri özgürlüğüne “irade muhtariyeti(irade özgürlüğü)” adı verilir.<sup>63</sup>

Maddi hukukta irade muhtariyeti, kişilerin özel hukuk ilişkilerini kendi özgür iradeleriyle meydana getirebilmesi özgürlüğü anlamına gelir.<sup>64</sup> Bunun borçlar hukukundaki görünümü “sözleşme serbestisi”dir ve sözleşme serbestisinin iki veçhesi vardır. Bunlardan ilki sözleşme yapma özgürlüğü, yani kişinin dilediği kişiyle dilediği sözleşmeyi yapma özgürlüğü, diğeri ise sözleşmenin konusunu ve içeriğini düzenleme özgürlüğüdür.<sup>65</sup> Borçlar hukuku sözleşmelerinde menfaatler dengesi açısından ağır basan menfaat, sözleşme taraflarının menfaatidir.<sup>66</sup> Bu nedenle birçok devletin hukukunda “sözleşme serbestisi” ilkesi geçerlidir.<sup>67</sup> Sözleşme serbestisi ve bunun sınırları Türk Borçlar Kanunu’nun 26 ve 27. maddelerinde belirtilmiştir. Buna göre, taraflar, sözleşmelerin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler. Kanunun 27. maddesine göre bu sınırlar; emredici hükümler, ahlak, kamu düzeni, kişilik haklarıdır. Bu sınırlara aykırı olan ve konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin hükümsüzdür.<sup>68</sup>

Bunun yanında, her ne kadar kişilerin özel hukuk ilişkilerini serbest iradeleriyle düzenleyebilmeleri hakkı bulunsa da, günümüz ekonomik koşullarında, çoğunlukla taraflar arasındaki güç dengesinin sözleşmenin bir tarafı lehine ağır bastığı ve zayıf olan tarafın rekabet gücü ve pazarlık gücünün sınırlı olduğu bir gerçektir. Bu nedenle, çok defa, sözleşmenin şartlarını ve içeriğini taraflardan birinin düzenlediği ve sözleşmenin diğer tarafına sadece bu sözleşmeyi yapıp yapmama özgürlüğünün kaldığı durumlarla karşılaşılır.<sup>69</sup> Bu sebeple devletlerin sosyo ekonomik politikalarının bir gereği olarak çağdaş hukuk düzenlerinde irade serbestisi ilkesine kanunla bazı sınırlamalar getirilmektedir. Bir tarafın zayıflığının genel kabul gördüğü tüketici sözleşmeleri, kira sözleşmeleri, iş sözleşmeleri, sigorta sözleşmeleri gibi sözleşmelerde, birincil olarak zayıf tarafın menfaatinin korunması ve bu koruma kamu düzeni ve genel ahlakla da ilgili olduğundan ayrıca toplumun korunmasındaki genel menfaatinin korunması ve

63 İlyas Arslan, “5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Kanun Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Zımnî Hukuk Seçimi” (2013) 33 (2) MHB 1, 2 ; Çelikel, Erdem (n 47) 341 ; Gülin Güngör, *Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması* (Yetkin 2000) 76 ; Nomer (n 57) 317. NOMER, s.317 ; Tekinalp (n 60) 333.

64 Antalya (n 3) 125.

65 Antalya (n 3) 125 vd ; Kübra Ercoşkun Şenol, “Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü Ve Bunun Genel Sınırı : TBK M. 27” (2016) Vol 74 (2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 709, 712 ; Oğuzman, Öz (n 3) 23.

66 Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe (n 59) 273 ; Tekinalp (n 60) 333.

67 Tekinalp (n 60) 333 ; sözleşme serbestisi ilkesinin tarihi gelişimi ve sınırları hakkında bkz. Ercoşkun (n 65) s.710 vd.

68 Antalya (n 3) 451 ; Ercoşkun (n 65) 723 ; Oğuzman , Öz (n 3) 82.

69 Ercoşkun (n 65) 719 ; Oğuzman , Öz (n 3) 25.

sosyal adaletin sağlanması<sup>70</sup> amacıyla bu sözleşmelerde irade muhtariyetine emredici hükümler ile sınırlamalar getirilmektedir.<sup>71</sup>

Sözleşmelere uygulanacak hukuku seçme konusunda tanınan irade muhtariyeti, iç hukuktaki sözleşme serbestisinin devletler özel hukukundaki bir görünümüdür. Sözleşmelerde ağır basan menfaat tarafların menfaati olduğu için, sözleşmelere uygulanacak hukuk konusunda da tarafların iradelerine değer verilmektedir.<sup>72</sup> İç hukukta sözleşmenin konusu ve içeriği hakkında tanınan bu serbesti, devletler özel hukukunda sözleşmenin tâbi olduğu hukuku belirleme konusundadır.<sup>73</sup> Buna karşılık her iki kavramı birbirinden ayırmak gerekmektedir. Maddi hukukta tanınan serbesti, kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı olmamak kaydıyla tanınan, yani tamamlayıcı hükümlere ilişkin bir serbestidir.<sup>74</sup> Devletler özel hukukunda ise, uygulanacak hukukun taraflarca seçilmesi söz konusudur. Bu seçimden sonra, emredici hükümler ve sözleşme serbestisinin sınırları seçilen bu hukuka göre belirlenecektir. Taraflara tanınan irade muhtariyeti ile, taraflar, objektif olarak uygulanması gereken hukukun emredici hükümleri yerine kendi seçtikleri hukukun kurallarını koyabilmektedirler. Bu anlamda milletlerarası özel hukukta tanınan irade muhtariyeti, iç hukukta tanınana nazaran daha geniş bir serbestidir.<sup>75</sup> Tarafların Türk hukukundan farklı bir hukuku seçmeleri durumunda Türk hukukunun bu sözleşmeye müdahalesi ancak MÖHUK'un 5. ve 31. maddeleri şartlarına uygun olarak yapılabilir.<sup>76</sup>

Taraflara hukuk seçimi imkânı tanınmasındaki amaç, sözleşme tarafların menfaatinden ve hukuk güvenliği prensibinden hareketle, tarafların ilişkiyi en iyi koruyacak hukuku seçme konusundaki menfaatleridir. Böylece, yapmış oldukları sözleşmenin mahiyetini ve amacını en iyi bilebilecek durumda olan sözleşme tarafları, sözleşmenin tesadüfi bir hukuka tâbi olmasını engelleyerek, sözleşmeyi önceden bildikleri kurallara tâbi kılacaklardır.<sup>77</sup>

MÖHUK 24/1 hükmüne göre, hukuk seçimi açık olarak yapılmalıdır. Bunun anlamı, sözleşmedeki hukuk seçiminin, sözleşme hükümlerinden hiçbir yoruma ihtiyaç duyulmaksızın kesin olarak anlaşılmasıdır. Ayrıca sözleşme hükümlerinden ya da hâlin

70 Antalya (n 3) 455.

71 Ercoşkun (n 65) 725 ; Güngör (n 63) 75 ; Oğuzman , Öz (n 3) 83.

72 Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe (n 59) 273 ; Tekinalp (n 60) 333.

73 Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe (n 59) 274 ; Tekinalp (n 60) 333.

74 Önceleri, milletlerarası özel hukukta da irade muhtariyeti sınırlı olarak kabul edilmekte, tarafların maddi hukuktaki emredici kurallardan kaçabilmek için hukuk seçimi yapabileceği endişesi ile, maddi hukukta olduğu gibi sadece emredici olmayan hükümlere ilişkin hukuk seçimi imkânı kabul edilmekte, objektif hukukun emredici hükümlerinin hukuk seçimine rağmen etkisini sürdüreceği kabul edilmekteydi. Bu ise gerçek anlamda irade muhtariyetini sağlamamakta idi. Hatta aynı sonuca maddi hukuktaki sözleşme serbestisi ile ulaşılabileceğinden bunun bir hukuk seçimi olmadığı belirtilmektedir. Tekinalp (n 60) 335.

75 Güngör (n 63) 76 ; Nomer (n 57) 319, yazar, Türk Hukukunda sözleşme serbestisinin sınırlarını çizen TBK 26 ve 27. Maddelerinin, sadece akit statüsü olarak Türk Hukukunun belirlendiği sözleşmelerde uygulanabilir olduğunu belirterek milletlerarası özel hukuktaki irade muhtariyetinin mutlaklığına işaret etmektedir.

76 Ayrıca MÖHUK'un 26 ve 27. maddeleri gereğince tüketici sözleşmeleri ve iş sözleşmelerinde hukuk seçimine bazı sınırlamalar getirilmiştir.

77 Arslan (n 63) 3 ; Şanlı (n 48) 106.

şartlarından tereddüde yer vermeyecek şekilde anlaşılacak hukuk seçimi de geçerlidir. MÖHUK'un bu ifadesi, zımni hukuk seçiminin geçerli olup olmadığı konusunda belirsizliğe yol açmaktadır. Doktrinde, hiçbir tereddüde yer vermeyecek bir hukuk seçiminin, zımni hukuk seçimi olarak nitelendirilmesinin isabetli olmayacağı, hem açık olmayıp, hem de tereddüde yer vermeyecek hukuk seçimine bir örnek bulmanın zorluğu ifade edilmektedir.<sup>78</sup> Kanunun bu ifadesinden, hukuk seçiminin herhangi bir şekilde bağlı olmadığı anlaşılmaktadır.<sup>79</sup>

Açıkça bir hukuk seçiminin yapılmadığı durumlarda, sözleşmenin hükümlerinden ve hâlin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılacak zımni hukuk seçimine işaret edebilecek bazı örnekler verilmektedir. Tarafların belli bir ülkenin mahkemesinin yetkili olmasını kararlaştırması, açılan davada iddia ve savunmaların belli bir ülkenin hukukuna göre yapılması<sup>80</sup>, sözleşmede açık bir hukuk seçiminin bulunduğu başka bir anlaşmaya atıf yapılması, belli bir hukuka dayanılarak oluşturulmuş genel işlem şartlarının kullanılması, taraflar arasındaki bütün uyumsuzluklar için aynı ülkenin mahkemelerinin münhasıran yetkili kılınmış olması, sözleşmede belli bir hukukun maddi hükümlerine gönderme yapılmış olması<sup>81</sup>, belli bir para ile ödemenin, belli bir hukuktaki örf ve âdetin veya kavramların kararlaştırılması<sup>82</sup> gibi durumlarda zımni bir hukuk seçiminden söz edilebileceği, ancak bunların hiçbirisinin tek başına bir hukuk seçiminin delili olamayacağı, bunlardan birkaçının bir arada belli bir ülke hukukunu işaret etmesi gerektiği ifade edilmektedir.<sup>83</sup> Bu konu internet üzerinden akdedilen tüketici sözleşmeleri açısından incelemeye değerdir. Bu konu aşağıda incelenecektir.

Diğer taraftan, açık ya da tereddüde yer vermeyecek şekilde anlaşılabilen zımni bir hukuk seçimi ortada yokken, hâkimin taraf iradelerini tahmin ederek, bir hukuk seçimi yapmış olsalar hangi hukuku seçeceklerini belirlemesi şeklindeki farazi hukuk seçimi mümkün değildir.<sup>84</sup> Hâkimin sözleşmede boşluk olduğunu düşündüğü durumlarda bu boşluğu taraf iradelerini tahmin suretiyle doldurması olarak nitelendirilebilecek bu durum, hukuk seçimi konusunda uygulanabilir değildir. Zira kanunda, hukuk seçiminin bulunmaması halinde uygulanacak hukukun ne suretle belirleneceği zaten belirtilmektedir.<sup>85</sup>

78 Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe (n 59) 276 ; Doktrinde, kanundaki bu düzenleme şekliyle, zımni hukuk seçiminin sınırlarının oldukça dar tutulmasının amaçlandığı, kesin olarak anlaşılacak bir hukuk seçimi yoksa, hukuk seçimini araştırmak yerine kolaylıkla objektif olarak uygulanması gereken hukukun belirlenmesinin yolunun açıldığı ifade edilmektedir. Nomer (n 57) 323. Aynı yönde bkz. Turgut Turhan, "İsviçre Devletler Özel Hukuku Federal Kanununda Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk ve Türk Hukuku" (1990) Vol 41(1-4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 119, 126.

79 Arslan (n 63) 5 ; Nomer (n 57) 322 ; Tekinalp (n 60) 341.

80 Arslan (n 63) 11 ; Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe (n 59) 277 ; Bu son halde tereddüde yer vermeyecek bir hukuk seçiminin kabul edilebileceği belirtilmektedir. Diğer taraftan, iddia ve savunmaların lex foriye uygun olarak yapılması halinde bir hukuk seçiminden değil, bilgisizlikten söz edilmesi gerektiği, bu nedenle açık bir seçim yoksa objektif olarak uygulanması gereken hukukun belirlenmesi gerektiği konusunda bkz. Nomer (n 57) 323.

81 Nomer (n 57) 324.

82 Tekinalp (n 60) 341.

83 Arslan (n 63) 14 ; Hatice Özdemir Kocasakal, "Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m.24 Çerçevesinde Tespiti Ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanması Kuralları" (2010) 30 (1-2) MHB 27, 45 ; Nomer (n 57) 325 ; Tekinalp (n 60) 342.

84 Arslan (n 63) 15 ; Özdemir Kocasakal (n 83) 44 ; Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe (n 59) 277.

85 Farazi hukuk seçimi konusunda ayrıntılı bilgi için Tekinalp (n 60) 342 vd.

MÖHUK 24/(2) maddesine göre, taraflar, seçtikleri hukukun sözleşmenin bir kısmına veya tamamına uygulanacağını kararlaştırabilirler. Böylelikle taraflar, sözleşmenin belli bir kısmına uygulanacak hukuku belirleyerek kısmi hukuk seçimi yapabilirler. Şüphesiz taraflar, sözleşmenin belirlenen kısımlarını farklı ülkelerin hukuklarına da tâbi kılabilirler. Örneğin, satıcının yükümlülükleri için satıcının işyerinin, alıcının yükümlülükleri için alıcının işyerinin bulunduğu yer hukuku<sup>86</sup>, ya da her bir ifa için ifa yeri hukuku kararlaştırılabilir. Kısmi hukuk seçimi yapılabilmesi için sözleşmenin hukuki ve iktisadi açıdan bölünebilir olması<sup>87</sup> ve karşılıklı hak ve borçlar bakımından karışıklığa sebebiyet verilmemesi gerektiği doktrinde belirtilmektedir.<sup>88</sup>

MÖHUK'un 2/(4) maddesine göre, hukuk seçimi yapılması halinde seçilen hukukun maddi hükümleri uygulanır. Tarafların açık olarak kararlaştırmaları halinde, seçtikleri hukukun kanunlar ihtilafı kuralları da hukuk seçimi kapsamına dâhil edilebilir. Bu durumda uygulanacak hukukun belirlenmesi, seçilen hukukun kanunlar ihtilafı kurallarına tâbi olacaktır.

Taraflar, hukuk seçimi yaparken seçilen hukukla ilgili herhangi bir sınırlama söz konusu değildir. Seçilen hukukun sözleşme ile ilişki içinde bulunması aranmaz. Taraflar, sözleşmeyi diledikleri hukuk nizamına tâbi tutabilirler.<sup>89</sup> Tüketici sözleşmeleri, iş sözleşmeleri gibi özel sözleşmelerde dahi, seçilen hukukla sözleşme ilişkisi arasında bir irtibat bulunması zorunlu değildir.<sup>90</sup> Buna karşılık, sözleşmenin zayıf tarafı olan tüketici ve işçiyi korumak için gerekli olan koruma, MÖHUK sisteminde, tüketicinin mutad meskeni hukukunun ve işçinin mutad işyeri hukukunun emredici hükümlerinin sağladığı asgari koruma saklı tutularak tesis edilmiştir.

Uluslararası alanda kabul edilmiş bazı kuralların akde dâhil edilmesi anlamındaki “incorporation” konusunun da hukuk seçimi ile ilgisine değinilmelidir. Bu kurallar, milletlerarası alanda yeknesak kurallar yaratmak ve milletlerarası ticarete hukuki güven oluşturmak amacıyla meydana getirilmiş olan kural, kodlar, genel şartlar ve uygulamalardır. Milletlerarası ticari sözleşmelerde sıklıkla karşılaşılan bu kurallara yapılan atıflar, emredici ve tamamlayıcı kuralları olan bir devlet hukukunun seçilmemiş olması nedeniyle hukuk seçimi olarak kabul edilmemektedir. Şüphesiz bu kurallara yapılan atıflar, objektif olarak belirlenen hukukun kurallarına göre, iç hukuktaki

86 Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe (n 59) 277.

87 Tekinalp (n 60) 338. Sözleşmenin muhteva itibarıyla birbirinden ayrılamayacak kısımları için farklı hukukların seçilemeyeceği belirtilmektedir.

88 Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe (n 59) 277.

89 Çelikel, Erdem (n 47) 342 ; Nomer (n 57) 326 ; Özdemir Kocasakal (n 83) 30 ; Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe (n 59) 281 ; Tekinalp (n 60) 337.

90 Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe (n 59) 281 ; Karş. Çelikel, Erdem (n 47) 342. İsviçre hukukunda, tüketici sözleşmeleri ve işçi buluşlarına ilişkin sözleşmeler için hukuk seçimi imkânı bulunmamaktadır. İş sözleşmelerinde hukuk seçimi ise, işçinin mutad meskeni, işverenin işletmesinin, mutad meskeninin ya da ikametgahının bulunduğu yer hukukları ile sınırlandırılmıştır. Turhan (n 78) 129,130.

sözleşme serbestisi çerçevesinde değerlendirilerek emredici kurallara uygun düştüğü ölçüde uygulama alanı bulacaktır.<sup>91</sup>

Hukuk seçimi yapılması halinde sözleşmenin varlığı ve maddi geçerliliği MÖHUK 32/(1) çerçevesinde seçilen hukuka tâbidir. Bu kapsamda, hukuk seçiminin geçerliliği de esasa uygulanacak olan seçilen hukuka tâbi olacaktır.<sup>92</sup> Buna karşılık, taraflar arasındaki sözleşmenin herhangi bir sebeple geçersiz olması halinde, yapmış oldukları hukuk seçiminin geçerliliğini korumaya devam edip etmeyeceği ayrı bir sorun teşkil etmektedir. Böyle bir durumda hukuk seçimi anlaşmasının da geçersiz sayılması, tarafların geçersiz olan bu sözleşmeden kaynaklanan hak ve borçlarının önceden bilmedikleri ve öngörmedikleri bir hukuka tâbi tutulması sonucunu doğuracaktır. Doktrinde, taraflar arasındaki sözleşme geçersiz olsa dahi hukuk seçiminin geçerliliğini koruyacağı ve karşılıklı taleplerin bu hukuka göre belirleneceği ifade edilmektedir.<sup>93</sup> Doktrinde, hukuk seçimi anlaşmasının, esas sözleşmeden bağımsız ve ayrılabilir bir sözleşme olarak kabul edilmesi ile, esas sözleşmenin geçersiz kabul edilmesi halinde bu geçersizliğin sonuçlarının taraflarca belirlenen hukuka tâbi olmasının sağlanacağı belirtilmektedir.<sup>94</sup>

MÖHUK 24/(3) maddesine göre, hukuk seçimi taraflarca her zaman yapılabileceği gibi, sonradan değiştirilebilir. Sözleşmenin kurulmasından sonra yapılan bir hukuk seçimi ya da seçilmiş olan hukukun değiştirilmesi, üçüncü şahısların hakları saklı kalmak kaydıyla geriye etkilidir. Taraflar, dava açıldıktan sonra da hukuk seçimi yapabilir ya da değiştirebilirler. Buna göre, sonradan yapılan ya da değiştirilen hukuk seçimi sonucunda üçüncü şahısların bu sözleşme dolayısıyla kazanılmış hakları ortadan kaldırılamaz ya da kötüleştirilemez. Ayrıca sözleşmenin şekli ve maddi geçerliliği sözleşmenin kurulduğu anda tâbi olduğu hukuka tâbidir.<sup>95</sup> Taraflar, sonradan yapmış oldukları hukuk seçimi ile geçersiz olan bir sözleşmeyi geçerli hale getiremezler. Bunun gibi, şeklen geçerli olan bir sözleşme, sonradan kabul edilen hukuka göre şekil noksanlığı sebebiyle geçersiz hale gelmez. Sonradan seçilen hukuktaki maddi geçersizlik sebepleri esasa ilişkin konular olduğundan, üçüncü şahısların hakları saklı kalmak üzere, somut olaya göre değerlendirme yapmak gerekir.

Davanın açıldığı mahkemenin hukukunun uygulanacağı şeklindeki şartlı hukuk seçiminin de geçerli olduğu doktrinde ifade edilmektedir.<sup>96</sup> Şüphesiz bu durumda da seçilen hukuk davanın açılması ile belli olacağından, sözleşmenin şekli ve maddi geçerliliğine ilişkin konular ve üçüncü şahısların hakları saklıdır.

91 Özdemir Kocasakal (n 83) 37 ; Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe (n 59) 280 ; Cemal Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, (6th edn Beta 2016) 57 ; Tekinalp (n 60) 339.

92 Nomer (n57) 325 ; Tekinalp (n 60) 335 ; İsviçre hukukunda bu konu kanunda açıkça yer almaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Turhan (n 78) 124 ; Karş. Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe (n 59) 282.

93 Özdemir Kocasakal (n 83) 29 ; Nomer (n 57) 321 ; Tekinalp (n 60) 335.

94 Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe (n 59) 281,282 ; Şanlı (n 91) 49.

95 Özdemir Kocasakal (n 83) 31 ; Tekinalp (n 60) 340.

96 Özdemir Kocasakal (n 83) 31 ; Nomer (n 57) 327.

Sözleşmeye uygulanacak hukuk, seçilen devletin sözleşmenin kurulduğu anda yürürlükte olan hukuktur. Taraflar, yürürlükte olmayan bir hukukun uygulanmasını kararlaştıramazlar.<sup>97</sup> Seçilen hukukta sonradan meydana gelebilecek değişikliklerin uygulanıp uygulanmayacağı konusunda doktrinde farklı görüşler vardır. Bu konuda TEKİNALP, tarafların anlaşmasının en uygun çözüm olacağı, ancak anlaşma sağlanamazsa, hukuk güvenliği açısından sonradan meydana gelen değişikliklerin uygulanmaması gerektiği görüşündedir.<sup>98</sup> NOMER, sonradan meydana gelen değişikliklerin seçilen hukukun yaşayan bir hukuk olmasından kaynaklandığı, tarafların sonradan meydana gelen öngörmedikleri değişikliklerin uygulanmamasını istemekte haklılık payı olsa da, taraflara bu hakkı tanınmanın, sonradan yapılan değişikliklerle ortadan kalkan emredici kurallardan kurtulamama veya yeni emredici kurallardan kurtulma sonuçlarına yol açacağı, özetle sonradan meydana gelen değişikliklerin de uygulanacak hukuka dâhil olduğunu belirtmektedir.<sup>99</sup> ŞANLI, tarafların seçilen hukukun sözleşmenin kurulduğu andaki haliyle uygulanacağı konusunda anlaşabileceği, ancak seçilen hukukta meydana gelen değişikliğin geçmişe şamil olan ve kamu düzenini ilgilendiren değişiklikler olması halinde bu değişikliklerin de uygulanması gerektiği görüşündedir.<sup>100</sup> ÖZDEMİR KOCASAKAL, MÖHUK'ta seçilen hukukun sonradan değiştirilebilmesi imkânının taraflara tanınmış olduğu, tarafların bir hukuk sistemini seçtikleri, bunda zaman içinde değişiklikler meydana gelmesinin doğal olduğu, bu nedenle meydana gelen değişiklik, bu hukukun seçilmesindeki menfaatleri ortadan kaldırmakta ise seçimin değiştirilebileceği gerekçesiyle sonradan meydana gelen değişikliklerin uygulanması gerektiği görüşündedir.<sup>101</sup>

Kanaatimizce konuya sadece emredici kurallar açısından değil, sözleşmenin kuruluş anındaki menfaatler dengesi açısından yaklaşmak gerekmektedir. Taraflar, belli bir hukukun uygulanmasını kararlaştırırken, irade muhtariyeti çerçevesinde, sözleşmenin kurulması esnasında taraflar arasındaki menfaatler dengesini sağlayan bir hukuk sistemini seçmektedirler. Bu hukuk sisteminde sonradan meydana gelen bir değişikliğin, emredici olmayan tamamlayıcı hükümler açısından da sözleşme taraflarından birinin durumunu diğer taraf lehine kötüleştirici etki yaratması muhtemeldir. Bu durumda karşılıklı anlaşma ile seçilen hukukun değiştirilmesi de mümkün olmayacaktır. Taraflar, seçilen hukuk sisteminde her zaman değişiklik olabileceğini öngörebilecek durumda olsalar da, bu değişikliklerin kapsamını öngörme olanakları yoktur. Taraflara tanınacak seçilen hukuku sabitleştirme imkânı, bu öngörünün dikkate alınması ve irade muhtariyeti prensibinin hayata geçirilmesi için

97 Tekinalp (n 60) 340.

98 ibid 341.

99 Nomer (n 57) 328.

100 Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe (n 59) 283 ; Şanlı (n 91) 50.

101 Özdemir Kocasakal (n 83) 35-36.



kanaatimce zorunludur. Şüphesiz yapılan değişikliklerin kamu düzenini ilgilendirmesi halinde bu değişiklikler uygulanacaktır.

Hukuk seçiminde, doktrinde farklı görüşlerin oluşmasına sebep olan bir başka konu, objektif açıdan herhangi bir yabancılık unsuru taşımayan bir sözleşmede hukuk seçiminin mümkün olup olmadığıdır. Doktrinde bir görüş, MÖHUK'un 1. maddesi gereğince, bu kanunun kapsamına sadece yabancılık unsuru taşıyan hukuki ilişkilerin girdiği, kişi ya da yer bakımından herhangi bir yabancılık unsuru taşımayan bir ilişkide MÖHUK m.24 uyarınca hukuk seçiminin uygulanamayacağı yönündedir. Bu görüş taraftarlarına göre, böyle bir hukuk seçimi hakkının tanınması, iç hukuktaki emredici kurallardan kaçışı sağlayacaktır.<sup>102</sup>

Bu konuda doktrinde ileri sürülen bir diğer görüş ise, yer ya da kişi bakımından bir yabancılık unsuru içermese dahi, sözleşmeden kaynaklanan uyumsuzluklara yabancı bir hukukun uygulanmasının taraflarca kararlaştırılabileceği yönündedir. Bu görüşe göre, yabancılık unsuru, sözleşmenin birden fazla hukuk sistemi ile ilişkisidir ve sözleşme serbestisi gereğince taraflarca yapılan böyle bir seçim, bu ilişkiyi tesis ederek sözleşmeyi yabancı unsurlu bir sözleşme haline getirmektedir.<sup>103</sup> Yargıtay'ın da bu istikamette kararları mevcuttur.<sup>104</sup>

Kanaatimizce de, taraf menfaatlerinin ön planda tutulduğu sözleşme ilişkilerinde, tarafların sözleşmenin farklı bir hukuk sistemine tâbi olmasını kararlaştırmalarını yasaklayan bir hüküm hukukumuzda bulunmamaktadır. MÖHUK'un 1. maddesindeki, bu kanun hükümlerinin sadece yabancılık unsuru taşıyan hukuki ilişkilere uygulanacağı şeklindeki hüküm, yabancılık unsuru olmayan sözleşmelerde hukuk seçimi yapılamayacağı şeklinde yorumlanamaz. Zira MÖHUK 24. Maddesinin ilk cümlesi, “sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri hukuka tâbidir” şeklindeki ifadesiyle, taraflara hukuk seçimi konusunda verilen bir izni değil, hukuk seçimi halinde, seçilen bu hukukun uygulanacağını ortaya koymaktadır.<sup>105</sup> Sözleşmeye yabancı bir hukukun uygulanmasının kararlaştırılmasının sözleşmeyi bu hukuk sistemiyle irtibatlı hale getireceğinden şüphe duyulmaması gerekir. Bu konuda, tarafların iradeleri ile suni bir yabancılık unsuru yarattıkları şeklindeki görüş isabetli değildir. Borçlar hukuku sözleşmelerinde zaten en temel faktör taraf iradeleridir. Tarafların hiçbir yabancılık unsuru taşımayan bir sözleşmeyi yabancı bir ülkeye giderek imzalamaları da taraf iradesi ile yaratılan bir yabancılık unsuru olacaktır ve bunun önünde hiçbir engel yoktur. Her ne kadar bu imkânın tanınması halinde emredici hükümlerden kaçışın sağlanacağı ileri sürülse de, kamu düzeninden olan

102 Özdemir Kocasakal (n 83) 33 vd, ayrıca s. 33 dn.19'da sayılan yazarlar.

103 Çelikel, Erdem (n 47) 341 ; Nomer (n 57) 320 ; Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe (n 59) 283 vd.

104 Yarg. HGK, 1998/12-287 E., 1998/325 K. sayılı, 06.05.1998 tarihli kararı ; Yarg. 11. HD 2006/8585 E., 2006/12877 K. Sayılı ve 07.12.200 tarihli kararı

105 Hukuk seçimi imkânının MÖHUK m.24 ile tanındığı konusunda bkz. Özdemir Kocasakal (n 83) 33.

ya da doğrudan uygulanan kural niteliğinde olan kurallar zaten hukuk seçiminden etkilenmeksizin uygulanacaktır. İrade muhtariyetinin varlık sebebinin tarafların menfaatine hizmet etmek olduğu ve bu amacı ortadan kaldıracak sınırlamaların ilkenin varlık sebebini ortadan kaldıracağı gerçeği karşısında, bu konuda tarafların iradelerinin yok sayılmasının doğru olmadığı kanaatindeyiz.

### 3. Hukuk Seçimi Yapılmaması Halinde Objektif Kurala Göre Uygulanacak Hukuk

Sözleşmenin taraflarınca sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklara uygulanacak olan hukukun seçilmemiş olması halinde, önceleri tarafların farazi iradelerinin hâkim tarafından tespiti ile uygulanacak olan hukukun belirlenmesi yoluna gidilmekte idi. Buna göre hâkim, taraflarca bir hukuk seçimi yapılmış olsa idi hangi hukuku seçecekleri konusunda tarafların iradelerini tespit ederek uygulanacak hukuku buna göre belirlemekteydi. Bu kapsamda İsviçre Federal Mahkemesi tarafından ilk zamanlarda kullanılan ölçüt, tarafların farazi iradesinin sözleşmenin ifa yeri olduğu şeklindeydi.<sup>106</sup> Buna karşılık, gerek doktrinde farazi iradenin tespitine yönelik yapılan eleştiriler, gerekse de tam iki taraflı sözleşmelerde ifa yerinin tespitindeki güçlükler karşısında Federal Mahkeme tarafından farazi irade görüşünden uzaklaşmış ve uygulanacak hukukun objektif esaslara göre belirlenmesi yoluna gidilmeye başlanmıştır.<sup>107</sup> Böylelikle “en sıkı ilişkili hukuk” kavramı Federal Mahkeme tarafından uygulanması gereken objektif ölçüt olarak kullanılmaya başlanmıştır.<sup>108</sup> Önceleri en sıkı ilişkili hukuk sözleşmenin ağırlığını teşkil eden karakteristik edimin ifa yeri hukuku olarak kabul edilmekte iken, sonraları karakteristik edim borçlusunun en iyi bildiği hukuk olduğu kabul edilen ikametgâh ve sonrasında mutad meskeni hukuku en sıkı ilişkili hukuk olarak kabul edilmeye başlanmıştır.<sup>109</sup>

2007 yılında 5718 Sayılı MÖHUK’un kabulünden önce yürürlükte olan 2675 sayılı MÖHUK<sup>110</sup>’un 24. maddesinde, taraflarca bir hukuk seçimi yapılmamış olması halinde, sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklara sözleşmenin ağırlıklı ediminin ifa yeri hukukunun uygulanması kabul edilmekte idi.<sup>111</sup> 5718 sayılı MÖHUK’un kabulü ile birlikte, bu kanunun 24. maddesi ile getirilen düzenlemeye göre, sözleşme ile en sıkı ilişkili hukukun veya daha sıkı ilişkili hukukun uygulanması esasları kabul edilmiştir.<sup>112</sup> Sözleşmelere uygulanacak hukuka ilişkin kurallar 5718 Sayılı MÖHUK’un 24 ila 33. maddelerinde düzenlenmiştir. 24. Maddede genel olarak sözleşmelere uygulanacak

106 Çelikel, Erdem (n 47) 345 ; Tekinalp (n 60) 342.

107 Tekinalp (n 60) 342, 343.

108 Çelikel, Erdem (n 47) 345.

109 Çelikel, Erdem (n 47) 346 ; Tekinalp (n 60) 343.

110 Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 2675, Kabul Tarihi: 20.05.1982, RG 22.05.1982/17701.

111 Çelikel, Erdem (n 47) 351 ; Nomer (n 57) 329 ; Tekinalp (n 60) 348.

112 Nomer (n 57) 329.

olan hukuk belirlenmiş iken, takip eden maddelerde bazı özellikli sözleşmelere uygulanacak olan hukuka ilişkin kurallar özel olarak tespit edilmiştir. Buna göre, taşınmazlara ilişkin sözleşmeler, tüketici sözleşmeleri, iş sözleşmeleri, fikri mülkiyet hukukuna ilişkin sözleşmeler ve eşyanın taşınmasına ilişkin sözleşmeler özellikli sözleşmeler olarak kabul edilerek farklı kurallara tabi tutulmuştur. Kanunun 31 ile 33. Maddeleri arasında ise sözleşmelere uygulanacak ortak hükümler düzenlenmiştir.<sup>113</sup>

Kanunun 24. maddesine göre, taraflarca hukuk seçimi yapılmamış olması halinde sözleşmeden doğan ilişkiye o sözleşme ile en sıkı ilişkili olan hukuk uygulanır. Kanunda genel kural bu şekilde tespit edildikten sonra en sıkı ilişkili hukukun hangisi olduğu konusunda bir karineye yer verilmiştir.<sup>114</sup> Buna göre karakteristik edim borçlusunun sözleşmenin kuruluşu anındaki mutad meskeni hukuku sözleşme ile en sıkı ilişkili hukuktur. 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 en sıkı ilişkili hukuktur.<sup>115</sup> Kanunda, karakteristik edim borçlusunun yerleşim yeri hukukuna yer verilmemiş, borçlunun daha sıkı hayat ilişkileri içinde olduğu mutad meskeni hukukuna daha aşına olduğu kabul edilerek mutad meskeni hukukunun uygulanması kabul edilmiştir. Buna paralel olarak ticari ve mesleki faaliyetler ile ilgili sözleşmelerde yerleşim yeri ve şirketlerde buna karşılık gelen idare merkezi hukuku yerine işyerinin bulunduğu yer hukukunun uygulanacağı kabul edilmiştir.<sup>116</sup> Bu tür sözleşmelerde işyerinin bulunmaması halinde yerleşim yeri hukuku uygulanacaktır. Borçlunun birden fazla işyeri varsa sözleşme ile en sıkı ilişkili işyerinin bulunduğu yer hukuku uygulanacaktır.

Kanunda geçen karakteristik edimin kavramı tanımlanmamış olmakla birlikte, doktrinde, sözleşmeye hukuki özelliğini veren, sözleşmeyi karakterize eden, ona damgasını vuran, diğerine nazaran daha rizikolu olan edim olarak tanımlanmaktadır.<sup>117</sup> Bağışlama sözleşmesi gibi tek taraflı sözleşmelerde karakteristik edimin tespiti zorluk yaratmasa da, tam iki taraflı sözleşmelerde hangi tarafın ediminin karakteristik edim olduğu konusu incelemeye muhtaçtır. Genellikle edimi para ödemek olan tarafın edimi değil, bunun karşısındaki edim karakteristik edim olarak kabul edilmektedir. Örnek vermek gerekirse, satım sözleşmesinde satıcının edimi, kira sözleşmesinde kiraya verenin edimi, istisna sözleşmesinde eser meydana getirenin edimi karakteristik edimdir.<sup>118</sup>

113 Çelikel, Erdem (n 47) 356 ; Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe (n 59) 272.

114 Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe (n 59) 291.

115 Çelikel, Erdem (n 47) 360 ; Nomer (n 57) 330 ; Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe (n 59) 291 ; Tekinalp (n 60) 349.

116 Tekinalp (n 60) 352.

117 Nomer (n 57) 331 ; Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe (n 59) 294.

118 Şanlı, Esen ve Ataman Fıganmeşe (n 59) 294 ; Tekinalp (n 60) 349.

Buna karşılık bazı sözleşmelerde tarafların karşılıklı edimleri arasında hangisinin karakteristik edim olduğunu tespit edebilecek belirgin önem farkları bulunmaz. Trampa sözleşmesi buna örnek verilebilir. Bu tür sözleşmelerde taraflardan birinin edimini karakteristik edim olarak belirleyip diğer edime tercih etmek imkânı bulunmamaktadır. Karakteristik edimin tespitinin mümkün olmadığı bu durumlarda, kanunda en sıkı ilişkili hukukun belirlenmesi konusunda sözü geçen karakteristik edim karinesini uygulamak yerine, sözleşmenin diğer özellikleri göz önünde tutularak en sıkı ilişkili hukukun tespit edilmesi gerekmektedir.<sup>119</sup> Bunun tespiti somut olayın kendi şartları içinde değerlendirilmesi ile mümkün olabilecektir. Bu durumda edimlerin ifa yeri, sözleşmenin kurulduğu yer, sözleşmenin dili, yetkili kılınan mahkeme gibi sözleşmede bir ülkenin hukuku ile irtibatı sağlayabilecek tüm unsurların göz önünde tutulması ve en sıkı ilişkili hukukun tespit edilmesi gerekir.

MÖHUK'un 24. maddesinin son cümlesinde bir istisna hükmüne yer verilmiştir. Buna göre, halin bütün şartlarına göre sözleşme ile daha sıkı ilişkili bir hukuk tespit edilirse, sözleşmeye bu hukuk uygulanır. Kanunda, en sıkı ilişkili hukukun uygulanması gerektiği belirtildikten sonra, daha sıkı ilişkili bir hukuktan söz edilmesi çelişkili görünse de, bu hüküm, karakteristik edim karinesinin kesin olmayan bir karine olduğunu belirtmek amaçlıdır.<sup>120</sup> Bu anlamda bu istisna kuralı düzeltici bir etkiye sahiptir.<sup>121</sup> Sözleşmedeki karakteristik edim tespit edildikten sonra, bu edimin borçlusunun mutad meskeni hukukuna nazaran, sözleşme ile daha sıkı ilişkili bir hukukun tespit edilmesi halinde artık bu karinenin uygulanabilirliği ortadan kalkacak, sözleşme daha sıkı ilişkili olan bu hukuka tâbi olacaktır.<sup>122</sup>

MÖHUK ile getirilen objektif bağlama kuralı çerçevesinde internet üzerinden akdedilen sözleşmelerde uygulanacak hukukun belirlenmesinin diğer sözleşmelere nazaran herhangi bir özelliğinin bulunmadığı görülmektedir. Zira internet üzerinden akdedilen sözleşmeler, sözleşmenin kuruluşu ve bazı durumlarda ifanın şekli konusunda özellik arz etmektedir. Bunun dışında diğer sözleşmelerden herhangi bir farkı bulunmamaktadır. Bu nedenle karakteristik edimin belirlenmesinin ardından karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni veya işyeri hukuku kriterine göre uygulanacak olan hukuk belirlenecektir. Web siteleri üzerinden kurulan sözleşmelerin konusu genellikle mal satımı, içerik sağlama ya da istisnai de olsa danışmanlık sözleşmeleri olduğundan bir tarafın edimi mal ya da hizmet sağlama, diğer tarafın edimi ise belli bir paranın ödenmesi olmaktadır. Bu nedenle karakteristik edimin web sitesi sahibinin mal ya da hizmet sağlama şeklindeki edimi olduğu belirgindir. Elektronik posta yoluyla kurulan sözleşmelerde sözleşme türleri ve içerikleri farklılık

119 Nomer (n 57) 334 ; Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe (n 59) 295 ; Tekinalp (n 60) 350.

120 Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe (n 59) 296.

121 Bu kuralın mülga MÖHUK'ta düzenlenen yardımcı kuraldan farklı olarak "gerçek" bir istisna kuralı olduğu konusunda bkz. Çelikel, Erdem (n 47) 353, 360.

122 Çelikel, Erdem (n 47) 360 ; Nomer (n 57) 330 ; Şanlı, Esen ve Ataman Figanmeşe (n 59) 296.

gösterebileceğinden, karakteristik edimin tespiti bu yolla kurulan sözleşmelerde özellik arz edebilir.

Bu noktada 24/4. maddenin son cümlesi çerçevesinde sözleşme ile daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunup bulunmadığının tespiti konusunda internet üzerinden akdedilen sözleşmelerin bir özelliğinin bulunup bulunmadığı sorusu akla gelmektedir. Ancak bu konu da sözleşmenin hükümleri ve somut olayın özellikleri çerçevesinde incelenmesi gereken bir konu olup, sözleşmenin kuruluşu ve ifası aşamasında farklılıklar gösteren bu sözleşmelerin, bu konuda karakteristik bir özelliği bulunmamaktadır.

## C. İnternet Üzerinden Akdedilen Tüketici Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk

### 1. Genel Olarak

İnternet üzerinden kurulan sözleşmeler konusunda çözüm bekleyen problemlerin büyük bir çoğunluğu web sitesi üzerinden kurulan sözleşmelerde yoğunlaşmaktadır. Zira elektronik posta ile kurulan sözleşmelerde tarafların iradeleri elektronik posta mesajının içeriğinde sabittir ve geleneksel yollardan kurulan sözleşmeler gibi iradelerin yorumlanması suretiyle çözüme gidilebilmektedir. Bu yolla kurulan sözleşmelerin ifaları da bazı istisnalar dışında<sup>123</sup> genellikle geleneksel yollardan yapılmaktadır. EDI konusunda da durum aynı olup, esasında EDI yoluyla kurulan ilişkiler bir çerçeve sözleşmenin kapsamındadır. Ancak world wide web, internetin sunduğu olanakların en geniş şekilde kullanıldığı ortam olduğundan, sözleşmenin akdedilmesinden ifasına kadar tüm aşamaların bu yolla gerçekleştirilmesi mümkündür ve bu yolla kurulan sözleşmelerde tarafların iradelerini tespit edip yorumlamak da kurulan ilişkinin karmaşıklığının bir sonucu olarak son derece zordur. Tüm bu zorlukların yanında web sitesi üzerinden kurulan sözleşmelerin genellikle tüketicilere mal ve hizmet sunmak amaçlı sözleşmeler olduğu bir gerçektir. Web siteleri üzerinden kurulan sözleşmelerin genellikle tüketici sözleşmeleri olması, bu sözleşmeler açısından tüketici hukukunu önemli kılmakta ve bu sözleşmelerin tüketicinin korunması açısından incelenmesini zorunlu kılmaktadır. Zira sözleşmelerde zayıf konumda bulunan tüketicilere dayatılan genel işlem şartlarının sözleşmelere dâhil edilmesi web sitesi üzerinden kurulan sözleşmelerde diğer sözleşmelere nazaran daha kolaydır.<sup>124</sup> Çünkü geleneksel yollardan akdedilen sözleşmelerde ne imzaladığının farkında olduğu farz edilen tüketici, web sitesi üzerinden kurulan sözleşmelerde “kabul” butonunu tıklarken kabul ettiği şartların ne olduğunu çok zaman görmemektedir bile.<sup>125</sup>

123 Danışmanlık konusu bilginin e-posta ile gönderilmesi veya e-posta ile müzik gibi içeriklerin gönderilmesi durumlarında istisnai olarak bu tür bir durumla karşılaşılması mümkündür.

124 Demir (n 4) 204.

125 Sarıman (n 39) 105.

Yukarıda da vurgulandığı üzere internetin sınır ötesi karakteri sonucunda, internet üzerinden dünyanın her yanındaki sanal mağazalara girmek ve dünyanın her yerinden müşterilere ulaşmak mümkündür. Bu da internet üzerinden kurulan hukuki ilişkilere, gerek kanunlar ihtilafı gerekse de yargı yetkisi bakımından Devletler Özel Hukuku'nun müdahalesini gerekli kılmaktadır. Web sitesi üzerinden kurulan sözleşmelerin genellikle tüketici sözleşmeleri olması gerçeği karşısında, sınır ötesi yapılan bu alışverişlerde tüketicinin korunması konusunda Devletler Özel Hukuku, tüketicie tam korumanın ve hukuk güvenliğinin sağlanabilmesi açısından önemli ve kritik bir noktada bulunmaktadır. Bu nedenle internet üzerinden kurulan tüketici sözleşmeleri çalışmada ayrı bir başlık altında incelenmiştir.

Tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukuk konusundaki açıklamalara geçmeden önce tüketici sözleşmesinin tanımının yapılması gerekmektedir.

Tüketici sözleşmelerinin tanımı, objektif ve sübjektif kriterlere göre yapılmaktadır. Sübjektif olarak yapılan tanıma göre, tüketici sözleşmesi taraflarından birini tüketicinin oluşturduğu sözleşmedir.<sup>126</sup> Tanımdan da anlaşılacağı üzere tüketici sözleşmesinin belirleyici unsuru tüketicidir ve bu nedenle öncelikle tüketici kavramının tanımlanması zorunludur. 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un<sup>127</sup> 3. maddesinde tüketici kavramı tanımlanmıştır. Buna göre tüketici, "*ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi*" dir. Buna göre bir kişinin tüketici olarak kabul edilebilmesi için bir mal ya da hizmeti kendisinin veya ailesinin özel ihtiyacı için satın alması gerekmektedir. Mesleki veya ticari bir amaç güdülmesi halinde tüketiciden ve dolayısıyla tüketici akdinden söz edilmesi mümkün olmayacaktır.<sup>128</sup> Kanunun 3. maddesinde ayrıca "tüketici işlemi" kavramı da tanımlanmış olup, buna göre tüketici işlemi, "*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, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlem*"dir. Tüketici işlemi kavramından yola çıkılarak yapılan nitelendirme ise tüketici sözleşmelerini objektif olarak tanımlamaktadır.<sup>129</sup> Sözleşmenin tüketici dışındaki tarafına ve yapılan işlemin hukuki niteliğine de vurgu yapan bu tanımlama, amaca daha uygun görünmektedir. Bu tanıma göre, bir işlemin tüketici işlemi sayılması için sözleşmenin diğer tarafının ticari ve mesleki amaçlarla hareket

126 Gezder (n 15) 4.

127 Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 6502, Kabul Tarihi: 07.11.2013, RG 28.11.2013/28835.

128 Tüketicinin ve tüketici sözleşmesinin mukayeseli hukuk çerçevesinde tanımı ve geniş bilgi için bkz. Günseli Öztekin Gelgel, *Türk Devletler Özel Hukukunda Tüketici Akitlerine İlişkin Sorunlar*, (Filiz 2000) 9 vd ;

129 Gezder (n 15) 4.

eden bir kişi olması şarttır.<sup>130</sup> Bunun sonucu olarak, bir tüketicinin, mesleki amaçla hareket etmeyen kişilerle yapmış olduğu işlemler tüketici işlemi sayılmayacaktır. Bir kişinin kullanmadığı bir eşyasını satması, başka bir ev almak üzere mevcut evini satması mesleki amaçla yapılmayan işlemlere örnektir.

Tüketici sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklara uygulanacak hukuk, MÖHUK'un 26. Maddesinde belirlenmiştir. Buna göre tüketici sözleşmelerine, öncelikle tüketicinin mutad meskeni hukukunun sağladığı asgari koruma saklı kalmak üzere tarafların seçtiği hukukun uygulanması, bir hukuk seçiminin bulunmaması halinde ise belli şartlar dahilinde tüketicinin mutad meskeni hukukunun uygulanması esası getirilmiştir.

## 2. Tüketici Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi

Maddenin birinci fıkrasında, tüketici sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklara öncelikle tarafların seçtiği hukukun uygulanacağı belirtilmektedir. Hukuk seçimi konusundaki açıklamalar yukarıda yapılmıştı. Geçerli bir hukuk seçiminin varlığı için hukuk seçiminin açık ya da sözleşme hükümlerinden veya hâlin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilir olması gerekmektedir. Bunun tüketici sözleşmelerindeki varlığı konusu aşağıda incelenecektir.

Ancak irade muhtariyetinin bazı sözleşme tipleri için sınırlanması gerekmektedir. Bu sınırlamada çeşitli menfaatler rol oynamaktadır. Tüketiciler, gerek pazarlık güçlerinin bulunmaması, gerek örgütlü olmamaları, gerekse de sözleşmenin hukuki mahiyetini anlama konusunda daha bilgisiz ve tecrübesiz olmaları nedeniyle sözleşmenin karşı tarafına nazaran her zaman daha zayıf konumda kabul edilirler.<sup>131</sup> Bu nedenle, irade muhtariyetinin sınırlandırılmasında, tüketicinin bireysel menfaatinin korunması yanında, devletlerin sosyo – ekonomik politikaları nedeniyle akdin zayıf tarafını koruma konusundaki menfaati de rol oynamaktadır.<sup>132</sup> Bu nedenle tüketici sözleşmelerinde irade muhtariyetinin tanınması, hiç tanınmaması ve sınırlandırılması yönünde tartışmalar yaşanmış olsa da<sup>133</sup>, netice itibarıyla hem özel hukuk ve hem de kamu hukuku karakterli olan tüketici sözleşmelerinde<sup>134</sup> tüketicinin korunması amacıyla irade muhtariyetinin sınırlanması genel kabul görmektedir.

130 Tüketicilerin yukarıda açıklamış olduğumuz zayıflığına vurgu yapan ve tüketicinin korunması gereken menfaatini ön plana çıkaran bir başka tanıma göre ; “Tüketici aktileri, karşı âkide nazaran ekonomik açıdan ve pazarlık gücü açısından zayıf, giriştiği hukuki işlemin anlam ve mahiyetini anlamak bakımından genellikle bilgisiz, tecrübesiz, ilgisiz1 ve yeterince örgütlü olmaması sebebiyle akdin tipik zayıf tarafı2 ya da sosyal yönden zayıf tarafı olarak kabul edilen tüketici ile kendi işinin ya da mesleğinin icabı olarak akit yapan tacir arasında akdedilen ve mal ve hizmet satımını konu edinen aktilerdir.” Gülin Güngör, “Tüketicinin Mutad Meskeni Hukuku,”Düşünsel Temeller” (2008) Vol 57 (2) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 115, 116.

131 Güngör (n 63) 22,23.

132 ibid 33.

133 Tüketici sözleşmelerinde irade muhtariyeti ilkesi ve sınırlandırılmasına ilişkin görüşler hakkında geniş bilgi için bkz. Güngör (n 63) 74 vd.

134 Öztekin Gelgel (n 128) 13 ; Güngör (n 130) 117.

Taraflardan birinin zayıf konumda bulunduğu tüketici sözleşmelerinde irade muhtariyetinin mutlak manada tanınması bu imkânın kötüye kullanılması sonucuna yol açacaktır. Sözleşmede kuvvetli olan taraf kendi lehine hükümler içeren hukukun uygulanmasını sözleşmenin diğer tarafına dayatacaktır.<sup>135</sup> Bu nedenle zayıf olan tarafın korunması amacıyla irade muhtariyeti prensibine bazı sınırlamalar getirilmektedir. Böyle durumlarda hukuk seçiminin tamamen reddedilmesi gerektiği dahi savunulmaktadır.<sup>136</sup>

Ancak bu konuda genel olarak kabul edilen prensip hukuk seçiminin sınırlandırılmasıdır. Bu sınır genellikle “tüketicinin mutad meskeni hukuku” ile çizilmektedir. Tüketiciyi en iyi koruyan kuralların, en iyi bildiği hukuk olmasından hareketle mutad meskeni hukukunda yer alan tüketicinin korunmasına ilişkin kuralları olduğu genel kabul görmektedir. Bu nedenle gerek Roma Sözleşmesi’nde<sup>137</sup>, gerekse de Roma I Tüzüğü’nde<sup>138</sup> hukuk seçiminin, tüketicinin mutad meskeni hukukunun emredici kuralları ile getirilen korumayı bertaraf edemeyeceği, tüketicinin mutad meskeni hukuku daha lehe hükümler içeriyorsa bunun uygulanacağı kabul edilmiştir.

Genel itibariyle milletlerarası özel hukukta maddi hukuki sonuç gözetilmeksizin hangi hukukun tatbik edileceğine ilişkin gösterici nitelikte kurallar ile milletlerarası özel hukuk adaleti sağlanmaya çalışılmaktadır. Buna karşılık, tüketici akitlerindeki hukuk seçimi konusunda, seçimin maddi hukuktaki sonucu ön planda tutularak, seçilen hukuk ile tüketicinin mutad meskeni hukuku arasındaki karşılaştırma ile tüketicinin daha lehine olan hukuk belirlenmektedir. Tamamen tüketicinin menfaatine ve maddi hukuk adaletini sağlamaya yönelmiş olan bu durum, doktrinde “kayıрма ilkesi” olarak anlandırılmaktadır.<sup>139</sup>

MÖHUK’un 26. maddesinde de bu esasa yer verilmiş, tüketici sözleşmelerinde hukuk seçimi, tüketicinin mutad meskeni hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgari koruma saklı kalmak kaydıyla kabul edilmiştir. Tüketicinin mutad meskeninin lehe olan hükümleri ile seçilen hukukun karşılaştırılmasının yöntemi konusunda iki görüş savunulmuştur. Birinci görüş hukukların genel olarak karşılaştırılması yönünde, ikinci görüş ise somut olayda ihtilaf konusuna

135 Öztekin Gelgel (n 128) 97.

136 İsviçre IPRG 120/2. maddesinde tüketici sözleşmelerinde hukuk seçimi açıkça yasaklanmak suretiyle reddedilmiştir. Bu görüşü savunan yazarların gerekçeleri ve geniş bilgi için bkz. Öztekin Gelgel (n 128) 101 ; Güngör (n 63) 78 vd.

137 Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Konvansiyon,(m.5) (OJ 1980) L266, Türkçe çevirisi için bkz. Nuray Ekşi, “Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Konvansiyon” (1997) 17 (1-2) MHB 163-182.

138 Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Topluluğu Tüzüğü(Roma I),(m.6), (OJ 2008) L177; Tüzük hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Zeynep Derya Tarman, “Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Roma I Tüzüğü” (2009) Vol 25 (2-Ayrı Bası) BATİDER 298 - 332.

139 Doktrinde, tüketici sözleşmelerinde uygulanacak hukukun tespitinde başvuru bağlama ilkeleri, objektif bağlama kuralları yoluyla en uygun hukukun tespiti ile milletlerarası özel hukuk adaletinin sağlanması ve bu suretle tüketicinin korunmasını amaçlayan “fonksiyonel bağlama ilkesi” ve maddi hükümleri itibariyle tüketicinin en lehine sonuç doğuracak hukukun uygulanması yoluyla maddi hukuk adaletinin sağlanmasına hizmet eden “kayıрма ilkesi” olarak ikiye ayrılmıştır. Güngör (n 63) 65 vd ; Güngör (n 130) 124 vd.



uygulanabilecek kuralların karşılaştırılması yönündedir. Bu görüşlerden ikincisi baskın olarak kabul edilmektedir. Buna göre uygulanacak hukukun somut olaydaki sonuçları çerçevesinde karşılaştırılması yapılarak tüketicinin lehine olan hukuk uygulanacaktır.<sup>140</sup> Bu karşılaştırmanın hâkim tarafından yapılması gerektiği genel kabul görmektedir.<sup>141</sup>

MÖHUK'un getirmiş olduğu bu hüküm ile, zayıf durumda olan tüketicinin bu durumunun hukuk seçimi konusunda suiistimal edilmesinin önüne geçilmiştir. Bu düzenleme sonucunda, hukuk seçiminin açıklığı ve geçerliliği konusundaki inceleme kritik önemini yitirse de, geçerli bir hukuk seçiminin varlığı için gerekli şartların incelenmesi gerekmektedir.

### 3. Tüketici Sözleşmelerinde Hukuk Seçiminin Geçerliliği

Yukarıda vurgulandığı üzere tüketici sözleşmelerinde genellikle sözleşmenin diğer tarafı, tüketiciye içeriği kendisi tarafından belirlenmiş ve tamamıyla kendisini koruyan hükümlerden oluşan genel işlem şartlarını dayatmaktadır. Tüketici ise bu kişiyle sözleşme yapmak istiyorsa bu şartları kabul etmek zorundadır. Tüketici sözleşmesinin uluslararası nitelik taşıması halinde bu şartlar arasında, uyumsuzluk çıkması halinde uygulanacak hukuka ilişkin bir hüküm de bulunmaktadır. Taraflar arasındaki sözleşmenin geleneksel yollarla akdedilen bir sözleşme olması halinde bu durum hukuk seçiminin açıklığı konusunda herhangi bir problem çıkarmamaktadır. Zira tüketici, seçme hakkı olmasa da bu şartları görerek ve anlayarak kabul etmektedir. Elektronik posta ile kurulan tüketici sözleşmelerinde de böyle bir problemle karşılaşılması mümkün değildir<sup>142</sup>. Bunda da taraflar sözleşme şartlarını birbirlerinin elektronik posta adreslerine göndererek sözleşme şartlarından tüketicinin tam anlamıyla bilgisi olmaktadır. Ancak web sitesi üzerinden akdedilen tüketici sözleşmelerinde bu açıklığın sağlanıp sağlanmadığı araştırılmalıdır.

Bunun için aranması gereken ilk şart web sitesinde bulunan genel işlem şartlarının tüketicinin bilgisine sunulup sunulmadığı, tüketicinin aleyhine sonuç doğurabilecek şartların münferiden müzakere edilip edilmediğidir. Birçok web sitesinde tüketicinin genel işlem şartı niteliğindeki sözleşme koşullarını kabul ettiğini belirten butonu tıklaması istenmekte, ancak bu şartlar tüketicinin bilgisine açıkça sunulmamaktadır. Web sitesinde sözleşme koşulları bulunmakla birlikte, bu koşulları incelemek isteyen kişinin bunları bulmak için özel çaba sarf etmesi gerekmektedir. Bu şekilde tüketiciye kabul ettirilen genel işlem şartlarındaki hukuk seçiminin açık olmadığı ortadadır ve geçerli bir hukuk seçiminin varlığından söz etmek mümkün değildir.<sup>143</sup> Ayrıca bu

140 Öztekin Gelgel (n 128) 100.

141 ibid 101.

142 Özdemir Kocasakal (n 4) 127.

143 Esasında böyle bir durumda sadece hukuk seçimine ilişkin hükmün değil, genel işlem şartlarının tamamının kabul edilmemesi gerekir. Zira tüketici genel işlem şartları hakkında bilgi edinme hakkından mahrum edilmektedir. Demir (n 4) 205.

şekilde tüketiciye dayatılan hukuk seçiminde, tüketicinin gerçek bir iradesinden söz edilemeyeceğinden, dürüstlük kuralına aykırı olarak hakkın kötüye kullanılması teşkil eden bu durumda hukuk seçimi anlaşmasının geçersiz kabul edilmesi gerekir.<sup>144</sup>

TKHK'nın 5. maddesinde, tüketici sözleşmelerinde bulunan haksız şartlar düzenlenmiş, tüketicinin aleyhinde olabilecek haksız şartların kesin olarak hükümsüz olduğu belirtilmiştir. Bir sözleşme standart olarak düzenlenmiş ve tüketici içeriğine müdahale edemediyse o sözleşme müzakere edilmemiş sayılır. Sözleşmenin diğer tarafı bu haksız şartın münferiden müzakere edildiğini iddia ediyorsa bu iddiasını ispatla mükelleftir. Aksi takdirde şart geçersiz olur. Tüketici sözleşmelerinde bulunan hukuk seçiminin de bu kapsamda kabul edilmesi gerekmektedir. Bu nedenle münferiden müzakere edildiği ispat edilemeyen hukuk seçimi geçersizdir.

Bu noktada genel işlem şartlarının sipariş formunun bulunduğu sayfada bulunması veya sipariş formunun bulunduğu sayfadan genel işlem şartlarının bulunduğu sayfaya tüketicinin dikkatini çekecek biçimde bir link konulmuş olması gerektiği belirtilmektedir.<sup>145</sup> Ancak kanaatimce sipariş formunun bulunduğu sayfadan genel işlem şartlarının bulunduğu sayfaya bağlantıyı sağlayan linkin bulunmasının da hukuk seçimi açısından açıklığı sağladığı söylenemez. Böyle bir durum genel işlem şartlarının diğer bazı hükümlerinin geçerliliğini sağlayabilse de, bu şekilde yerleştirilmiş genel işlem şartları içerisinde yer alan hukuk seçiminin geçerli bir hukuk seçimi olmadığı sabittir. Zira TKHK, ilgili sözleşme şartının münferiden müzakere edilmiş olmasını aramakla, sadece bilgilendirme için link konulmuş olması bu gerekliliği sağlamamaktadır.

Bunun yanında genel işlem şartlarının açık, doğru ve tam okunabilir ve kavranabilir olması gerekir. Bazı web sitelerinde genel işlem şartlarının bilgisayar ekranının çok küçük bir bölümünde yer alan bir kutucuğun içinde, küçük harflerle yazılmış ve aynı anda ancak 2-3 satırın görülebileceği ve bir alt satıra geçmenin dahi kullanıcıyı zorladığı bir düzenek içinde bulunduğu görülmektedir. Böyle bir durumda da hukuk seçiminin açık ve dolayısıyla geçerli bir hukuk seçimi olduğu söylenemez. Hatta genel işlem şartlarının anlaşılabilirliği konusunda, sözleşme akdeden tüketicinin hangi ülkenin hangi yöresinden olduğunun dahi web sitesi tarafından tespit edilebileceği bir teknoloji olan internette, tüketicinin kendi yöresinin diliyle yazılmamış olan genel işlem şartlarının kabul edilmemesi gerektiği dahi ifade edilmektedir<sup>146</sup>. Ancak İngilizce bir sipariş formunu dolduran tüketicinin sözleşme şartları söz konusu olduğunda kendi dili dışında bir dili anlayamayacağını iddia edilemeyeceği bir gerçektir.

Bazı durumlarda da genel işlem şartları içerisinde uygulanacak hukuka ilişkin bir hüküm bulunmamakta ancak web sitesinin genel kullanım koşulları içinde web sitesinin

144 Güngör (n 63) 98.

145 Demir (n 4) 206 ; Saraman (n 39) 108.

146 Demir (n 4) 207 ; Saraman (n 39) 109.

kullanımından veya web sitesi üzerinden akdedilecek sözleşmelerden doğabilecek uyuşmazlıklara ilişkin bir hüküm bulunmaktadır. Bu durumda da geçerli bir hukuk seçiminden söz edilmesi mümkün değildir.

8 Haziran 2000 tarih ve 2000/31/AT sayılı Elektronik Ticaret Konusunda Direktif'in 10/3. maddesinde tüketici sözleşmelerindeki şartların geçerli olabilmesi için, "*Alıcıya sunulan sözleşme hükümlerinin ve genel şartların, bu alıcı tarafından saklanmasına ve yeniden üretilmesine imkân verecek bir şekilde sağlanması*" gerektiği belirtilmiştir. Bu çözüm tarzı internet üzerinden akdedilen tüketici sözleşmelerinde genel işlem şartlarının denetimi konusunda çıkabilecek problemlerin önüne geçmek amacıyla getirilmiş yerinde bir düzenlemedir. Zira genel işlem şartlarının sözleşmenin akdinden sonra web sitesi sahibi tarafından değiştirilmesi her zaman ihtimal dâhilindedir. Bu nedenle kurulan sözleşmenin koşullarının böyle bir manipülasyona karşı tüketicinin her zaman ulaşabileceği şekilde kendisine ulaştırılması kritik bir konudur. Kanaatimce açık bir hukuk seçiminin kabul edilebilmesi için bu şartın gerçekleşmiş olması koşulu aranmalıdır. Zira tüketicinin dikkatinin genel işlem şartlarının içeriğine tam olarak çekilebileceği ve tüketici yeterli derecede dikkat etmeyip kavramasa dahi aksini iddia edemeyeceği tek çözüm budur.

Bu husus esasında satıcı/sağlayıcının lehine bir uygulama teşkil edecektir. Zira tüketicinin sözleşme koşullarını kabul ettiğini belirten butonu tıklamış olduğu ispat edilebilse dahi, ayrıca kabul edildiği belirtilen şartların uyuşmazlık anında varlığı iddia edilen şartlar olduğunu ispat yükü yine satıcı/sağlayıcıya ait olacaktır. Bunun ise bu şekilde yapılacak bir bildirimden başka türlü ispatı çok zordur. Ayrıca TKHK'da ilgili şartın müzakere edilmiş olması şartı aranmakla, sözleşme koşullarının elektronik posta adresine gönderilmesi ile bir müzakere imkânı tüketiciye verilmektedir.

Bu yönetime uygulamada sıklıkla olmasa da bazı web siteleri tarafından başvurulmaktadır. Web sitesinden verilen bir siparişin ardından tüketicinin e-posta adresine, içeriğinde genel işlem şartlarının da bulunduğu bir e-posta mesajı gönderilmekte ve tüketicinin bu mesajda bulunan bir linke tıklayarak siparişi onaylaması talep edilmektedir. Böylelikle hem tüketicinin dikkati bu şartlara tam olarak çekilmiş olmakta hem de bu şartları saklayabilmesi sağlanmaktadır. Buna karşılık bu uygulama, internet kullanıcılarının en çok değer verdiği konu olan hız ve pratikliği sağlamamaktadır. Genellikle tüketiciler, esasında kendi haklarını koruma amaçlı bu uygulamadaki web sitesinden ayrılıp elektronik posta adresini kontrol etme, oradan tekrar linki tıklayarak siparişi tamamlama şeklindeki uygulamayı bir külfet olarak görmekte ve zahmetli bulmaktadır. Bu sebeple müşteri kaybetme riskine girmek istemeyen işletmeler, yüzlerce müşteri arasından bir kişinin kendilerini daha sonraki aşamada dava etmesini daha az riskli bulduklarından, olması gereken bu uygulamaya gereken özeni göstermemekte, sözleşme şartlarını, sipariş formunda bulunan bir link ile tüketiciye sunmaktadır.

Bu konu Türk Hukuku açısından incelendiğinde, buna benzer bir hükmün Mesafeli Sözleşmelere Dair Yönetmelik<sup>147</sup> ile getirilmiş olduğu görülecektir. TKHK'nın 48. Maddesinde mesafeli sözleşmenin tanımı yapılmıştır. Buna göre mesafeli sözleşme; satıcı veya sağlayıcı ile tüketicinin eş zamanlı fiziksel varlığı olmaksızın, mal veya hizmetlerin uzaktan pazarlanmasına yönelik olarak oluşturulmuş bir sistem çerçevesinde, taraflar arasında sözleşmenin kurulduğu ana kadar ve kurulduğu an da dâhil olmak üzere uzaktan iletişim araçlarının kullanılması suretiyle kurulan sözleşmelerdir.

Bu tanıma göre internet üzerinden akdedilen tüketici sözleşmelerinin büyük bir kısmının mesafeli sözleşme olduğunda kuşku bulunmamaktadır.<sup>148</sup> Mesafeli Sözleşmelere Dair Yönetmelik'in 5. maddesinin ikinci fıkrasına göre; satıcı veya sağlayıcı, sözleşme konusu malın tüketiciye ulaşmasından ya da hizmetin ifasından makul bir süre önce, aynı maddenin birinci fıkrasında belirlenen sözleşmeye ilişkin bilgileri içeren bilgilendirme formunu yazılı olarak ya da sürekli bir veri taşıyıcısı ile tüketiciye ulaştırmak zorundadır.

TKHK'nın 5. maddesi gereğince, bu zorunluluğun yerine getirilmemesi, sözleşme şartlarının müzakere edilmemiş olmasının kabulünü doğuracak ve bu nedenle sözleşmede bulunan haksız şartlar geçersiz olacaktır. Bu noktada, hukuk seçimine ilişkin anlaşmanın haksız bir şart olup olmadığı ve bu eksikliğin hukuk seçiminin geçersizliğini doğurup doğurmayacağı her olay açısından olayın ve seçilen hukukun şartları incelenerek belirlenmelidir. Zira sözleşmenin maddi hukuk hükümlerinin geçersizliği, bu geçersizlik sebebi hukuk seçimini de kapsamadığı sürece<sup>149</sup> hukuk seçimine ilişkin hükmü geçersiz kılmadığı gibi<sup>150</sup>, hukuk seçimi anlaşmasının meydana gelmesi ve hükümleri *lex fori*'ye tabi tutulamaz. Çünkü hukuk seçimi anlaşması yapıldığı anda hangi hukukun *lex fori* olarak buna uygulanacağını bilmek imkânsızdır.<sup>151</sup> Yönetmeliğin bu madde ile amaçladığı faydanın, mesafeli sözleşmelerde sözleşme şartlarının tüketici tarafından bilinmesi ve yukarıda açıklanmaya çalışılan anlamda açıklığın sağlanması olduğu tartışmasızdır.

Diğer taraftan, hukuk seçimi yapılması durumunda, seçilen bu hukukun tüketicinin lehine olacak şekilde yeterince sınırlandırıldığı ve hukuk seçiminin geçerliliğinin ayrıca

147 Mesafeli Sözleşmelere Dair Yönetmelik, RG 06.03.2011/27866.

148 Bu sözleşmelerin tamamının mesafeli sözleşme olduğu doktrinde belirtilse dahi, bunun kabulü mümkün değildir. Zira bir tüketici sözleşmesi internet üzerinden kurulmuş dahi olsa Mesafeli Sözleşmelere Dair Yönetmelik'te belirtilen istisnalar kapsamına girme ihtimali bulunmaktadır. Ayrıca bkz. İnal (n 10) 170 ; Karş. Özdemir Kocasakal (n 4) 41 ; Falcioğlu (n 4) 76.

149 Hukuk seçimine ilişkin şartın haksız bir şart olduğu sonucuna varılması halinde geçersizlik sebebinin hukuk seçimini de kapsadığı kabul edilmelidir. Sözleşmeden kaynaklanan uyumsuzluklara uygulanmak üzere, tüketicinin mutad meskeni hukukundan başka bir hukukun seçilmesi halinde hukuk seçiminin de haksız bir sözleşme şartı olduğu kabul edilmelidir. Sözleşmenin geçersizliği halinde hukuk seçimi anlaşmasının akıbeti hakkında bkz. yukarıda II-C-2.

150 Nomer (n 57) 321.

151 ibid 325.

araştırılmasına gerek bulunmadığı ifade edilmektedir.<sup>152</sup> Ancak, MÖHUK'un 26. Maddesi ile hukuk seçimine getirilen sınırlama, bu incelemenin kritikliğini ortadan kaldırırsa da, hukuk seçiminin geçerli olup olmadığının incelenmesi gerekmektedir.

#### 4. Hukuk Seçimi Yapılmaması Halinde Uygulanacak Hukuk

MÖHUK'un 26/2. maddesi ile, tüketiciyi en iyi koruyacak olan hukukun kendi bildiği kuralları ihtiva eden ve yaşadığı yerin standartlarını yansıtan mutad meskeni hukuku olduğu gözetilerek tüketicinin mutad meskeni bağlama noktası olarak seçilmiştir.<sup>153</sup> Ancak tüketicinin mutad meskeni hukukunun uygulanması için bazı şartların gerçekleşmiş olması zorunluluğu getirilmiştir. Bu şartlar 26/2. Maddenin (a), (b) ve (c) bentlerinde madde halinde sıralanmış olup, tüketicinin mutad meskeni hukukunun uygulanması için bu şartlardan herhangi birinin gerçekleşmiş olması yeterlidir. MÖHUK 26/2. maddesine göre;

- 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, veya;
- Diğer taraf veya onun temsilcisi, tüketicinin siparişini mutad meskeninin bulunduğu ülkede almış, veya;
- İlişkinin bir satım sözleşmesi olması halinde, satıcı tüketiciyi satın almaya ikna etmek amacıyla bir gezi düzenlemiş ve tüketici de bu gezi ile bulunduğu ülkeden başka ülkeye gidip siparişini orada vermiş ise, sözleşmeden doğan uyumsuzluklara tüketicinin mutad meskeni hukuku uygulanacaktır. Son ihtimalin sadece satım sözleşmeleri için geçerli olduğu hatırlanmalıdır.

Kanun ile getirilen bu şartlar, Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Roma I Tüzüğü'nün kabulüne kadar, bir tüketici sözleşmesine Devletler Özel Hukuku alanında tüketicinin menfaatlerini korumak üzere ayrıcalık tanınması konusunda genel kabul görmüş olan şartlardır. Bu şartlar Roma Sözleşmesi'nin 5/2. maddesinde belirlenmiş olup İsviçre IPRG 120. maddesi ve Alman EGBGB 29. maddesinde de benimsenmiştir.

Buna karşılık, Roma I Tüzüğü'nün 6. maddesi ile, sözleşme ile tüketicinin mutad meskeni hukuku arasındaki ilişkiye ilişkin şartlar yeniden düzenlenmiştir. Buna göre, satıcının ticari ve mesleki faaliyetlerini tüketicinin mutad meskeni ülkesinde yürütmesi veya bu ülkeye de yöneltmesi ve sözleşmenin bu faaliyetlere ilişkin olması halinde sözleşme ile tüketicinin mutad meskeni arasındaki ilişki kabul edilecektir. Roma Sözleşmesi ve MÖHUK ile getirilen sisteme kıyasla, Roma I Tüzüğü'nde sözleşme ile tüketicinin mutad meskeni arasında daha dolaylı bir ilişkinin de kabul edildiği söylenebilir.<sup>154</sup>

<sup>152</sup> Özdemir Kocacakal (n 4) 130.

<sup>153</sup> Güngör (n 130) 121, 123.

<sup>154</sup> Tarman (n 138) 321.

Tüketicinin mutad meskeni ile sözleşme arasında sıkı ilişkinin kurulabilmesi, tüketici sözleşmelerinin Devletler Özel Hukuku alanında etki doğurması ve korunması gereken menfaatin tüketici menfaatine dönüşmesi için zorunludur.<sup>155</sup> Bu nedenle tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülke dışında alışveriş yapması halinde bu alışveriş maddi hukuk anlamında tüketici sözleşmesi olarak kabul edilse dahi, Devletler Özel Hukuku'nun tüketiciye sağlamış olduğu koruma bu sözleşme için söz konusu olmayacaktır. Zira kendi mutad meskeni ülkesi dışında alışveriş yapan tüketici, uyuşmazlık çıkması halinde alışverişin yapıldığı ülkenin hukukunun uygulanacağını bilmekte ve o ülkenin pazarının koşullarını kabul etmektedir.<sup>156</sup>

Ancak kanunda, tüketicinin mutad meskeni ile ilişkinin kurulabilmesi için bu alışverişin baştan sona tüketicinin mutad meskeni ülkesinde başlayıp sonlandırılması aranmamış, satıcı/sağlayıcının bu ülkede pazarlama faaliyetleri yapmış olması ve tüketicinin sözleşmenin kurulması için gerekli işlemleri bu ülkede yapmış olması yeterli görülmüştür.<sup>157</sup> Ayrıca satıcı/sağlayıcının veya temsilcisinin bu ülkeye gelerek siparişin bu ülkede sipariş alması da bu ilişkinin kurulması için yeterlidir.(m.26/2-b) Bunun yanında sipariş bu ülkede verilmemiş olsa dahi, satıcı/sağlayıcının tüketiciyi ikna etmek üzere bir gezi düzenlemiş ve tüketici bu geziye katılarak başka bir ülkede siparişini vermiş ise yine ilişkinin tüketicinin mutad meskeni ile ilişkilendirilmesi mümkün olabilecektir.(m.26/2-c) Ancak bu ilişkinin kurulabilmesi için tüketicinin geziye kendi mutad meskeni ülkesinden başlaması zorunludur.<sup>158</sup> Ayrıca tüketici bu geziye satıcı tarafından teşvik edilmiş olmalıdır.<sup>159</sup> Ancak bu son halde sözleşmenin mutlaka satım sözleşmesi olması zorunludur.

Kanunun 26/4. maddesinde bu sözleşmenin taşıma sözleşmelerine ve tüketiciye hizmetin mutad meskeninin bulunduğu ülkeden başka bir ülkede verilmesi zorunlu olan sözleşmelere uygulanmayacağı belirtilmiştir. Ancak bu hüküm belirli bir bedel karşılığında seyahat ve konaklama içeren paket turlara uygulanmayacaktır.

Yukarıda belirtilmiş olan şartların gerçekleşmemiş olması halinde tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukuk, 24. madde çerçevesinde belirlenecektir.

155 Öztekin Gelgel, 63 vd. Ancak MÖHUK çerçevesinde bu şartların gerçekleşmesi tüketicinin Devletler Özel Hukuku alanında korunması için değil, objektif bağlama noktasının tüketicinin mutad meskeni olabilmesi için aranmıştır. Zira 26. maddenin 1. bendinde hukuk seçimine tüketicinin mutad meskeni hukukunun sağladığı asgari koruma nispetinde sınırlama getirilmesi için bu şartlar aranmamış, her türlü tüketici sözleşmesi için bu sınırlama getirilmiştir.

156 ibid 63.

157 ibid 65.

158 ibid 66.

159 ibid 66.

## 5. Kanunun 26/2. Maddesindeki Şartların İnternet Üzerinden Akdedilen Sözleşmeler Açısından Değerlendirilmesi

MÖHUK'un tüketici sözleşmelerinde tüketicinin mutad meskeni hukukunun uygulanması için getirmiş olduğu şartlar incelendiğinde, internet üzerinden akdedilen sözleşmelerde bu şartlardan sadece ilkinin gerçekleşebileceği, diğer şartların gerçekleşme imkânının bulunmadığı görülecektir. Madde 26/2-b'de belirtilen “*diğer taraf veya temsilcisinin tüketicinin siparişini bu ülkede almış olması*” şartı, satıcı/sağlayıcının tüketicinin siparişini almak üzere tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkeye gitmesini gerekli kıldığından, bu şartın internet üzerinden akdedilen sözleşmeler açısından gerçekleşmesi mümkün değildir.<sup>160</sup> Aynı şekilde madde 26/2-c'de belirtilen “*ilişkinin bir satım sözleşmesi olması hâlinde, satıcı tüketiciyi satın almaya ikna etmek amacıyla bir gezi düzenlemiş ve tüketici de bu gezi ile bulunduğu ülkeden başka ülkeye gidip siparişini orada vermiş olması*” şartı da tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkeden başka bir ülkeye gitmesini gerekli kıldığından, bunun da bu sözleşmelerde gerçekleşmesi mümkün değildir.<sup>161</sup>

Bu nedenle internet üzerinden akdedilen sözleşmelerde tüketicinin mutad meskeni hukukunun uygulanıp uygulanmayacağı ancak maddede belirtilen ilk şartın gerçekleşmesine bağlıdır. Buna göre sözleşmenin, tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkede, ona gönderilen özel bir davet üzerine veya ilân sonucunda kurulmuş olması ve ayrıca sözleşmenin kurulması için tüketici tarafından yapılması gerekli hukukî fiillerin bu ülkede yapılması halinde sözleşmeye tüketicinin mutad meskeni hukuku uygulanacaktır.

İnternet üzerinden akdedilen sözleşmelerde, tüketicinin mutad meskenine gönderilmiş özel bir davet veya ilân unsurunun hangi durumlarda gerçekleşmiş sayılacağıın tespiti oldukça zordur. Bu konuda çeşitli görüşler bulunmaktadır.

Bu görüşlerden ilki, bir web sitesi sahibi olmanın, web sitesinin dünyanın her yanından erişilebilir olduğu göz önüne alındığında bu şartı gerçekleştireceğini ileri sürmektedir. Bu görüşe göre web sitesinin internette erişilebilir olması, sitenin ürünleri ile ilgili bir reklamın ve teklifin varlığını gösterir.<sup>162</sup>

Diğer bir görüş ise web sitesinde reklam ve satış yapmanın pasif bir satış yöntemi olduğunu ve web siteleri üzerinden yapılan ticarete bu şartın gerçekleşme imkânı bulunmadığını ileri sürmektedir. Bu görüşe göre tüketici internete kendiliğinden girmekte ve sözleşme yapmaya karar vermektedir.<sup>163</sup>

<sup>160</sup> Özdemir Kocasakal (n 4) 142

<sup>161</sup> ibid 142.

<sup>162</sup> Özdemir Kocasakal (n 4) 138, dn 378'deki yazarlar ; Frederic Debussere, *International Jurisdiction over E-Consumer Contracts in the European Union : Quid Novi Sub Sole?*, International Journal of Law and Information Technology, Vol 10 (3) (Oxford University Press 2002) 352, dn 41'deki yazarlar. Aynı görüş Avrupa Elektronik İmza Standardizasyon Girişimi(EESSI) tarafından da tekrarlanmıştır. EESSI Certificate Path Validation, Phase 3, Final Report (GlobalSign 2000) 45.

<sup>163</sup> Özdemir Kocasakal (n 4) 138, dn 377'deki yazarlar ; Debussere (n 162) 353, dn 44'deki yazarlar.

Diğer bir görüş ise bu iki görüşü uzlaştırıcı yaklaşımla internet sitesi kurmanın tek başına bu şartı gerçekleştiremeyeceği, ancak web sitesi sahibinin kullandığı pazarlama ve satış yöntemlerinin araştırılması gerektiğini belirtmektedir. Örneğin bir tacir, arama motorlarına kayıt yaptırıp tüketicinin yapacağı arama ile kendi sitesine ulaşılabilmesini sağlamış ise şartın gerçekleştiğinin kabulü gerekir. Ancak bu görüşün önerdiği çözüm, pratik açıdan uygulanabilir değildir. Zira tüketicinin siteye arama motorundaki reklam bandından ulaştığının ispatı mümkün değildir.<sup>164</sup> Ayrıca genelde google, yahoo gibi tüm dünyaya yönelik arama motorları kullanıldığından sitenin bu reklamının hangi ülkeye yönelik olduğunun tespiti de mümkün değildir.

Görülebileceği üzere bu şartın gerçekleşip gerçekleşmediğinin, internet üzerinden akdedilen tüketici sözleşmeleri açısından maddenin lafzı ile tespit edilmesi çok zordur.<sup>165</sup> Bu nedenle bu konuda *Avrupa Birliği'nin Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Kararların Tanınması ve Tenfizi Hakkında Brüksel I BIS RECAST Tüzüğü'nde*<sup>166</sup>, tüketici sözleşmelerinde mahkemelerin yetkisinin tespiti açısından aranan “*yönelmiş faaliyet*”(m.17(1)(c))<sup>167</sup> kriterinin uygulanacak hukukun belirlenmesi hakkında aranan bu şart için de kabul edilmesi önerilmekteydi.<sup>168</sup> Madde m.17(1)(c)'de belirtilen şartın gerçekleşmesi halinde, tüketiciye verilen seçimlik hakla birlikte, yetkili mahkeme tüketicinin ikamet ettiği ülke mahkemesidir(m.18). Buna göre web sitesi sahibinin tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkeye yönelik aktif faaliyetinin tespit edilebilmesi halinde şartın gerçekleştiği kabul edilecektir. Roma I Tüzüğü'nün yürürlüğe girmesi ile bu konudaki yönelmiş faaliyetin tespiti yönündeki görüşün doğruluğu belirginleşmiştir. Zira Roma I Tüzüğü'ne göre de satıcının tüketicinin mutad meskeni ülkesine yönelmiş bir faaliyetinin tespit edilmesi halinde sözleşme ile tüketicinin mutad meskeni arasındaki ilişkinin varlığı kabul edilmektedir. Kanaatimce bu çözüm kanunun amacına uygun bir çözümdür. Zira bir özel davet veya teklifin varlığı web siteleri açısından arandığı takdirde, ya web

164 Bu husus bu görüşü savunan yazarlarca da kabul edilmektedir. Özdemir Kocasakal (n 4) 139.

165 Bu konuda aynı ifadeleri taşıyan Roma Sözleşmesi açısından da sözleşmenin lafzının internet üzerinden gerçekleştirilen ilişkilerde yeterli olmadığı vurgulanmaktadır. Norel Rosnel, *International Jurisdiction in European Union E-Commerce Contracts*, <[http://www.llrx.com/features/eu\\_ecom.htm](http://www.llrx.com/features/eu_ecom.htm)> erişim 21 Eylül 2001.

166 European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters: (OJ 2012) L351/1. Özkan I, Esen E, Süral C, “Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Kararların Tanınması ve Tenfizi Hakkında Brüksel I BIS RECAST Tüzüğü (AB 1215/2012)”, ed. Işıl Özkan, Ceyda Süral ve Uğur Tüttüncübaşı, *Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku (Adalet 2016) 25-233*. vd. Ayrıca bkz. Ata Sakmar, Nuray Ekşi, “Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında AB Konsey Tüzüğü” (2002) 22 (2) MHB 721, 744.

167 Maddede bu şart şu şekilde ifade edilmiştir : “*ticari veya mesleki faaliyetlerini tüketicinin ikametgahının bulunduğu ülkede yürüten veya herhangi bir araçla bu ülkeye veya bu ülke ile birlikte birden çok ülkeye yönelen kişi ile ve bu faaliyetlerin kapsamına giren konularda*” 16/II. maddede belirtilen yetki kuralı uygulanabilecektir. Maddenin Türkçe metni için bkz. Özdemir Kocasakal (n 4) 193.

168 Özdemir Kocasakal (n 4) 139. Eser yayınlandığında Roma I Tüzüğü henüz düzenlenmediğinden, yazar tarafından en uygun çözüm olarak o dönem yürürlükte olan Avrupa Birliği'nin Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Yetkisine ve Kararların Tanınması ve Tenfizine İlişkin Tüzüğü'nde (OJ 2001) L12 bulunan bu hüküm önerilmiştir. Nitekim daha sonra kabul edilen Roma I Tüzüğü'nde tüketici sözleşmeleri ile tüketicinin mutad meskeni ülkesi arasındaki ilişkinin kurulması için yönelmiş faaliyet kriteri kabul edilmiştir.



sitesi sahibi olmanın şartı gerçekleştirdiği kabul edilerek web sitesinden yapılan tüm alışverişlerde tüketicinin mutad meskeni hukuku uygulanacak, ya da şartın hiçbir şekilde gerçekleşmediği kabul edilerek tüketiciler kendilerine tanınan korumadan mahrum bırakılacaklardır. Ancak web sitesinin mutad mesken ülkesine aktif faaliyetine göre yapılacak değerlendirmede, tüketicinin mutad meskeni ile sözleşme arasındaki sıkı ilişkinin kurulup kurulmadığına göre çözüme gidilebilecektir.

Ancak bir web sitesinin tüketicinin mutad meskeni ülkesine yönelmiş faaliyetinin tespiti de çok zor bir konudur. Bu konuda da web sitesi kurarak buna internetten ulaşılmasını sağlamanın dünyanın her yerine aktif faaliyet olarak kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür.<sup>169</sup> Ancak bu çözüm tarzının yerinde olmadığı ortadadır. Bu yaklaşım, web sitesinin dünyanın bütün ülkelerinin tüketicinin koruyucu hükümlerine uyması zorunluluğuna ve site sahibini dünyanın tüm hukuk düzenleri ile muhatap olma ve buna uygun altyapı hazırlama tehlikesi ile karşı karşıya getirir ki bunun kabulü mümkün değildir.<sup>170</sup> Bu görüşün kabulü halinde web sitelerinin almış olduğu risk dolayısıyla bu ticaret şeklinin gelişiminin önüne bir set çekilmiş olacaktır. Ayrıca internette erişilebilir olma site sahibinin pozitif bir davranışı olmaksızın gerçekleşebilecek bir durum olduğundan bunda herhangi bir yönelmiş faaliyet tespit edilmesi mümkün değildir.<sup>171</sup>

Bu nedenle bu tespit edilirken web sitesinin faaliyetini bilinçli olarak ve fiilen bu ülkeye yönelmiş olması aranmalıdır. Yani esaslı, sistematik ve devamlı bir yönelme mevcut olmalıdır.<sup>172</sup> Ancak bunun tespiti de kolay bir konu değildir. Bunun için sitenin içeriğinin, düzenlemesinin kullanmış olduğu dilin, mal veya hizmet karşılığında talep ettiği para biriminin, kullandığı telefon numaralarının, arama motorunun yönlendirme hizmetlerinin, hizmetin verildiği ülkelerin listelenip listelenmediğinin incelenmesi gerekir.<sup>173</sup> Bazı siteler siparişleri kabul edecekleri ülkeleri açıkça belirterek veya sipariş kabul etmedikleri ülkeleri belirterek bu konudaki iradelerini ortaya koymaktadırlar.<sup>174</sup> Böylece kendileri açısından hukuk güvenliğini tam olarak sağlamaktadırlar. Bunun yanında sitenin kullandığı pazarlama ve reklam teknikleri de bu konuda önem taşımaktadır. Web sitesi tarafından tüketicinin elektronik posta adresine reklam mesajları ve link gönderilmesi(spamming) aktif faaliyetin en tipik örneğidir. Bunun

169 Rosnel (n 165), Yazar, bu çözümün web sitesi sahiplerini çok zor durumda bırakacağını kabul etmekle birlikte, tüketicinin korunmasının web sitesi sahiplerinin üstlendiği bu riskten daha üstün tutulması gerektiğini savunmaktadır.

170 Özdemir Kocasakal (n 4) 140 ; Özkan, Esen ve Süral (n 166) 160.

171 Özdemir Kocasakal (n 4) 196. Bu gerçek, AB Konseyi ve AB Komisyonu tarafından ortak yayınlanan bildiride de belirtilmiş olup, erişilebilir olmanın yanında, kullanılan dil, para birimi gibi unsurların da yönelmiş faaliyetin delilleri olamayacağı belirtilmiştir. Özkan, Esen ve Süral (n 166) 158, 159 ; bildirinin metni için bkz. <[https://ec.europa.eu/civiljustice/homepage/homepage\\_ec\\_en\\_declaration.pdf](https://ec.europa.eu/civiljustice/homepage/homepage_ec_en_declaration.pdf)> erişim 10 Ocak 2020.

172 Debussere (n 162) 346 ; Cheryl L. Conner, *Compuserve v. Patterson: Creating Jurisdiction Through Internet Contacts*, (RICH. J.L. & TECH. 1998), Vol 4 (3) <<http://law.richmond.edu/jolt/v4i3/conner.html>> erişim 14 Eylül 2019 ; Cooper HM, *Jurisdictional Trends in Cyberspace*, <<http://www.law.stetson.edu/courses/hcooper.htm>> erişim 25 Ekim 2001.

173 Özdemir Kocasakal (n 4) 197 ; Debussere (n 162) 365 ; Conner (n 172) ; Cooper (n 172). Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın Peter Palmer davasında vermiş olduğu kararında da bu unsurlar vurgulanmıştır. Özkan, Esen ve Süral (n 166) 158.

174 Özdemir Kocasakal (n 4) 197.

yanında Türkçe içerikli herhangi bir web sitesinde reklamı olan bir web sitesinin, kendi içeriğinde Türk tüketicilere yönelik bir faaliyeti tespit edilemese dahi, bu site açısından aktif faaliyetin kabul edilmesi gerekir. Ayrıca son yıllarda arama motorlarının reklam politikaları, kullanılan çerezler vasıtasıyla kullanıcının internet alışkanlıkları izlenerek her kullanıcının olası ihtiyaç ve alışkanlıklarına göre ayrı ayrı şekillendiğinden, ilgili web sitesinin ilgili ülkedeki kullanıcılara yönelik arama motoru ile reklam ve pazarlama anlaşması ya da talebi bulunup bulunmadığı da soruşturulmalıdır. Sonuç olarak bu konunun tespiti her bir olayın kendi özellikleri çerçevesinde olmalıdır.<sup>175</sup>

MÖHUK'un 26/2-a maddesinde belirtilen ikinci şart, sözleşmenin kurulması için tüketici tarafından yapılması gereken hukuki fiillerin mutad meskeni ülkesinde yapılmış olmasıdır. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, sözleşmenin tüketicinin mutad meskeninde kurulmasının değil, tüketicinin yapması gereken işlemlerin mutad meskeni ülkesinde yapılmasının gerektiğidir.<sup>176</sup> Bu nedenle tüketici siparişini kendi mutad meskeni ülkesinden verdiği takdirde bu şart gerçekleşmiş olacaktır. İnternette irade beyanının gönderilmiş sayılacağı yer konusundaki açıklamalar yukarıda yapılmıştı. Buna göre bir kişinin internette yapmış olduğu irade beyanı her ihtimalde kendi mutad meskeninden yapılmış sayılacaktır. Bir kişinin tesadüfi nedenlerle bulunduğu bir yerden yapmış olduğu irade beyanının o an bulunduğu yerden yapıldığını varsaymak mümkün değildir. Bu yaklaşım, tüketiciyi tesadüfi olarak bulunduğu yer dolayısıyla kendisine sağlanan korumadan mahrum bırakacak bir yaklaşım olduğundan kabulü mümkün değildir.<sup>177</sup> Bu nedenle internet üzerinden akdedilen tüketici sözleşmelerinde bu şartın gerçekleştiğini kabul etmek gerekir.

Sonuç olarak internet üzerinden akdedilen tüketici sözleşmelerinde web sitesinin tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkeye yönelmiş aktif bir faaliyeti tespit edilebildiği takdirde sözleşmeye uygulanacak olan hukuk tüketicinin mutad meskeni hukukudur.

## Sonuç

Çalışmamızın “Giriş” bölümünde, günlük ve ticari hayatta internet kullanımının artık vazgeçilmez bir ihtiyaç haline gelmiş olduğu ve bununla beraber ortaya çıkan hukuki problemler ve soruların incelenme ihtiyacı açıklanmıştı.

İlk bakışta internetin hukuki anlamda en çok problem çıkaracakmış gibi görünen ve karmaşık zannedilen yönü, sözleşmelerin bu yolla kurulması olmakla birlikte,

<sup>175</sup> Amerikan Mahkemeleri de bu konuyu incelerken her bir olayın özellikleri çerçevesinde inceleme yapmaktadırlar. Bu konudaki davaların özetleri için bkz. Conner (n 172); Cooper (n 172); Denis T Rice, *Jurisdiction and E-Commerce Disputes in the United States and Europe*, <[http://www.howardrice.com/uploads/content/jurisdiction\\_ecomm.pdf.pdf](http://www.howardrice.com/uploads/content/jurisdiction_ecomm.pdf.pdf)> erişim 12 Ağustos 2001

<sup>176</sup> Öztekin Gelgel (n 128) 65 ; Özdemir Kocasakal (n 4) 140.

<sup>177</sup> Özdemir Kocasakal (n 4) 141 ; Bu şartın aranmasının internet üzerinden gerçekleşen siparişler açısından anlamsız olduğu ifade edilmektedir. Debussere (n 162) 356.

ilk bölümde yapmış olduğumuz inceleme neticesinde, esasında bu konunun hiç de beklendiği gibi karmaşık olmadığı, Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerinin internet üzerinden akdedilen sözleşmelerde de rahatlıkla kullanım alanı bulabileceği, zira internet üzerinden sözleşme kurulmasının klasik sözleşmelerden tek farkının tarafların irade beyanlarını karşı tarafa iletirken kullandıkları araç olduğu görülmüştür. Bu konuda genel hükümlerin yetersiz kaldığı tek nokta, şekil ve ispata ilişkin konulardır. 5070 Sayılı Elektronik İmza Kanunu ile getirilen düzenleme sonucunda, elektronik imzanın elle atılan imza ile aynı sonucu doğuracağı belirtilmiştir ve yazılı şekil şartına ilişkin sorunlar çözüme kavuşmuş gibi görünmektedir. İnternet üzerinden akdedilen sözleşmelerde ispat problemleri çalışma konumuz dışındadır. Genel hükümlerin internet üzerinden kurulan sözleşmelere tatbiki esnasında cevaplanması gereken sorular olan, bu yolla gönderilen irade beyanlarının gönderilme ve varma anı, gönderildiği ve alındığı yerler gibi sorunlar ilgili bölümlerde incelenmiştir.

Bu sözleşmelerin yabancılık unsuru taşıması halinde uygulanacak hukuk konusundan önce sözleşmenin şekline uygulanacak hukuk konusu incelenmiştir. MÖHUK'un 7. maddesine göre, bir hukuki işlem, işlemin yapıldığı yerin ya da işlemin esasına uygulanacak hukukun şekil kurallarına uygun olarak yapıldıysa geçerli olacaktır. İnternet üzerinden akdedilen sözleşmelerde şekil konusunda önemli olan, sözleşmenin kurulduğu yerin tespitidir. Bu tür sözleşmelerde irade beyanları hazır olmayanlar tarafından yapıldığından, milletlerarası özel hukukta şekil konusunda hazır olmayanlar arasında yapılan irade beyanlarının şekli konusunda genel kabul gören görüş olan, her bir irade beyanının yapıldığı ülke hukukunun şekil kurallarına uygun şekilde yapılması halinde geçerli olacağı görüşü benimsenmiştir. İnternet üzerinden gönderilen irade beyanlarının gönderilme yerinin tespiti konusu çalışmanın ilk bölümünde açıklanmış olup, her bir irade beyanı, beyanı yapan kişinin işyerinin, işyeri yoksa mutad meskeninin bulunduğu yerde yapılmış sayılacaktır. Ayrıca, MÖHUK 24 vd. maddeleri gereğince sözleşmenin esasına uygulanacak hukukun şekil kurallarına uyulması da sözleşmeyi geçerli kılacaktır.

MÖHUK 24. maddesine göre, sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklar, tarafların açıkça seçtikleri hukuka tâbidir. Çalışmada öncelikle, irade muhtariyeti kavramı incelenmiş, ardından MÖHUK çerçevesinde hukuk seçiminin açık olması ve sözleşme hükümlerinden açıkça anlaşılan hukuk seçimi kavramları üzerinde durulmuştur. Tüketici sözleşmeleri dışındaki sözleşmelerde, sözleşmenin internet üzerinden kurulmuş olmasının hukuk seçiminin geçerliliği ya da hükümlerine bir etkisi bulunmamaktadır. Bu nedenle hukuk seçiminin mahiyeti ve sınırları konusunda doktrinde ileri sürülen görüşler çerçevesinde genel açıklamalar yapılmıştır. Tüketici sözleşmelerinde ise, sözleşmenin internet üzerinden kurulması halinde hukuk seçiminin açıklığı konusunda tüketicinin korunmasına ilişkin hükümler çerçevesinde de ayrıca inceleme yapılmalıdır. Zira tüketicilerin özellikle web sitelerinden alışveriş yapmaları

halinde hukuk seçiminin tam olarak idrakine varmaları çok olası görünmemektedir ve bu konuda tüketicilerin korunmaya değer bir menfaatleri bulunmaktadır. Bu nedenle hukuk seçiminin açıklığı ve dolayısıyla geçerliliğinin ayrıca araştırılması gerekmektedir.

MÖHUK 24. maddesinde, taraflarca bir hukuk seçimi yapılmamış olması halinde uygulanacak hukuk, sözleşme ile en sıkı ilişki içinde bulunan hukuk olarak belirlenmiştir. Bu konuda ayrıca bir karineye yer verilmiş, sözleşmenin ağırlıklı ediminin mutad meskeninin bulunduğu yerin sözleşme ile en sıkı ilişkili yer sayılacağı belirtilmiştir. Ticari ve mesleki faaliyetlere ilişkin sözleşmelerde ise bu yer ağırlıklı edim borçlusunun işyeri, işyeri yoksa yerleşim yeri, birden fazla işyeri varsa sözleşme ile en sıkı ilişki içindeki işyerinin bulunduğu yer olacaktır. Ağırlıklı edim borçlusunun bir tüzel kişi olması halinde, yerleşim yerinden anlaşılması gereken idare merkezidir. Kanunda bu karineye yer verilmiş olmakla birlikte, sözleşmenin özelliklerinden ve halin bütün şartlarından sözleşme ile daha sıkı ilişki içinde bulunan bir hukukun tespit edilmesi halinde tespit edilen bu hukuk uygulanacaktır. İnternet üzerinden akdedilen sözleşmeler bu hükümler çerçevesinde incelendiğinde, web sitesi dışında, elektronik posta ve diğer yöntemlerle kurulan sözleşmelerin şartlarından ağırlıklı edimin tespiti ve buna göre uygulanacak hukukun tespiti gerekmekte olup, bunun diğer sözleşmelere nazaran bir özelliği bulunmadığı görülmektedir. Web sitelerinden kurulan sözleşmeler ise genellikle web sitesi üzerinden bir malın satımı, içeriğin sağlanması veya danışmanlık hizmeti verilmesine yönelik sözleşmeler olduğundan ve karşı tarafın edimi para ödenmesi olduğundan, bu sözleşmelerde de ağırlıklı edimin web sitesi sahibinin edimi olduğu görülmektedir.

Özellikle web sitesi üzerinden kurulan sözleşmelerin büyük çoğunluğu tüketici sözleşmeleri olduğundan ve tüketicilerin yurt dışında bulunan web sitelerinden alışveriş yapmaları sıklıkla görüldüğünden, internet üzerinden akdedilen tüketici sözleşmelerine uygulanması gereken hukuk konusu ayrıca incelenmiştir. Tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukuka ilişkin kurallar, MÖHUK'un yürürlüğe girdiği tarihte yürürlükte olan Roma Sözleşmesine uygun olarak MÖHUK'un 26. maddesinde belirlenmiştir. MÖHUK 26. maddesinde göre, aynen 24. maddede olduğu gibi, irade muhtariyeti ön planda tutularak, tüketici sözleşmelerine tarafların seçtikleri hukukun uygulanacağı belirtilmekle birlikte, bu konuda seçilen hukukun uygulanmasına bir sınırlama getirilmiştir. Buna göre, seçilen hukuk, tüketicinin mutad meskeni hukuku uyarınca sahip olduğu asgari koruma saklı kalmak kaydıyla uygulanabilecektir. Burada, milletlerarası özel hukukun genel yaklaşımından farklı olarak, maddi hükümlerin araştırılması ve belli bir konuda, seçilen hukuk ya da tüketicinin mutad meskeni hukuklarından hangisi tüketicinin lehine olacak ise o kuralların uygulanması yolu seçilerek tüketicinin kayırılması söz konusudur.

Taraflarca bir hukuk seçimi yapılmamış olması halinde uygulanacak hukuk tüketicinin mutad meskeni hukukudur. Ancak milletlerarası özel hukukta, tüketicinin mutad meskeni hukukuna göre korunmasına yönelik bir menfaatinin tespit edilerek bunun uygulanabilmesi için, ilgili sözleşmenin tüketicinin mutad meskeni ile ilişkisinin kurulması gerekmektedir. Bu ilişkinin kurulması için gerekli şartlar MÖHUK'un 26. maddesinde sayılmıştır. Bu şartları taşımayan ve dolayısıyla tüketicinin mutad meskeni ile ilişkisi kurulmayan tüketici sözleşmelerinde uygulanacak hukuk MÖHUK'un 24. maddesine göre belirlenecektir. Uygulanacak hukukun MÖHUK 24. Maddeye göre belirleniyor olmasının, sözleşmenin tüketici sözleşmesi olmasını değiştirmedığı, 24. madde gereğince belirlenen hukukun tüketiciyi korumaya yönelik hükümlerinin o hukuk çerçevesinde uygulanacağı hatırlanmalıdır.

İnternet üzerinden akdedilen tüketici sözleşmelerinde bu şartlardan sadece birinin gerçekleşebilmesi olasıdır. Diğer şartların internet üzerinden akdedilen sözleşmelerde gerçekleşmesi mümkün değildir. Buna göre, sözleşmenin, tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkede, ona gönderilen özel bir davet üzerine veya ilân sonucunda kurulmuş olması ve ayrıca sözleşmenin kurulması için tüketici tarafından yapılması gerekli hukukî fiillerin bu ülkede yapılması halinde tüketicinin mutad meskeni hukuku uygulanacaktır. Bu şartın internet üzerinden akdedilen sözleşmelerde ne şekilde gerçekleşebileceği çalışmada ayrıntıları ile tartışılmıştır. Sonuç olarak, web sitesinin, tüketicinin mutad meskenine yönelmiş aktif bir faaliyetinin tespit edilmesi halinde, maddede belirtilen özel davet veya ilân şartının gerçekleşeceği kabul edilerek tüketicinin mutad meskeni hukuku uygulanmalıdır. MÖHUK'un yürürlüğe girmesinden sonra kabul edilen ROMA I Tüzüğünde de yönelmiş faaliyet kriteri ilişkinin kurulması için yeterli sayılmıştır.

Diğer taraftan, bir web sitesinin bir ülkeye yönelmiş faaliyetinin tespiti de son derece zor bir konudur. Bir web sitesinin dünyanın tüm ülkelerinden ulaşılabilir olduğu düşünüldüğünde, sadece web sitesi sahibi olmanın bu şartı yerine getirmeyeceği açıktır. Bunun için, her bir olayın kendi özellikleri içinde, web sitesinin reklam ve pazarlama politikaları incelenmeli, web sitesinin, tüketicinin mutad meskeni hukukuna bilinçli ve devamlı bir reklam ve pazarlama faaliyetinin tespiti halinde bu kaniya varılmalıdır.

---

**Hakem Değerlendirmesi:** Dış bağımsız.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

**Finansal Destek:** Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.

**Conflict of Interest:** The author has no conflict of interest to declare.

**Grant Support:** The author declared that this study has received no financial support.

---

## Bibliyografya/Bibliography

- Altınışık U, *Elektronik Sözleşmeler* (Seçkin 2003)
- Antalya G, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Marmara Hukuk Yorumu, Cilt V/1,1* (Seçkin 2019)
- Arslan İ, “5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Kanun Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Zımnı Hukuk Seçimi” (2013) 33 (2) MHB, 1-41
- Conner CL, *Compuserve v. Patterson: Creating Jurisdiction Through Internet Contacts*, (RICH. J.L. & TECH. 1998), Vol 4 (3) , (çevrimiçi) <<http://law.richmond.edu/jolt/v4i3/conner.html>> erişim 14 Eylül 2019
- Cooper HM, *Jurisdictional Trends in Cyberspace*, <<http://www.law.stetson.edu/courses/hcooper.htm>> erişim 25 Ekim 2001
- Çelikel A ve Erdem BB, *Milletlerarası Özel Hukuk* (14th edn, Beta 2016)
- Debussere F, *International Jurisdiction over E-Consumer Contracts in the European Union : Quid Novi Sub Sole?*, International Journal of Law and Information Technology, Vol 10 (3) (Oxford University Press 2002)
- Demir M, *Mesafeli Sözleşmelerin İnternet Üzerinden Kurulması* (Turhan 2004)
- EESSI Certificate Path Validation, Phase 3, Final Report (GlobalSign 2000)
- Ekin N, *Bilgi Ekonomisinde Elektronik Ticaret*, (İstanbul Ticaret Odası 1998)
- Ekşi, N, “Sözleşmeden Doğan Borç ilişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Konvansiyon” (1997) 17 (1-2) MHB 163-182
- Ercoşkun Şenol K, “Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü Ve Bunun Genel Sınırı : TBK M. 27” (2016) Vol 74 (2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 709-737
- Falcioğlu M Ö, *Karşılaştırılmal Hukuk (Amerikan Hukuku ve Viyana Antlaşması) Türk Hukukunda Elektronik Satım Sözleşmesi ve Kuruluşu* (Yetkin 2004)
- Gezder Ü, *Mukayeseli Hukuk Açısından İnternette Akdedilen Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması* (Beta 2004)
- Güngör G, *Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması* (Yetkin 2000)
- Güngör G, “Tüketicinin Mutad Meskeni Hukuku,”*Düşünsel Temeller*” (2008) Vol 57 (2) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 115-132
- Güran S, Akünal, T, Bayraktar K, Yurtcan E, Kendigelen A, Beller Ö, Sözer B, *İnternet ve Hukuk*, (Superonline Workshop Metni 2000)
- İnal E, *E-Ticaret Hukukundaki Gelişmeler ve İnternette Sözleşmelerin Kurulması*, (Vedat 2005)
- Kilian W, “Dijital İletişim ve Sözleşme Hukuku”, Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu, Çev. Akkayan Yıldırım A, (Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını 2002) 161-177
- Kırca Ç, *İnternette Sözleşme Kurulması* (BATİDER 2002), Vol 20 (4) 99, 117
- Kırçova İ ve Öztürk P, *İnternette Ticaret ve Hukuki Sorunlar*, (İstanbul Ticaret Odası Yayını 2000)
- Kubilay H ve Akıntürk E, “Elektronik Konşimento” (Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş günü Armağanı, 2001) 333-354
- Nomer E, *Devletler Hususi Hukuku*, (22th edn Beta 2017)
- Oğuzman K ve Öz MT, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt - 1 (17th edn Vedat 2018)
- Özdemir Kocasakal H, *Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti* (Vedat 2003)

- Özdemir Kocasakal H, “Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m.24 Çerçevesinde Tespiti Ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları” (2010) 30 (1-2) MHB 27-62
- Özdemir H, “MÖHUK Kapsamına Giren Sözleşmelerin Tespiti Bağlamında “Yabancılık Unsuru Taşıyan Sözleşme” ve “Uluslararası Sözleşme” Kavramları” (1999) Vol 73 (10-11-12) İstanbul Barosu Dergisi 926-941
- Özdilek AO, *İnternet ve Hukuk* (Papatya 2002)
- Özel S, *Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Hakkının Korunması* (Seçkin 2004)
- Özkan I, Esen E, Süral C, “Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Kararların Tanınması ve Tenfizî Hakkında Brüksel I BIS RECAST Tüzüğü (AB 1215/2012)”, ed. Özkan I, Süral C ve Tütüncübaşı U, *Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku* (Adalet 2016) 25-233
- Özsunay E, “Elektronik Sözleşmelerin Temel Sorunları”, *Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu* (Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını 2002) 121-143
- Özsunay E, *Uluslararası Sözleşmelerde Elektronik İletilerin Kullanılması Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması* (Legal 2014)
- Öztekin Gelgel G, *Türk Devletler Özel Hukukunda Tüketici Akitlerine İlişkin Sorunlar*, (Filiz 2000)
- Rice DT, *Jurisdiction and E-Commerce Disputes in the United States and Europe*, <[http://www.howardrice.com/uploads/content/jurisdiction\\_ecomm.pdf.pdf](http://www.howardrice.com/uploads/content/jurisdiction_ecomm.pdf.pdf)> erişim 12 Ağustos 2001
- Rosnel N, *International Jurisdiction in European Union E-Commerce Contracts*, <[http://www.llrx.com/features/eu\\_ecom.htm](http://www.llrx.com/features/eu_ecom.htm)> erişim 21 Eylül 2001
- Rüssmann H, “İnternette Hukuki İşlemler Hakkında Delil İkamesi”, *Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu* (Çev. Özkes M) (Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını 2002) 325-353
- Sakmar, A, Ekşi N, “Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizî Hakkında AB Konsey Tüzüğü” (2002) 22 (2) MHB 721-744
- Saraman D, *İnternet Üzerinden Akdedilen Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması*, *Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2012)
- Sarıakçalı T, *İnternet Üzerinden Akdedilen Sözleşmeler* (Seçkin 2008)
- Smith, GJH, *Internet Law and Regulation*, (Sweet & Maxwell 1999)
- Sözer B, *Elektronik Sözleşmeler* (Beta 2002)
- Şanlı C ve Ekşi N, *Uluslararası Ticaret Hukuku* (Arıkan 2005)
- Şanlı C ve Esen E ve Ataman Fıganmeşe İ, *Milletlerarası Özel Hukuk* (7th edn Beta 2019)
- Şanlı C, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1986)
- Şanlı C, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, (6th edn Beta 2016)
- Tarman, ZD, “Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Roma I Tüzüğü” (2009) Vol 25 (2-Ayrı Bası) BATİDER 298-332
- Tekinalp G, *Milletlerarası Özel Hukuk, Bağlama Kuralları* (10th edn Vedat 2009)
- Turhan T, “İsviçre Devletler Özel Hukuku Federal Kanununda Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk ve Türk Hukuku” (1990) Vol 41 (1-4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 119-149
- Uyanık Çavuşoğlu A, “İnternet Ortamında İşlenen Haksız Fiil Sorumluluğuna Uygulanacak Hukuk” (2002) 22 (2) MHB 967-998
- Zammit JP ve Galant FB, “Elektronik Sözleşme”, Çev. Çeliktaş İ, (1999) Vol 73 (10-11-12) İstanbul Barosu Dergisi 942-953







## Yabancı Mahkemeler Lehine Yapılan Yetki Anlaşmasında Seçilen Mahkemenin Belirli Olmamasından Kaynaklanan Meseleler

### Issues Arising from Uncertainty of Chosen Court in Choice-of-Forum Agreements Conferring Jurisdiction on Foreign Courts

Ilyas Arslan\*

#### Öz

Türk hukukunda 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) m.47 hükmüyle yabancılık unsuru içeren borç ilişkilerinden doğan uyuşmazlıkların yabancı devlet mahkemelerinde çözümlenmesi konusunda yetki anlaşmaları akdetme yetkisi tanınmıştır. Yargıtay, MÖHUK m.47'de yer almamasına rağmen, yabancı mahkemeleri yetkilendiren anlaşmaların geçerliliği için seçilen yabancı mahkemenin/mahkemelerin belirli olması şartını aramaktadır. Ancak, Yargıtay'ın yabancı mahkemenin belirli olması şartına ilişkin içtihatlarında, söz konusu şartın aranmasına haklı kılan gerekçeler ortaya konmadığı gibi, yakın tarihli çoğu kararında gerekçe olarak yalnızca yetki anlaşmasıyla Türk mahkemelerinin yetkili kılınmasının hukuki rejimini belirleyen Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.17-18'e dayandığı görülmektedir. Daha da önemlisi, Yargıtay'ın yakın tarihli içtihatları dahi birbiriyle çelişki arz etmektedir. Bu durum, MÖHUK m.47'ye güvenerek Türk mahkemelerinin yetkisinin bertaraf edildiği ve olası uyuşmazlığın yabancı mahkeme önünde görüleceği düşüncesiyle hareket eden tarafları belirsizliğe itmektedir. Kaldı ki söz konusu şartın aranmasının, milletlerarası yetki anlaşmalarının amacı ve işlevi karşısında ne derece yerinde olduğu da tartışmaya açıktır. Ayrıca MÖHUK m.47 bakımından söz konusu şartın aranması, kimi hallerde yabancı devlet mahkemelerini yetkilendiren kimi anlaşmaların geçerliliğine ilişkin problemleri de ortaya çıkarabilecektir.

#### Anahtar Kelimeler

Yetki Anlaşmaları, Yabancı Mahkemeleri Yetkilendiren Anlaşmalar, MÖHUK m.47, Yabancı Mahkemenin Belirli Olması, Yetki Anlaşmasının Geçerliliği

#### Abstract

In Turkish law, Article 47 of Turkish Code on Private International Law and International Civil Procedure no.5718 (CPIL) allows parties to agree on foreign courts to resolve disputes arising out of contractual relationships with foreign elements. Although there's no such stipulation in Art.47, the Court of Cassation demands that a foreign court(s) chosen by the parties must be determined specifically in the choice-of-forum agreement. However, the Court has not revealed reasonable or justified reasons for their decisions. More recently, the Court has based its decisions only on Art.17-18 of Turkish Code on Civil Procedure which determines the legal regime of choice-of-forum agreements in Turkish courts. More importantly, even the most recent decisions in the Court regarding the application of this condition in question contradicts each other. This situation pushes the parties, who believe that the competence of Turkish courts have been abolished and possible disputes will be heard before foreign courts by relying on Art.47 of CPIL, to the uncertainty. Moreover, it can also be argued as to what extent it's appropriate to seek for this condition in terms of the purpose and function of choice-of-forum agreements.

#### Keywords

Choice-of-Forum Agreements, Choice-of-Forum Agreements on Foreign Courts, Art.47 of the CPIL, the Certainty of the Foreign Court, Validity of Choice-of-Forum Agreements

\* Sorumlu Yazar: Ilyas Arslan (Dr. Öğr. Üyesi), Yalova Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yalova, Türkiye  
E-posta: ilyas.arslan243@gmail.com ORCID: 0000-0002-1567-2630

Atf: Arslan I, "Yabancı Mahkemeler Lehine Yapılan Yetki Anlaşmasında Seçilen Mahkemenin Belirli Olmamasından Kaynaklanan Meseleler" (2020) 40(1) PPIL 299. <https://doi.org/10.26650/ppil.2020.40.1.0011>



### **Extended Summary**

The condition that foreign court(s) must be determined specifically is not included among the conditions sought in Art.47 of the CPIL for the validity/acceptability of choice-of-forum agreements in foreign courts. It's not clear whether 'any court in different parts of the country of a foreign state' or 'a particular court of a foreign state' is meant by the expression 'the court of a foreign state' in Art.47 of the CPIL. This uncertainty causes a problem with the validity of agreements, which confers jurisdiction on the courts of a foreign state. In Turkish doctrine, the prevailing opinion is that it's not necessary to specify a chosen foreign court(s), so therefore there's no need to seek a condition that a foreign court(s) is certain. In comparative law, the same approach is generally adopted for the choice-of-forum agreements in foreign courts. Accordingly, there's no need to draft an agreement which indicates a competent court(s) locally in a foreign country.

The Court of Cassation (the Court), on the other hand, consistently demands that a foreign court(s) must be determined specifically in order for the choice-of-forum agreements to be valid in accordance with Art.47 of the CPIL. Since every state has the authority to determine the international competence of its courts officially, this condition can be sought in Turkish law for the acceptance of legal consequences of choice-of-forum agreements in a foreign court. Therefore, seeking this condition does not contradict the authority of the Turkish state to determine the international competence of its courts, nor does it contradict the authority of a foreign state, whose court(s) are chosen by an agreement, to determine the international competence of its courts. However, it's also arguable as to how it is appropriate to seek for the condition of certainty in terms of purpose and function of international choice-of-forum agreements. Unlike a choice-of-forum agreement in Turkish courts, parties of a choice-of-forum agreement in foreign courts may have various practical and legal interests that justify authorizing the judicial bodies of that state as a whole, rather than determining a particular court of a foreign state. Parties may prefer to identify the most appropriate one among different jurisdictions for their interests and to subject their disputes to this jurisdiction by conferring jurisdiction to foreign state courts in general. In this regard, it's not appropriate to interpret a choice-of-court agreement in favour of foreign courts as having the absolute function of determining in which city court the case will be heard in the country of a foreign state by relying on Art.47 of the CPIL.

Over time, it may be required for judicial bodies to add some conditions to Art.47 of the CPIL to protect the interests of parties of the agreement. In this context, the condition that a foreign court chosen by the parties must be certain may also be regarded by the Court as a necessary condition for the application of Art.47 of the CPIL. However, in its decisions the Court only relies on Art.17-18 of the CPC, which entitles the parties to determine the locally competent court in Turkey by signing

a choice-of-forum agreement, without providing any other justification. It's not appropriate for two reasons why the Court has based its decisions only on Art.18 without giving any other reason.

First of all, Art.17-18 regulates the legal regime of choice-of-forum agreements in Turkish courts in cases which include foreign or local elements, although choice-of-forum agreements in foreign courts are not covered by these provisions. Therefore, Art.17-18 is not a legal justification for the existence of the condition in question. Secondly, Art.47 of the CPIL and Art.17-18 of the CPC have completely different purposes and perform different functions in determining the international jurisdiction of Turkish courts. Therefore, it's not appropriate in seeking this condition for Art.47 since Art.18(2) stipulates that a locally competent court(s) must be shown in the agreement in favour of Turkish court(s). More importantly, the decisions of the Court contradict with each other on the issue of whether the condition of certainty should be sought. For these reasons, this condition cannot be considered as foreseeable and reasonable for the parties that have signed an agreement in favor of foreign state courts by relying on Art.47.

Consequently, when considering the purpose and function of international choice-of-forum agreements, it could not be understood what kind of purpose and function the this condition has in terms of validity/acceptability of agreements in favour of foreign courts. The fact that the Court failure to provide satisfactory grounds and to reach a uniform understanding in terms of the application of this condition may lead to distrust of the parties to the choice-of-forum agreements who rely on Art.47 of the CPIL. This is also incompatible with the requirements and interests of international trade, as it reduces the effectiveness of international choice-of-forum agreements, which is one of the instruments used in the resolution of international commercial disputes.

The aforementioned problem can be resolved explicitly by including this condition in the text of Art.47 of CPIL or by a provision which states that the condition in question cannot be sought for Art.47 of CPIL. It is also possible to reach a similar solution with a decision by the Board of the Unification of Case Law. However, seeking the condition of certainty may not always be a suitable and appropriate solution. Some decisions of the Court show that the problem of whether some agreements in foreign courts are still valid or not may arise, if the condition of certainty is sought for Art.47 of the CPIL. Therefore, we are of the opinion that it would be more appropriate not to seek this condition in terms of choice-of-forum agreements in foreign courts.

## Yabancı Mahkemeler Lehine Yapılan Yetki Anlaşmasında Seçilen Mahkemenin Belirli Olmamasından Kaynaklanan Meseleler

### Giriş

Borçlar hukuku alanında tanınan sözleşme özgürlüğünün milletlerarası usul hukuku alanındaki uzantısını, milletlerarası karakterli sözleşmelerin taraflarına sunulan, sözleşmeden kaynaklanan bir uyuşmazlığın ortaya çıkması halinde başvurulacak yargı mercini seçme özgürlüğü oluşturmaktadır<sup>1</sup>. Günümüzde, bu özgürlük, yetki anlaşması veya tahkim anlaşması akdetmek suretiyle kullanılmakta, böylece taraflar olası bir uyuşmazlığın nasıl ve nerede çözüme kavuşturulacağını önceden belirlemektedir. Devletler de bu tür anlaşmaların kendi hukuk düzenlerinde hangi şartlar altında ne tür hukuki sonuçlar doğurabileceğini düzenleme yoluna gitmektedir.

Türk hukukunda da, çağdaş ulusal hukuk sistemlerine ve milletlerarası anlaşmalarda benimsenen anlayışa paralel olarak, tarafların yetki anlaşması ile sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların çözümünü kendi iradeleriyle Türk mahkemelerinin yetkisine tabi kılabilecekleri veya Türk mahkemelerinin yetkisini dışlayarak yabancı devlet(ler) in mahkemelerinin yetkisine tabi kılabilecekleri anlayışı kabul edilmiştir. MÖHUK<sup>2</sup> m.40'ın iç hukukun yer itibarıyla yetki kurallarına yapmış olduğu atfa istinaden Türk mahkemelerinin seçimine ilişkin yetki anlaşmalarının geçerliliği ve hükümleri, HMK<sup>3</sup> m.17-18 hükümlerine tabi kılınmıştır<sup>4</sup>. Bu çalışmanın asıl konusunu ilgilendiren yabancı devlet mahkemelerinin seçimini öngören anlaşmaların hukuki rejimi ise MÖHUK m.47'de düzenlenmiştir. Kanun Koyucu, MÖHUK m.47 hükmüyle, tarafların yetki anlaşmasıyla yabancı unsurlu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar bakımından milletlerarası yetkisi doğabilecek Türk mahkemelerinin yetkisini dışlayarak, yabancı bir devlet mahkemesini/mahkemelerini yetkilendirmelerine izin vermiştir. Başka bir deyişle, Kanun Koyucusu, bir yandan tarafların uyuşmazlığın yabancı devlet mahkemelerinde çözümlenmesi konusundaki iradelerine itibar etmiş, diğer yandan bu tür anlaşmaların hangi hal ve şartlar altında geçerli sayılacağını düzenlemiş ve Türk

1 Fügen Sargın, *Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Anlaşmaları* (Yetkin 1996) 31-32; Ziya Akıncı, *Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Sözleşmesine Dayanan Yabancı Derdestlik* (Seçkin 2002) 59; Cemal Şanlı, *Uluslararası Ticari Aktinlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (7th edn Beta 2019) 84; Cemal Şanlı, Emre Esen and İnci Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, (7th edn Beta 2019) 422-423; Berk Demirkol, *Milletlerarası Yetki Anlaşmaları* (Vedat 2018) 2.

2 Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 5718, Kabul Tarihi: 27.11.2007, RG 12.12.2007/26728

3 Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Kanun Numarası: 6100, Kabul Tarihi: 12.01.2011, RG 04.02.2011/27836.

4 Türk kanunlarında yabancı unsurlu sözleşmelerden doğan davalarda Türk mahkemelerinin seçimine ilişkin yetki anlaşmalarını düzenleyen açık bir hüküm yoktur. Ancak, yabancı unsurlu özel hukuk uyuşmazlıklarında Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini düzenleyen MÖHUK m.40 hükmü, iç hukukun yer itibarıyla yetki kurallarına atf yapmaktadır ve yer itibarıyla yetki kurallarına göre yetkili bir mahkemenin varlığı halinde, söz konusu mahkeme o uyuşmazlık bakımından aynı zamanda milletlerarası yetkili hale gelmektedir. Türk hukukunda tarafların yetki anlaşması akdetmek suretiyle Türkiye'de yer itibarıyla yetkili bir veya birkaç mahkemenin yetkisi konusunda anlaşmaları mümkün olduğuna göre yer itibarıyla yetkinin tesisinde dikkate alınan taraf iradesi, yabancı unsurlu sözleşmelerden doğan davalarda da Türk mahkemelerinin yer itibarıyla ve milletlerarası yetkisinin tesisinde dikkate alınabilecektir. Bu konuda bkz.: Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 1) 423-424; Şanlı (n 1) 87; Aysel Çelikel and B. Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk* (15th edn Beta 2017) 632. Aksi yönde görüş için bkz.: Demirkol (n 1) 98ff.

mahkemelerine bu tür yetki anlaşmalarının hukuki sonuçlarını kabul etme yetkisi/ yükümlülüğü getirmiştir.

Yabancı mahkemeleri yetkilendiren bir anlaşmanın MÖHUK m.47’de aranan şartları karşılayıp karşılamadığı, dolayısıyla kanunen yetkili Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini bertaraf edip etmediği, bir tarafın yetki anlaşmasına rağmen davayı Türk mahkemelerinde açması halinde tartışılacaktır. Davanın açıldığı Türk mahkemesi, uyuşmazlık bakımından milletlerarası yetkili olup olmadığını re’sen inceleyememekte, dolayısıyla yabancı mahkeme lehine yapılan bir yetki anlaşmasının varlığını ve geçerliliğini davalının yapacağı yetki itirazı üzerine inceleyebilmektedir<sup>5</sup>. Yetki itirazının yerinde olup olmadığını incelemek durumunda olan söz konusu mahkeme, yetki anlaşmasının geçerliliği için MÖHUK m.47’de aranan şartların karşılanıp karşılanmadığını araştıracaktır. MÖHUK m.47 hükmüne göre, taraflar “*yer itibarıyla yetkinin münhasır yetki esasına göre tayin edilmediği hâllerde*”, “*aralarındaki yabancılık unsuru taşıyan*” ve “*borç ilişkilerinden doğan uyuşmazlığın*” yabancı bir devletin mahkemesinde görülmesi konusunda anlaşabilecektir. MÖHUK m.47’de normatif olarak yer alan bu şartlar dışında, “*yetki anlaşmasına konu teşkil eden ihtilafın belirli veya belirlenebilir olması*” ile “*seçilen mahkemenin belirli veya belirlenebilir olması*” şartlarının da aranması gerektiği belirtilmektedir<sup>6</sup>.

Kanunda açıkça yer almamasına rağmen yabancı mahkeme lehine yapılan bir yetki anlaşmasının geçerliliği için aranan bu iki şarttan ilkinin, bu tür anlaşmaların doğası gereği aranması gereken bir şart olduğu kabul edilmektedir<sup>7</sup>. Zira tarafların hangi hukuki ilişkiden kaynaklandığı belli olmayan, aralarında kurulabilecek her türlü veya herhangi bir hukuki ilişkiden doğabilecek herhangi bir uyuşmazlık için yetki anlaşmaları (veya tahkim anlaşmaları) öngörmeleri demek, önceden tahmin edemeyecekleri uyuşmazlıklar için bile belirli bir mahkeme haricinde diğer tüm mahkemelerin yetkisinden feragat anlamına gelecektir. Yetki anlaşmalarında niteliği gereği bulunması gerektiği belirtilen söz konusu şartta çeşitli ulusal ve uluslararası düzenlemelerde yer verildiği görülmektedir<sup>8</sup>.

Peki, aynı argümanlar “*seçilen mahkemenin belirli olması*” şartı bakımından söylenebilir mi? Tıpkı yetki anlaşmasına konu uyuşmazlığın belirli veya belirlenebilir olması şartında olduğu gibi, seçilen yabancı devlet mahkemesinin belirli olmasının yetki anlaşmalarında niteliği gereği bulunması gereken bir şart olduğundan söz etmek mümkün müdür? HMK m.18’de yabancılık unsuru içeren/içermeyen uyuşmazlıklar

5 Şanlı, Esen and Ataman-Fıganmeşe (n 1) 452.

6 Şanlı, Esen and Ataman-Fıganmeşe (n 1) 433-434.

7 Ceyda Süral, ‘Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisine Etkisi’, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2012(100) 167, 194; Demirkol (n 1) 133.

8 Mesela, Brüksel İbis Tüzüğü’nde, İsviçre hukukunda ve Yetki Sözleşmelerine ilişkin 2005 tarihli Lahey Sözleşmesinde yetki anlaşmasına konu uyuşmazlığın belirli bir hukuki ilişkiden kaynaklanması gerektiği açıkça ifade edilmiştir. Bu husus, Brüksel İbis Tüzüğü m.25(1)’de ve 2005 tarihli Lahey Sözleşmesi m.3(a)’da “*any disputes... with a particular legal relationship*” ifadesiyle ortaya konurken, İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m.5(1)’de de benzer bir ifadeye yer verilmiştir.

bakımından Türk mahkemelerini yetkilendiren anlaşmaların geçerliliği için aranan “mahkemenin veya mahkemelerin gösterilmesi” şartından yola çıkarak, seçilen yabancı mahkemenin belirli olması şartını, yabancı mahkemeleri yetkilendiren anlaşmalar bakımından aranması gerektiği Yargıtay içtihatlarında sıkça vurgulanmaktadır. Acaba, HMK m.18’de yer alan söz konusu şartın yabancı mahkemeleri yetkilendiren anlaşmalara da teşmil edilmesi, milletlerarası yetkiye ilişkin Türk hukukunda kabul edilen temel prensiplerle bağdaşmakta mıdır? MÖHUK m.47’de böyle bir şartın varlığına ihtiyaç duyulmamasına rağmen, kaynağını iç hukukun yer itibariyle yetki kurallarından biri olarak nitelendirebileceğimiz HMK m.17-18’den alan böyle bir şartı MÖHUK m.47 bakımından da aramanın yetki anlaşmalarının amacı ve işlevi bakımından yerinde olup olmadığı sorusu akla gelmektedir. Haliyle, kanunda aranmayan bir şartı aramanın, böylece tarafların uyuşmazlığın çözümü konusunda yabancı devletin belirli bir mahkemesine değil, fakat genel olarak tüm mahkemelerine yönelik iradelerini yok saymak anlamı gelip gelmediği sorusu da akla gelmektedir.

Bu çalışmada, kaynağını MÖHUK m.47’nin tatbikine ilişkin Yargıtay içtihatlarından alan yukarıdaki sorulara cevap bulunmaya çalışılacak, böylece seçilen mahkemenin belirli olması şartının yabancı devlet mahkemelerini yetkilendiren anlaşmaların geçerliliği için de aranmasının milletlerarası yetki hukuku bakımından yerinde olup olmadığı incelenecektir. Böylece, belirli olma şartının aranmasının milletlerarası yetki hukuku bakımından ortaya çıkarabileceği muhtemel sorunlar ele alınacaktır. Bu kapsamda, özellikle Yargıtay’ın çeşitli dairelerince verilen, söz konusu şartın uygulanmasına yönelik olarak birbiriyle farklılık arz eden içtihatları değerlendirilecektir. Ardından, Yargıtay içtihatları ışığında, seçilen yabancı mahkemenin belirli olması şartının aranmasının yabancı devlet mahkemeleri lehine yapılan kimi yetki anlaşmaları bakımından ortaya çıkarabileceği özel haller üzerinde durulacak ve bu hallerin yabancı mahkemeleri yetkilendiren bu anlaşmaların geçerliliği/kabul edilebilirliği bakımından ortaya çıkarabileceği sorunları incelenecektir. Şüphesiz, söz konusu tespit ve değerlendirmeleri yapabilmek için, öncelikle MÖHUK m.47’de yer alan şartları karşılayan bir yetki anlaşmasının Türk hukuku bakımından doğurduğu hukuki sonuçları, ardından konumuza ilişkin Türk doktrininde ileri sürülen görüşler ile mukayeseli hukuktaki yaklaşımı konumuzu ilgilendirdiği ölçüde ele almak, konunun anlaşılması bakımından yararlı olacaktır.

## **I. Türk Hukukunda Yetki Anlaşması ile Yabancı Mahkemelerin Yetkili Kılınması için Aranılan Şartlar ve Bu Şartları Karşılayan Bir Anlaşmanın Doğurduğu Hukuki Sonuçlar**

Türk hukukunda taraf iradesiyle yabancı mahkemelerin yetkili kılınabilmesi için gerekli olan şartlara MÖHUK m.47 hükmünde yer verilmiş, tarafların yabancı mahkemeler lehine yetki anlaşması akdetme özgürlüğünün sınırları söz konusu

hükümle çizilmiştir. Yabancı mahkemeleri yetkilendiren bir yetki anlaşmasının Türk milletlerarası usul hukukunca öngörülen hukuki sonuçları doğurabilmesi, yetki anlaşmasına konu uyuşmazlığın MÖHUK m.47’de yer alan şartları karşılmasına bağlıdır. MÖHUK m.47’de aranan şartların karşılanıp karşılanmadığı ise, söz konusu yetki anlaşmasına rağmen davanın Türk mahkemesinde açılması halinde ve davanın açıldığı Türk mahkemesince yapılacak değerlendirmeye bağlıdır.

Şüphesiz burada, MÖHUK m.47’de aranan şartların yabancı mahkeme lehine yapılan bir yetki anlaşmasının geçerlilik şartları mı olduğu, yoksa söz konusu anlaşmaya Türk mahkemelerince etki tanınması için aranan şartlar (kabul edilebilirlik şartları) mı olduğu sorusu akla gelebilir<sup>9</sup>. MÖHUK m.47 hükmünün lafzına bakıldığında, söz konusu şartların yabancı mahkeme lehine yapılan yetki anlaşmasının konusunu teşkil eden hukuki işlem veya ilişkinin niteliğine ilişkin şartlar olduğu görülmektedir. Ayrıca, söz konusu hüküm, doğrudan herhangi bir Türk mahkemesinin (yer itibarıyla ve) milletlerarası yetkisinin taraf iradesiyle tesis edilmesine yönelik şartları değil, kanunen milletlerarası yetkiye sahip olan Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin ortadan kaldırılması için gerekli olan şartları düzenlemektedir. Böylece, MÖHUK m.47 hükmü, MÖHUK’ta yer alan diğer yetki kurallarından farklı olarak, kanunen milletlerarası yetkiye sahip olan Türk mahkemelerinin yetkisiz kılınabilme durumunu düzenlemekte, bunun için tek başına taraf iradesinin yeterli olmadığını, buna ilaveten birtakım şartların da gerekli olduğunu ortaya koymaktadır.

Diğer yandan, bir önceki paragraftaki ifadelerimizden yabancı mahkemeleri yetkilendiren bir anlaşmanın geçerliliği için tarafların bu konuda karşılıklı ve birbirine uygun iradelerinin gerekli olmadığı sonucuna varılmamalıdır. Yabancı mahkemeleri yetkilendiren anlaşmalar da tıpkı diğer sözleşmeler gibi, sözleşmelerin kurulması ve geçerliliği için Türk hukukunda aranan şartları karşılamalıdır. Bu noktada, taraf iradesinin yabancı bir mahkemenin yetkili kılınmasına yönelik olduğu, dolayısıyla söz konusu yetki anlaşmasının maddi açıdan geçerliliğine seçilen yabancı mahkemenin hukukunun uygulanması gerektiği ileri sürülebilir. Ancak, söz konusu anlaşmanın bir usul hukuku sözleşmesi olarak nitelendirildiği<sup>10</sup>, usul hukukuna ilişkin konuların genel olarak *lex fori*’ye tabi olduğu kabul edildiği<sup>11</sup>, bu bağlamda yabancı mahkemeleri yetkilendiren anlaşmaların sadece mahkeme seçimine yönelik değil Türk mahkemelerinin yetkisini bertaraf edici (derogative) bir fonksiyon üstlendiği

9 Nitekim doktrinde MÖHUK m.47’de yer alan şartların yabancı mahkeme lehine yapılan yetki anlaşmalarının geçerliliği için aranan şartlar olduğu ifade edilmektedir. Bkz.: Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 1) 432; Vahit Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk* (5th edn 2019) 87. Kimi yazarlar ise, yetki anlaşmasının geçerliliğine ilişkin şartlar ile etki tanınmasına (kabul edilebilirliğine) ilişkin şartlar arasında bir ayrım yapılması gerektiğini, MÖHUK m.47’de yer alan şartların aslında geçerlilik şartı değil, yabancı mahkeme lehine yapılan yetki anlaşmasına etki tanınabilmesi, dolayısıyla yetki anlaşmasının Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi üzerinde etki doğurabilmesi için aranan şartlar olarak bakılması gerektiğini savunmaktadır. Bkz.: Sargın (n 1) 240-241; Demirkol (n 1) 45-46.

10 Sargın (n 1) 238-239; Mine Akkan, *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku* (15th edn On İki Levha 2017) 305. Nur Bolayır, *Medeni Usul Hukukunda Yetki Sözleşmeleri* (Beta 2009) 46-48; İbrahim Aşık, ‘Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na göre Yetki Sözleşmesi’ *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2011(97) 11, 20.

11 Çelikel and Erdem (n 4) 481ff; Doğan (n 9) 87; Ergin Nomer, *Devletler Hususi Hukuku* (22th edn Beta 2018) 489.

göz ardı edilmemelidir. Dolayısıyla, Türk mahkemelerinin yabancı mahkemeyi yetkilendiren anlaşmanın sözleşmelerin kuruluşu ve geçerliliğine ilişkin Türk hukukunda kabul edilen kurallara uygun olup olmadığını incelemesi gerekecektir<sup>12</sup>. Türk mahkemelerinin MÖHUK m.47’de yer alan şartların yanı sıra, tarafların yabancı mahkemenin/mahkemelerin yetkilendirilmesine yönelik iradelerinin varlığını da araştırması gerekmektedir. Tarafların hukuki ilişkilerinden doğacak uyuşmazlıkların yabancı mahkemelerce çözümü konusunda karşılıklı ve birbirine uygun iradelerinin varlığı, geçerli bir yetki anlaşmasının varlığı için en temel şarttır<sup>13</sup>. Aynı zamanda, yetki anlaşmasına yönelik karşılıklı ve birbirine uygun iradenin dış dünyaya yansıtılması gerekmekte olup, söz konusu irade, hata, hile, cebir veya ikrah gibi irade fesadı hallerinden biriyle sakatlanmamış olmalıdır. Bunların yanı sıra, sözleşme akdetme özgürlüğünün sınırlarını çizen BK<sup>14</sup> m.27 hükmü, bir sözleşme niteliğinde olan yetki anlaşmaları bakımından da uygulama alanı bulacaktır. Dolayısıyla, yabancı mahkemeleri yetkilendiren anlaşmaları, kamu düzenine, ahlaka, temel hak ve özgürlüklere aykırı ise, MÖHUK m.47’deki şartları karşılarsa dahi, geçersiz olarak nitelendirilecektir<sup>15</sup>.

Yukarıda değindiğimiz şartları karşılayan bir yetki anlaşmasının, daha doğru bir ifadeyle, yetki anlaşmasına konu teşkil eden yabancı unsurlu özel hukuk uyuşmazlığının “*Türk mahkemelerinin yer itibariyle yetkisinin münhasır yetki esasına göre tayin edilmediği bir konuya ilişkin olmaması*” gerekir. Hangi yetki kurallarının veya Türk mahkemelerinin yetkisinin hangi tür uyuşmazlıklar bakımından münhasır nitelikte olduğuna dair bir ifadeye MÖHUK’da yer verilmemiştir<sup>16</sup>. Bununla birlikte, Türk mahkemelerin yer itibariyle yetkisini tayin eden bir kuralın, aynı zamanda münhasır yetki kuralı mahiyetinde olup olmadığı Türk doktrin ve mahkeme tatbikatıyla şekillendiği görülmektedir. Buna göre, yetki anlaşmasına konu hukuki ilişki

12 Bkz.: Nomer (n 11) 489; Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 1) 434; Yabancı mahkemeleri yetkilendiren yetki anlaşmalarının maddi geçerliliğine seçilen mahkemenin hukukunun uygulanması gerektiği yönünde bkz.: Sargın (n 1) 243-244; Nuray Ekşi, *Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi* (2nd edn Beta 2000) 182; Akıncı (n 1) 60; Doğan (n 9) 87; Demirkol (n 1) 59. Mukayeseli hukukta da aynı yaklaşımın benimsendiği görülmektedir. Mesela, çalışmamızda sıkça atf yapacağımız Medeni ve Ticari Davalarda Mahkemelerin Yetkisine ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine dair 1215/2012 sayılı Brüksel İbis Tüzüğü m.25’te yetki anlaşmasının maddi geçerliliğinin yetkilendirilen mahkemenin hukukuna tabi olacağı kabul edilmiştir. Bu hukuka göre, yetki anlaşması hükümsüz (null and void) olmadıkça, seçilen mahkemenin yetkili olduğu belirtilmiştir. Bkz.: Ulrich Magnus/Peter Mankowski/Ulrich Magnus, *Brussels Ibis Regulation (2016)*, Art.25 Ed. Ulrich Magnus and Peter Mankowski (Verlag 2016), 626-627. Benzer bir düzenleme Yetki Anlaşmalarına dair 2005 tarihli Lahey Sözleşmesi m.6(a)’da da yer almaktadır. Bkz.: Trevor Hartley/Masato Dogauchi, *Explanatory Report on Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements*, para. 126, (<<https://assets.hcch.net/docs/0de60e2f-e002-408e-98a7-5638e1ebac65.pdf>>, Erişim Tarihi 24 Aralık 2019). Şüphesiz, nasıl ki taraflar akdettikleri maddi hukuk sözleşmesinin maddi geçerliliğine ve hükümlerini uygulananacak hukuku seçmekte serbest ise, benzer şekilde söz konusu maddi hukuk sözleşmesinden doğabilecek uyuşmazlıkların çözümü amacıyla akdettikleri yetki anlaşmalarının maddi geçerliliğine uygulanacak hukuku belirlemekte de serbesttir. Nitekim doktrinde de bu yaklaşımın benimsendiği, hatta sözleşmelere uygulanacak hukuku gösteren genel kural niteliğindeki MÖHUK m.24 hükmünün yabancı mahkemeleri yetkilendiren yetki anlaşmalarının maddi geçerliliği bakımından kıyasen uygulanabileceği ifade edilmektedir. Bkz.: Demirkol (n 1) 49-52, 58.

13 Sargın (n 1) 48-49; Magnus/Mankowski/Magnus Art.25 (n 12) 626.

14 Türk Borçlar Kanunu, Kanun Numarası: 6098, Kabul Tarihi: 11.01.2011, RG 04.02.2011/27836.

15 Bkz.: Nomer (n 11) 490; Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 1) 434; Magnus/Mankowski/Magnus, Art.25 (n 12) 623. Yargıtay HGK 287/325 06.05.1998 ( Lexpera <[www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr)> Erişim Tarihi 22 Aralık 2019).

16 Çelikel and Erdem (n 4) 714; Nuray Ekşi, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi* (Beta 2013) 178.



bakımından münhasır yetkiye sahip bir Türk mahkemesinin bulunup bulunmadığının tespiti için, söz konusu yetki kuralının ifadesi ve konuluş gayesi dikkate alınacak ve kanun koyucunun bu yetki kuralı ile dava konusunun mutlak şekilde ve sadece Türk mahkemelerinde görülmesini amaçlayıp amaçlamadığına bakılacaktır<sup>17</sup>. Dolayısıyla, yabancı mahkeme lehine yapılan yetki anlaşmasına konu uyumsuzluk bakımından münhasır yetkili bir Türk mahkemesinin varlığını tespit eden Türk mahkemesi, söz konusu yetki anlaşmasına etki tanımayacaktır.

MÖHUK m.47’de açıkça “*borç ilişkilerinden doğan uyumsuzluğun*” yetki anlaşmasına konu yapılabileceği öngörülmüş, ancak borç ilişkisinin kaynağının mutlaka bir sözleşmenin mi oluşturması gerektiğinden söz edilmemiştir. MÖHUK m.47’de açıkça borç ilişkisinden doğan uyumsuzluk ifadesine yer verildiğinden, buradaki borç ilişkisi ile borçlar hukuku kökenli borç ilişkilerinin mi kastedildiği problemi ortaya çıkabilir. MÖHUK m.1(1) hükmü MÖHUK hükümlerinin özel hukuk işlem ve ilişkilerinden doğan uyumsuzluklara uygulanacağını öngördüğünden, aile hukuku veya eşya hukukundan kaynaklanan borç ilişkileri bakımından yabancı bir mahkemenin yetkili kılınabileceği söylenebilir. Bununla birlikte, söz konusu ifadenin aile, kişiler, miras veya eşya hukukuna ilişkin uyumsuzlukları değil, borçlar hukuku kapsamındaki borç ilişkileri olarak anlaşılması gerektiği kabul edilmektedir<sup>18</sup>. Bu bakımdan, başta sözleşmelerden doğan uyumsuzluklar olmak üzere, tarafların üzerinde irade serbestisine sahip olduğu konulardan kaynaklanan (haksız fiil, sebepsiz zenginleşme) borç ilişkilerinden doğan uyumsuzlukların yetki anlaşmasına konu yapılması mümkündür.

Tarafların yetki anlaşmasıyla yabancı mahkemeyi yetkili mahkeme olarak seçebilmeleri için, aralarındaki hukuki ilişkinin yabancılık unsuru içermesi gerekmektedir. Tıpkı, diğer şartlarda olduğu gibi, yabancılık unsurundan ne anlaşılması gerektiği MÖHUK’ta tanımlanmamıştır. Ancak, taraflardan birinin yabancı olması, akdin yapıldığı veya ifa yerinin başka bir ülke olması, borç ilişkisinin yabancı ülkede doğması veya borç ilişkisine uygulanacak hukukun yabancı hukuk olması gibi<sup>19</sup>,

17 Bkz.: Ekşi, *Millîterarası Yetki* (n 12) 216; Nomer (n 11) 521; Çelikel and Erdem (n 4) 715; Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 1) 560-561; Şanlı (n 1) 287; Sargın (n 1) 152; Ekşi, *Tanıma-Tenfiz* (n 16) 178; Atâ Sakmar, *Yabancı İllâmların Türkiye’deki Sonuçları* (İstanbul Üniversitesi Yayınları 1982) 99; Rona Aybay and Esra Dardağan, *Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı)* (2nd edn İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2008) 256; Bilgin Tiryakioğlu, *Yabancı Boşanma Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi* (AÜHF Yayınları 1996) 40-41; Emre Esen, ‘Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Münhasır Yetki Kavramı’ (2002) 22(2) MHB (Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan) 183, 204; Uğur Tütüncübaşı, *Yabancı Çekişmesiz Yargı Kararlarının Türk Hukukunda Tanınması* (Adalet 2014) 148-149; Ergin Nomer, ‘Yabancı Mahkeme İllâmlarının Tenfizinde Mahkemelerin Yetkisi ve Kamu Düzeni’ (2003) 23(1-2) MHB (Prof. Dr. Gülören Tekinalp’e Armağan) 565, 566; Cemile Demir Gökyayla, ‘Millîterarası Özel Hukukta Vesayet’ Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011(1) (Prof. Dr. Atâ Sakmar’a Armağan) 403, 415; Begüm Süzen, *Tanıma ve Tenfiz Davalarında Kararı Veren Mahkemenin Yetkisinin Denetimi* (On İki Levha 2016) 67; Ebru Şensöz Malkoç, *Aile Hukukuna İlişkin Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması* (Oniki Levha 2017) 371. Yargıtay HGK 12-287/325 06.05.1998; Yargıtay HGK 543/1286, 29.04.2015; Yargıtay 18 HD 13941/15498 04.11.2014; Yargıtay 18. HD 18352/4459 11.03.2014; Yargıtay 18 HD 12365/483 17.01.2013 (<www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 22 Aralık 2019).

18 Çelikel and Erdem (n 4) 618; Nomer (n 11) 491; Akıncı (n 1) 63. Yargıtay HGK 287/325 06.05.1998; Yargıtay 9 HD 7381/16168 03.06.2010 (<www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 22 Aralık 2019).

19 Bkz: Yargıtay HGK 287/325 06.05.1998; Yargıtay 9HD 7381/16168 03.06.2010 (<www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 25 Aralık 2019).

uyuşmazlığın maddi veya hukuki unsurları itibariyle uyuşmazlığı birden fazla hukuk düzeni ile iribatlı hale getiren bir unsurun varlığı, söz konusu şartın karşılanması için yeterli olacaktır<sup>20</sup>.

Yukarıdaki şartları ihtiva eden ve yabancı mahkemeleri yetkilendiren bir yetki anlaşmasının en önemli sonucu, söz konusu anlaşmaya rağmen davanın kanunen genel ve özel yetkili Türk mahkemelerinde açılması halinde ortaya çıkacaktır. Böyle bir anlaşmanın Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin bertaraf edici (derogatif) bir fonksiyona sahip olup olmadığı, yabancı mahkemenin veya mahkemelerin uyuşmazlığı görmeye münhasıran yetkili kılınıp kılınmamasına, daha net bir ifadeyle yetki anlaşmasının münhasır nitelikte yetki anlaşması olarak yorumlanıp yorumlanmamasına bağlı olarak değişecektir<sup>21</sup>. Buna göre, tarafların sadece bir devlet mahkemesini veya belirli mahkemeleri yetkili kıldığı anlaşmalar, uyuşmazlık bakımından milletlerarası yetkisi doğabilecek diğer tüm mahkemelerin yetkisini ortadan kaldırması itibariyle münhasır yetki anlaşması (exclusive jurisdiction agreement) olarak kabul edilmektedir<sup>22</sup>. Bu bakımdan, ortaya çıkardıkları sonuç itibariyle bu tür yetki anlaşmaları hem müspet hem menfi etkiye sahiptir<sup>23</sup>. Zira kanunen yetkili Türk mahkemelerinin yetkisini yabancı devlet mahkemelerini yetkili kılmak suretiyle bertaraf eden böyle bir yetki anlaşmasıyla taraflar, uyuşmazlığın sadece kararlaştırılan mahkeme(ler)de karara bağlanacağı ve davanın söz konusu mahkemeler dışında başka bir mahkemede açmayacakları taahhüdü altına girmektedir<sup>24</sup>. Dolayısıyla, söz konusu anlaşmanın varlığına rağmen, bir tarafın kanunen yetkili Türk mahkemesinde dava açması halinde, davalı yabancı mahkeme lehine yapılan bir yetki anlaşmasının varlığına istinaden yetki itirazında bulunabilir. Mahkeme ise, yetki anlaşmasına dayanan yetki itirazının yerinde olup olmadığını değerlendirirken, söz konusu yetki anlaşmasının MÖHUK m.47’de yer alan şartları karşılayıp karşılamadığını inceleyecek, böylece yetki anlaşmasının Türk mahkemelerinin (kendisinin) yetkisini ortadan kaldırıp kaldırmadığına karar verecektir. Bu bakımdan, yabancı mahkemeleri yetkilendiren ve MÖHUK m.47’deki şartları karşılayan bir yetki anlaşması, söz anlaşmanın konusunu oluşturan uyuşmazlığın Türk mahkemesinin önüne gelmesi halinde davalıya yetki anlaşmasına dayanan bir yetki itirazında bulunma imkânı sunmaktadır.

Buna mukabil, aynı şey münhasır olmayan yetki anlaşmaları (non-exclusive jurisdiction agreements) bakımından söylenemez. Bu tür anlaşmalar, yabancı devlet

20 Sargın (n 1) 148-150; Akıncı (n 1) 63.

21 David Joseph, *Jurisdiction and Arbitration Agreements and Their Enforcement* (3ed edn Sweet and Maxwell 2015) 102; Mary Keyes and Brooke Adele Marshall, ‘Jurisdiction Agreements: Exclusive, Optional and Asymmetrical’, (2015) 11(3) *Journal of Private International Law* 345, 349.

22 Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 1) 442; Adrian Briggs, *Agreements on Jurisdiction and Choice of Law* (OUP 2008) 110.

23 Sargın (n 1) 27; Magnus/Mankowski/Magnus Art.25 (n 12) 605; Keyes and Marshall (n 21) 353; Trevor Hartley, *Choice-of-Court Agreements under the European and International Instruments* (OUP 2013) 5; Trevor C. Hartley, *International Commercial Litigation-Texts, Cases and Materials on Private International Law* (2nd edn Cambridge University Press 2015) 179; Gülüm Bayraktaroğlu Özçelik, *Milletlerarası Usûl Hukukunda Paralel Davalar* (Yetkin 2017) 34-35.

24 Joseph (n 21) 102; Richard Fentiman, *International Commercial Litigation* (2nd edn OUP 2015) 44.

mahkemelerin yetkilendirmekle beraber, tarafların milletlerarası yetkiye sahip olabilecek diğer mahkemelerin, hususen kanunen yetkili Türk mahkemelerinin yetkisini bertaraf etmemekte, taraflara bu mahkemelerin yanı sıra yetkilendirdikleri yabancı mahkemeye de başvurabilme imkânı sunmaktadır<sup>25</sup>. Yabancı mahkemeleri yetkilendiren bir anlaşma, kaleme alınış ve yorumlanış biçimi itibariyle münhasır nitelikte sayılmazsa, yetkilendirilen yabancı mahkemenin veya mahkemelerin yanında Türkiye’deki uyuşmazlık bakımından kanunen yetkili olan mahkemelerin yetkisi devam edecektir. Dolayısıyla, davanın kanunen yetkili Türk mahkemesinde açılması halinde, davalı söz konusu yetki anlaşmasına istinaden yetki itirazında bulunsa dahi, söz konusu itiraz mahkeme tarafından reddedilecektir. Bu yönüyle, davacıya yetki anlaşmalarıyla belirlenen mahkeme(ler)de dava açma yükümlülüğü getirmeyen bu tür anlaşmalar, münhasır yetki anlaşmalarının sahip olduğu menfi etkiye (derogative effect) sahip değildir<sup>26</sup>. Şüphesiz, bir yetki anlaşmasının münhasır nitelikte olup olmadığı, büyük ölçüde yetki anlaşmasının yorumu meselesi olarak Türk mahkemelerinin önüne gelecektir. Böyle bir durumda, taraflarca kaleme alınan sıradan bir yetki anlaşmasının münhasır nitelikte olduğu kabul edilmelidir<sup>27</sup>.

Bu açıklamalar ışığında, yabancı mahkemeleri yetkilendiren bir yetki anlaşmasının, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi üzerinde yukarıda değindiğimiz etkiyi/ hukuki sonucu, söz konusu anlaşmanın münhasır yetki anlaşması niteliğinde olması halinde doğurabileceğini söyleyebiliriz. Ancak, bunun için tek başına taraf iradesinin bu yönde olmasının yeterli olmadığı, yetki anlaşmasının MÖHUK m.47’de aranan şartları da karşılaması gerektiği bir gerçektir. Tarafların, münhasır olmayan bir yetki anlaşmasıyla yabancı mahkemelerin yetkili kılındığı hallerde, zaten kanunen yetkili olan Türk mahkemelerinde dava açılabilmesi mümkün olduğundan, böyle bir anlaşmanın MÖHUK m.47’de yer alan şartları karşılaması ile karşılamaması arasında Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisine olan etkileri bakımından bir farklılık yoktur. Her iki halde de davanın açıldığı Türk mahkemesi, davalının yapacağı yetki itirazına istinaden MÖHUK m.40 vd. hükümlerine göre kendisinin uyuşmazlık bakımından milletlerarası yetkiye sahip olup olmadığını inceleyecektir. Davalının

25 Şanlı, Esen and Ataman-Fıganmeşe (n 1) 446-447.

26 Sargın (n 1) 27; Keyes and Marshall (n 21) 363; Joseph (n 21) 102-103; Fentiman (n 24) 44-45; Hartley, *Commercial Litigation* (n 23) 179.

27 Türk doktrininde bir yetki anlaşmasının münhasır nitelikte olup olmadığını, anlaşmanın yorumu meselesi olduğu, taraflarca kaleme alınan sıradan bir yetki anlaşmasının şartının münhasır nitelikte olduğunun kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bkz.: Sargın (n 1) 194-195; Şanlı, Esen and Ataman-Fıganmeşe (n 1) 446; Şanlı (n 1) 117. Söz konusu yaklaşımın mukayeseli hukukta da benimsendiği görülmektedir. Örneğin, Brüksel Ibis Tüzüğü m.25’te, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, taraflar arasında akdedilen bir yetki anlaşmasının münhasır nitelikte olacağı kabul edilmiştir. Bu konuda detaylı bilgi için bkz.: Magnus/Mankowski/Magnus, Art.25 (n 12) 605 vd. Buna mukabil, 2005 tarihli Yetki Anlaşmalarına Dair Lahey Sözleşmesi, sadece hukuki veya ticari konularda bir taraf devlet mahkemesini yetkili kılan münhasır yetki anlaşmaları bakımından tatbik imkânı bulacak olup münhasır nitelikte olmayan anlaşmalar Sözleşmenin kapsamı dışında bırakılmıştır. Bkz.: Hartley and Doguchi Report (n 12) para.12, 28. AB üyesi devletlerin milletlerarası usul hukuklarının analiz edildiği bir çalışmada, kimi üye devlet hukuklarında Brüksel Ibis Tüzüğündeki yaklaşımın benimsendiği, tarafların aksini açıkça kararlaştırmadığı sürece seçilen mahkemenin yetkisinin münhasır olduğu anlayışının kabul edildiği ifade edilmektedir. bkz.: Arnaud Nuyts, Study on Residual Jurisdiction, (Review of the Member States’ Rules concerning the “Residual Jurisdiction” of their courts in Civil and Commercial Matters pursuant to the Brussels I and II Regulation), General Report, Final Version Dated 3 September 2007, 73-74.

münhasır olmayan yetki anlaşmasına dayanan yetki itirazını dikkate alan Türk mahkemesi, MÖHUK m.47'deki şartların, dolayısıyla söz konusu şartlara ilaveten Yargıtay tarafından aranan “*seçilen yabancı mahkemenin belirli olması*” şartının varlığı araştırmak yerine, yetki anlaşmasının münhasır nitelikte olup olmadığını ve dolayısıyla kendi yetkisinin ortadan kaldırıp kaldırmadığını incelemek yoluna gidebilir. Dolayısıyla, yetki anlaşmasının münhasır nitelikte olmadığı hallerde, MÖHUK m.47'de aranan şartlardan biri karşılanmasa da davanın açıldığı Türk mahkemesi -milletlerarası yetkiye sahip olmak kaydıyla- davayı görmeye devam edecektir.

Bu bakımdan, MÖHUK m.47'de yer alan şartların, dolayısıyla “*seçilen yabancı mahkemenin belirli olması*” şartının karşılanıp karşılanmadığı, daha çok yabancı mahkemeleri yetkilendiren anlaşmaların, münhasır yetki anlaşması niteliğinde olması halinde önem arz etmektedir. Zira bu durumda MÖHUK m.47'de aranan şartlardan birinin karşılanmadığına karar vermek, taraflar yetki anlaşmasıyla münhasıran yabancı devlet mahkemelerini yetkilendirmiş olsalar da, davanın açıldığı -ve kanunen milletlerarası yetkiye sahip- Türk mahkemesinin yetkisinin bertaraf edil(e)memiş olması sonucuna yol açacaktır. Dolayısıyla, yabancı mahkemeleri yetkilendiren anlaşmanın Türk mahkemelerinin yetkisini ortadan kaldırabilmesi, anlaşmanın münhasır yetki anlaşması niteliğinde olması halinde söz konusu olacağından, söz konusu anlaşmanın etki doğurabilmesi için seçilen yabancı mahkemenin belirli olması şartının aranıp aranmayacağı meselesi, esasen yetki anlaşmasının münhasır nitelikte olduğu haller bakımından önem arz etmektedir. Bu itibarla, “yetki anlaşması” veya “yabancı mahkemeleri yetkilendiren anlaşma” kavramlarını, çalışmamızın geri kalan kısmında “münhasır yetki anlaşmaları”nı ifade edecek şekilde kullanacağız.

## **II. Yabancı Mahkemeleri Yetkilendiren Anlaşmalar Bakımından Seçilen Mahkemenin Belirli Olmasının Bir Şart Olarak Aranmasının Gerekliliği Konusunda Türk Hukukundaki ve Mukayeseli Hukuktaki Yaklaşımlar**

### **A. Türk Doktrinde İleri Sürülen Görüşler**

MÖHUK m.47'nin metninde Türk mahkemelerini yetkilendiren yetki anlaşmalarında (yer itibarıyla) yetkili kılınan mahkemenin gösterilmesi gerekliliğini ortaya koyan HMK m.18'deki ifadeye benzer bir ifadeye yer verilmemiştir. Söz konusu maddede sadece “*yabancı bir devletin mahkemesi*”nden söz edilmekte, ancak bu ifade ile yabancı bir devletin ülkesinin farklı yerlerinde konuşlandırdığı herhangi bir mahkemenin mi yoksa yabancı devletin belirli bir mahkemesinin mi kastedildiği anlaşıl(a)mamaktadır. Bu bakımdan, MÖHUK m.47'de HMK m.18'den farklı olarak, yabancı mahkemenin belirli veya belirlenebilir olması ile ilgili herhangi bir ifadeye yer verilmediği söylenebilir. Diğer yandan, MÖHUK m.47 metninde seçilen yabancı mahkemenin belirli veya belirlenebilir olması şartını karşılamayan bir yetki

anlaşmasına etki tanınıp tanınmayacağı konusundaki belirsizliği çözmek üzere kıyasen uygulanabilecek bir normun bulunmadığı da belirtilmektedir<sup>28</sup>. Yabancı mahkemeleri yetkilendiren anlaşmalara etki tanınması için seçilen yabancı mahkemenin belirli olması konusunda yaşanan belirsizlik, varlığını sadece ileride inceleyeceğimiz Yargıtay içtihatlarında hissettirmemiş, Türk doktrininde bu konuda farklı görüşlerin de ortaya çıkmasına neden olmuştur.

Bu görüşlerden ilki, yabancı mahkemeleri yetkilendiren anlaşmaların geçerliliği için yetkili kılınan yabancı mahkemenin belirli veya belirlenebilir olması koşulunun aranması gerektiği yönündedir<sup>29</sup>. Buna göre, yabancı bir devletin mahkemelerini genel olarak yetkilendiren yetki anlaşmaları, yetkili kılınan mahkeme belirli veya belirlenebilir olmadığından dolayı MÖHUK m.47 uyarınca hukuki sonuç doğurmaz. Diğer yandan, maddenin yorumundan yetki anlaşması ile yetkili kılınan mahkemenin belirli olması şartının arandığının söylenebileceğini belirten kimi yazarlar, yabancı ülkedeki belirli bir mahkeme yetkili kılınmadıkça, yabancı devletin mahkemelerini genel olarak yetkili kılan bir anlaşmanın pratik sonuç vermeyeceği ve geçerli sayılmayacağını belirtmektedir<sup>30</sup>. Bu görüşün kabulü halinde, tarafların yabancı bir devletin mahkemelerini genel olarak yetkili kılmış olmaları halinde, söz konusu yetki anlaşması, yabancı devletin ülkesindeki hangi mahkemenin uyuşmazlığı görüp karara bağlayacağı –Türk hukukuna göre- belli olmadığından, yabancı devletin hukukuna göre geçerli olsa dahi, Türk mahkemelerinin yetkisi üzerinde herhangi bir etki doğurmaz.

Bu görüşlere karşın, Türk hukukunda yabancı mahkemeleri yetkilendiren bir yetki anlaşmasında tarafların yabancı ülkedeki belirli bir yer mahkemesi yerine yabancı devletin mahkemelerini genel olarak yetkili kılmış olmalarının yeterli olduğu, yetkili kılınan mahkemenin ismen zikredilmiş olmasına gerek olmadığı görüşünün daha fazla kabul gördüğünü söyleyebiliriz<sup>31</sup>. Bu görüşü savunan yazarlarca ileri sürülen temel argüman, bu konuda MÖHUK m.47’de açık bir düzenlemenin bulunmadığı ve dolayısıyla tarafların böyle bir anlaşmayla Türk mahkemelerinin yetkisini bertaraf edip uyuşmazlığın yabancı mahkeme önünde çözümlenmesi konusundaki iradelerine itibar edilmesi gerektiğidir. Buna göre, MÖHUK m.47’de seçilen yabancı mahkemenin Londra, Münih veya Paris mahkemeleri şeklinde ismen belirtilmesi zorunluluğu

28 Emre Esen, ‘Critique of a Turkish Court of Cassation Decision on the Validity of Choice-of-Law and Choice-of-Forum Clauses in an Insurance Agreement’, (2010) 42(59) *Annales de la Faculté de Droit d’Istanbul* 365, 372; Demirkol (n 1) 118.

29 Şanlı, Esen and Ataman-Fıganmeşe (n 1) 433-434; Doğan (n 9) 76; Şanlı (n 1) 101; Esen (n 28) 372; Baki Kuru, ‘Sözleşme ile Yabancı Mahkemenin Yetkili Kılınması’ (1986) 6(2) *MHB* 140, 144.

30 Ekşi, *Milletlerarası Yetki* (n 12) 181-182; Nuray Ekşi, ‘Uluslararası Ticarete İlişkin İki Güncel Sorun: Sözleşme Bedelinin Yabancı Para Olarak Ödenmesi ve Yabancı Mahkemenin Yetkisinin Tesisi’ (1998) 72(10-12) 864, 873.

31 Çelikel and Erdem (n 4) 619; Nomer (n 11) 491; Sargın (n 1) 171; Akıncı (n 1) 66; Süral (n 7) 194; Bolayır (n 10) 158; Demirkol (n 1) 121-122; Ziya Akıncı, ‘Milletlerarası Usul Hukukunda Seçilen Mahkemenin Bağlantılı Olması Koşulu’ (2002) 22(2) *MHB* (Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan) 1, 5-6; Özlem Canbeldek, ‘Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Kanunu Işığında Yetki Sözleşmeleri’ (2012) 8(2) *MİHDER* 203, 209; Cemile Demir Gökyayla, *Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri (Münhasır Bayilik Sözleşmeleri)* (2nd edn Vedat 2013) 464.

öngörülmemiştir<sup>32</sup>. Dolayısıyla, tarafların uyuşmazlığın Türk mahkemeleri yerine yabancı devlet mahkemeleri önünde çözümlenmesi konusundaki iradelerine itibar edilmesi gerekmektedir<sup>33</sup>. Zira bu durumda Türk mahkemesi için artık önemli olan, böyle bir anlaşmayla tarafların artık davanın somut olarak yabancı devletin hangi mahkemesi önünde görüleceği değil, ismen belirledikleri yabancı bir devletin yargı organları önünde bu devletin kanunlarına uygun olarak görüleceği konusundaki niyetlerinin varlığıdır. Taraflar, açıkça yabancı ülkenin belirli bir yerindeki mahkemeyi kararlaştırmamış olsalar bile, anlaşmada mahkemeyi ismen zikretmek yerine genel olarak yabancı devletin adını belirterek uyuşmazlığın o devletin sınırları içinde yer alan bir mahkeme tarafından karara bağlanmasını amaçlamış olabilir<sup>34</sup>. Bu nedenle, söz konusu iradenin varlığı, MÖHUK m.47'deki şartların da varlığı halinde Türk mahkemelerinin yetkisizlik kararı vermesi için yeterli kabul edilmelidir.

Bu görüşün doğal sonucu olarak, yabancı devlet mahkemelerini genel olarak yetkilendiren ve MÖHUK m.47'deki şartları karşılayan bir yetki anlaşması, kanunen yetkili olan Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini ortadan kaldıracaktır. MÖHUK m.47'de aranan şartları karşılayan böyle bir yetki anlaşmasının mahkemeleri genel olarak yetkilendirilen yabancı devletin hukukunca geçerli olup olmadığı ise, doğal olarak söz konusu devletin hukukuna göre belirlenecektir<sup>35</sup>. Zira yabancı mahkemeyi yetkilendiren bir anlaşmanın Türk hukukunu ilgilendiren tarafı, sözleşmenin yabancı devletin hukukunca hangi şartlar altında geçerli olacağı ve yabancı mahkemenin yetkisini nasıl tesis edeceği değil, söz konusu anlaşmanın Türk mahkemelerinin yetkisi üzerindeki etkisidir. Haliyle, seçilen yabancı mahkemenin belirli olması şartının aranıp aranmayacağı konusunda karar verecek olan da mahkemeleri yetkilendirilen yabancı devletin hukukudur. Dolayısıyla, bir örnek üzerinden açıklamak gerekirse, *“işbu sözleşmeden doğan uyuşmazlıklar bakımından Alman mahkemeleri yetkilidir”* şeklindeki bir yetki anlaşmasının, MÖHUK uyarınca geçerli kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir. Buna göre, anlaşmanın Alman mahkemelerinin veya herhangi bir Alman mahkemesinin yer itibarıyla yetkisini tesis edip etmediği ise Alman hukukuna bırakılmalıdır. Artık bu aşamadan sonra, Alman yargı sistemi içerisinde hangi şehir/ bölge mahkemesinin yetkili olacağı Alman usul hukukuna göre belirlenmelidir<sup>36</sup>. Böyle bir yetki anlaşması yapılmışsa ve mahkemeleri yetkilendirilen yabancı devletin usul hukukuna göre hangi mahkemenin yetkili olabileceği belirlenebiliyorsa, tarafların yetkili mahkemeyi belirleme konusundaki iradelerini yok saymak yerinde olmayacaktır<sup>37</sup>.

32 Çelikel and Erdem (n 4) 619; Sargın (n 1) 171.

33 Sargın (n 1) 171; Bolayır (n 10) 158; Canbeldek (n 32) 209; Demirkol (n 1) 121.

34 Sargın (n 1) 171; Bolayır (n 10) 158.

35 Bkz.: Ekşi, *Milletlerarası Yetki* (n 12) 182.

36 Akıncı (n 1) 66; Canbeldek (n 32) 209.

37 Akıncı (n 1) 66.

Gerçekten, yetkili kılınan yabancı devletin usul hukukunda ülke içinde yer itibariyle yetkili mahkemeyi belirtmeksizin akdedilen yetki anlaşmaları geçerli kabul edilmiş ve ülke içinde davayı görmeye yer itibariyle yetkili mahkemenin ne şekilde belirleneceği milletlerarası yetki kuralları vasıtasıyla belirlenmiş olabilir. Mesela aşağıda inceleyeceğimiz Çek hukukunda, Çek mahkemeleri lehine yapılan bir yetki anlaşmasında yer itibariyle yetkili bir mahkemenin gösterilmesi gerekli olmayıp, yer itibariyle yetkili mahkemenin tarafların anlaşmasına göre veya mahkemenin yer itibariyle yetkisini tayin eden genel kurallara göre yer itibariyle yetkili mahkemenin belirlenememesi halinde, davayı karara bağlayacak mahkemenin Çek yüksek mahkemesince karara bağlanacağı öngörülmüştür<sup>38</sup>. Bununla birlikte, mahkemeleri genel olarak yetkilendirilen yabancı devletin hukukuna göre yer itibariyle yetkili mahkemenin belirlenememesi veya seçilen mahkemenin belirli olmaması nedeniyle yetki anlaşmasının geçersiz olması ihtimali de her zaman bulunmaktadır. Kanun koyucu da, MÖHUK m.47(1)c.3’de yabancı mahkemenin yetki anlaşmasına rağmen kendisini yetkisiz sayması halinde, davanın kanunen yetkili Türk mahkemelerinde açılabilirliğini öngörerek söz konusu ihtimalden kaynaklanan soruna çözüm getirmiştir<sup>39</sup>. Diğer bir ihtimal olarak, yabancı mahkemeler lehine yapılan anlaşmanın –seçilen mahkemenin belirli olmaması veya başka bir nedenle geçersiz olduğu henüz yabancı mahkemeye başvurmadan evvel anlaşılabilir. Bu haller bakımından Türk mahkemelerinin nasıl hareket etmesi gerektiğini ortaya koyan herhangi bir hüküm bulunmadığı gibi, bu sorunun çözümü için -yabancı mahkemenin yetkisizlik kararı vermesi halinde taraflara Türk mahkemelerine başvurma imkanı tanıyan- MÖHUK m.47(1)c.3’den istifade edilmesi de mümkün görünmemektedir. Bu sorunun ne şekilde çözümlenmesi gerektiğini aşağıda ayrıca ele alacağız<sup>40</sup>.

Son olarak, bu başlık altında seçilen yabancı mahkemenin belirli olması ile belirlenebilir olması arasındaki farka değinmek gerekir. Esasen, yetki anlaşmasıyla yabancı devletin mahkemelerini genel olarak yetkilendiren anlaşmaların geçerli olduğunu savunan görüş bakımından seçilen mahkemenin belirli olması ile belirlenebilir olması arasında herhangi bir farklılığın bulunmadığını söyleyebiliriz. Zira yabancı devlet mahkemelerini genel olarak yetkilendirebilen taraflar, uyuşmazlığın yabancı bir devletin mahkemesi önünde çözümü konusundaki iradelerini söz konusu devletin ülkesi içindeki bir veya birkaç mahkemesine yönelik olduğunu anlaşmada kullanmış oldukları ifadelerle fazlasıyla ortaya koyabilir. Yabancı devlet mahkemelerini genel olarak yetkilendiren anlaşmalarına seçilen mahkemenin belirli olmaması nedeniyle etki tanınmaması gerektiğini savunan yazarlar, yabancı devlet mahkemesinin “*belirlenebilir olması*”nı söz konusu şartın karşılanması bakımından yeterli kabul etmektedir<sup>41</sup>. Bu

38 Bkz.: Naděžda Rozehnalová, Silvie Mahdalová and Lucie Zavadilová, ‘Czech Republic: The Treatment of Optional and Exclusive Choice of Court Agreements’ in Mary Keyes (ed.), *Optional Choice of Court Agreements in Private International Law* (Asser Press 2020) 185-186.

39 Canbeldek (n 32) 209.

40 Bkz.: Aşağıda III/ B.

41 Doğan (n 9) 86.

konuda genel kabul edilen yaklaşımın, belirli bir devletin veya mahkemenin ismi zikredilmemekle beraber, yetki anlaşmasında kullanılan ifadelerden belirli bir devlet veya mahkemenin seçilmiş olduğunun açıkça anlaşılıyor olması halinde, yetkili kılınan mahkemenin belirlenebilir olduğu yönündedir. Örneğin, yetki anlaşmasında borçlunun ikametgâhının veya taşıyıcının esas işyerinin ya da geminin bağlama limanının bulunduğu yerdeki mahkemelerin yetkili olacağını öngören ifadelerin varlığı, uyuşmazlık ile belirli bir devlet mahkemesi arasındaki irtibat şüpheye yer vermeyecek şekilde ortaya koyduğundan, belirlenebilir olma şartını karşılamaktadır<sup>42</sup>.

## B. Mukayeseli Hukukta Durum

### 1. Ulusal Hukuklarda

Çeşitli devletlerin milletlerarası özel hukuk rejimleri incelendiğinde, yabancı devlet mahkemelerini yetkilendiren anlaşmaların geçerlilik veya kabul edilebilirlik şartlarının ve bu şartları karşılayan bir yetki anlaşmasının hukuki sonuçlarının farklı şekillerde düzenlendiği görülmektedir. Kimi hukuk düzenlerinde, gerek yabancı mahkemeleri yetkilendiren anlaşmaların gerekse kendi mahkemelerini yetkilendiren anlaşmaların geçerlilik ve kabul edilebilirlik şartları aynı kanunda yer almakta, kimilerinde ise yerel karakterli uyuşmazlıklara özgü yetki anlaşmalarına ilişkin kurallar yabancı mahkemeleri yetkilendiren anlaşmalar bakımından da uygulama alanı bulmaktadır. Dolayısıyla, yabancı mahkemeleri yetkilendiren anlaşmaların hukuki sonuç doğurması için seçilen yabancı mahkemenin/mahkemelerin belirli olmasının gerekip gerekmediği veya yabancı mahkemeleri genel olarak yetkilendirilmiş olmasının yeterli olup olmadığı konusu, dikkate alınması gereken normatif düzenlemeye göre farklılık arz edebilmektedir.

Örneğin, Alman hukukunda yetki anlaşmasıyla bir mahkemenin yer itibarıyla yetkili kılınabilmesi için gerekli olan şartların düzenlendiği ZPO m.38 ve 40 hükümlerinin, Alman mahkemelerini veya yabancı mahkemeleri yetkilendiren milletlerarası yetki anlaşmaları bakımından da uygulama alanı bulacağı kabul edilmektedir<sup>43</sup>. ZPO m.38(1)'de yetkili olmayan bir Alman ilk derece mahkemesinin taraflarca açıkça veya zımnen yetkili kılınabileceği öngörülmüştür. Bununla birlikte, bu hükme göre belirli bir mahkemenin yetkilendirilmesinin gerekli olmadığı, bu sebeple anlaşmada yer itibarıyla yetkili mahkemenin ismen belirtilmesine gerek olmadığı, tam tersine tarafların – genel olarak- Alman mahkemelerini milletlerarası yetkili hale getirebilecekleri belirtilmektedir<sup>44</sup>. Eğer yetki anlaşmasında isim zikretmeksizin sadece bölgesel/coğrafi olarak bir belirleme yapılmışsa ve bu bölge (yer itibarıyla yetkili) birden fazla mahkemeden oluşmakta ise, bu mahkemelerin hepsinin yer itibarıyla yetkiye sahip

42 Sargın (n 1) 54, 171-172; Doğan (n 9) 86.

43 Friedrich Stein and Martin Jonas, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, (23. Auflage Mohr Siebeck 2014), 836.

44 Patzina, *Münchener Kommentar Zur ZPO*, (5. Auflage 2016) Rn.30; Stein and Jonas (n 43) 862-863.



olduğu ve davanın açıldığı tarih itibarıyla mahkemenin belirlenebilir olmasının yeterli olduğu kabul edilmektedir<sup>45</sup>. Buna göre, taraflar anlaşmayla belirli bir devletin veya en azından belirlenebilir olan bir devletin mahkemelerini yetkilendirebilecektir ve bu durumda ilgili her bir mahkemenin (yer itibarıyla) yetkisi o devletin kanunlarına belirlenecektir<sup>46</sup>. Dolayısıyla, taraflar Alman mahkemelerini yetkilendiren bir anlaşmada Almanya’da yer itibarıyla yetkili mahkeme belirtmemişlerse, yetkili mahkemenin Alman hukukuna göre belirleneceğini söyleyebiliriz.

İsviçre hukukunda, İsviçre mahkemeleri lehine yapılan yetki anlaşmalarının geçerliliği için aranan şartlar İsviçre MÖHK m.5’de düzenlenmiştir. Söz konusu hükmün, aynı zamanda taraflarca İsviçre mahkemelerinin yetkisi dışlanarak yabancı devlet mahkemelerinin yetkilendirildiği anlaşmalar bakımından da uygulama alanı bulacağı belirtilmektedir<sup>47</sup>. İsviçre MÖHK m.5’te açıkça öngörülmemiş olmakla birlikte, seçilen mahkemenin belirli olması veya en azından davanın açıldığı an itibarıyla belirlenebilir olması gerektiği, bu bağlamda anlaşmada yetkili mahkemenin nasıl tespit edileceğini öngören objektif bir kritere yer verilmiş olmasının yeterli olacağı kabul edilmektedir<sup>48</sup>. Bununla birlikte, yetki anlaşmasıyla İsviçre’de sadece bir kantonun tüm mahkemelerinin yetkili kılınmasının veya (genel olarak) İsviçre mahkemelerinin yetkilendirilmesinin yeterli olup olmadığı konusunda farklı görüşler bulunmaktadır<sup>49</sup>. Ancak, sadece bir kantona (örneğin St. Gallen) veya İsviçre’ye atıf yapılmış olan bir yetki anlaşmasının geçersiz sayılmaması gerektiği de genel olarak kabul edilmektedir<sup>50</sup>. Böyle bir durumda davanın açıldığı mahkemenin milletlerarası yetkiye sahip olup olmadığı, İsviçre MÖHK’da öngörülen kurallara göre, eğer buna göre yetki tesis edilemiyorsa İsviçre usul kanunundaki yer itibarıyla yetki kurallarından yararlanarak belirlenecektir<sup>51</sup>. Eğer bu şekilde de yetkili mahkeme yoksa, yetkili mahkeme davacının davasını açmayı tercih ettiği mahkeme belirli şartlar altında<sup>52</sup> yetkili olabilecektir<sup>53</sup>.

Yetki anlaşmasına konu uyumsuzluğun yerel veya uluslararası karakterli olmasına göre ikili bir ayrımın yapıldığı Çek hukukunda, yerel karakterli davalar bakımından uygulama alanı bulan Çek Usul Kanunu m.89(a) hükmüne göre yetki anlaşmasında yer

45 Bkz.: BGH MDR 1968, 474; OLG Brandenburg NJW 2006, 3444, 2334; OLG Hamm NJW 1955, 995; OLG Düsseldorf JMBL.NRW 1958, 130 (Stein and Jonas (n 43) 863 dn.166).

46 Bkz.: BGH MDR 1968, 474 (Stein and Jonas (n 43) 863 dn.167).

47 Bkz.: Müller-Chan, *Zürcher Kommentar zum IPRG, Band 1* (3.Auflage 2018), s.75.

48 Bkz.: Müller-Chan (n 47) 89 Rn.63.

49 Müller-Chan (n 47) 89 Rn.65.

50 Bu yöndeki Zürih Kanton Mahkemesi kararı (HGer ZH, 15.11.1995, SZIER 1997, 360 ff.) ve doktrindeki görüşler (Vischer/Huber/Oser, para.1221f.; Guillaume, Rz. 36; Dutoit, Art. 5 LDIP N 5; ZR 1996, Nr. 47, E. 5; BSK IPRG/Grolimund/Bachofner, Art. 5 N 42) için bkz.: Müller-Chan (n 46) 89 Rn.65 dn84.

51 Bkz.: Vischer/Huber/Oser, para.1225; CHK/Zeiter/Koller, Art. 5 IPRG N 23 (Müller-Chan (n 46) 89 Rn.65 dn.85’ten naklen).

52 Böyle bir yetki tesisi, ancak dürüstlük kuralına uygun olmak ve karşı tarafın meşru beklentilerine aykırı olmamak şartıyla mümkündür. Bkz.: Müller-Chan (n 47) Rn.65.

53 BGE, 21.9.2017, 4A\_131/2017 E.4. Bkz.: <[https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/aza/http/index.php?highlight\\_docid=aza%3A%2F%2F21-09-2017-4A\\_131-2017&lang=de&type=show\\_document&zoom=YES&](https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/aza/http/index.php?highlight_docid=aza%3A%2F%2F21-09-2017-4A_131-2017&lang=de&type=show_document&zoom=YES&)> Erişim Tarihi: 10 Nisan 2020. Karar hakkında ayrıca bkz.: Müller-Chan (n 47) Rn.65 dn.86.

itibariyle yetkiye sahip belirli bir mahkemenin gösterilmesi gerektiği belirtilmektedir. Yabancı unsurlu borç ilişkileri ve malvarlığı davaları bakımından yetki anlaşmasıyla Çek mahkemelerinin yetkili kılınması Çek MÖHK m.85'te, yabancı devlet mahkemelerinin yetkili kılınması m.86'da düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemenin (m.85'in), ister belirli bir mahkeme olsun isterse genel olarak tüm yargı alanı (bütün mahkemeler) olsun, bir yargı alanına bağlı olan bir mahkemenin seçimine yönelik olduğu belirtilmektedir<sup>54</sup>. Dolayısıyla, yetki anlaşmasında mutlaka ülke içinde yer itibariyle yetkili bir mahkemenin gösterilmesine veya mahkemenin ismen zikredilmesine gerek bulunmamaktadır. Yer itibariyle yetkili mahkemenin tarafların anlaşmasına göre veya mahkemenin yer itibariyle yetkisini tayin eden genel kurallara göre yer itibariyle yetkili mahkemenin belirlenememesi halinde, davayı görece mahkemenin Çek yüksek mahkemesince karara bağlanacağı öngörülmüştür<sup>55</sup>. Çek hukukunda kabul edilen bu yaklaşıma göre, genel olarak Çek mahkemelerini veya yabancı devlet mahkemelerini genel olarak yetkilendiren anlaşmalar Çek hukukunca geçerli olarak nitelendirilebilecektir.

Yabancı mahkemeleri yetkilendiren anlaşmaların geçerlilik ve kabul edilebilirlik şartlarının milletlerarası özel hukuk kanunlarında düzenlendiği bazı ülke hukuklarında yabancı mahkemelerin yetki anlaşmasında genel olarak yetkilendirilmesinin mümkün olduğunu ortaya koyan ifadelere rastlamak mümkündür. Örneğin, 2017 tarihli Macaristan MÖHK m.99(1)'de tarafların belirli bir hukuki ilişkiden doğan veya doğabilecek uyuşmazlıkların çözümü konusunda bir devletin “mahkemelerinin” veya “bir ya da birden fazla *belirlenmiş* mahkemesinin” yetkilendirilmesi konusunda anlaşabilecekleri öngörülmüştür<sup>56</sup>. Belçika ve Karadağ hukuklarında ise, Macaristan hukukundan farklı olarak, tarafların yabancı mahkemeleri veya yabancı bir mahkemeyi yetkilendirebilecekleri (*confer jurisdiction on foreign courts or on a foreign court*) öngörülmüştür<sup>57</sup>. Bulgaristan ve Slovenya hukuklarında yabancı mahkemeleri yetkilendiren anlaşmaların şartlarını ve hukuki sonuçlarını düzenleyen Bulgaristan MÖHK m.23(1) ve Slovenya MÖHK m.52(1) hükümlerinde, tarafların yetki anlaşmasıyla *yabancı bir devletin* mahkemesinin yetkisi konusunda anlaşabileceklerinin öngörüldüğünü<sup>58</sup>, bu yönüyle söz konusu hükümlerin MÖHUK m.47(1)'in lafzıyla ile

54 Bkz.: Rozehnalová, Mahdalová and Zavadilová (n 39) 175.

55 Bkz.: Rozehnalová, Mahdalová and Zavadilová (n 39) 185-186.

56 Macaristan MÖHK m.99(1): “*In proprietary matters and with respect to their existing or future legal disputes arising from a specified legal relationship, the parties may determine, with a choice-of-court agreement, the jurisdiction of the courts or one or more specified court of a state*”. Söz konusu kanunun Macaristan Adalet Bakanlığınca yayınlanmış İngilizce tercümesi için bkz.: <[https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/106778/131132/F303261621/J2017T0028P\\_20180102\\_FIN.pdf](https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/106778/131132/F303261621/J2017T0028P_20180102_FIN.pdf)> Erişim Tarihi: 17 Aralık 2019.

57 Belçika MÖHK m.7; Karadağ MÖHK m. 104.. Belçika MÖHK m.7 hükmü ile söz konusu kanunun İngilizce tercümesi için bkz.: <<https://socioedip.files.wordpress.com/2013/12/belgica-the-code-of-private-international-law-2004.pdf>> Erişim Tarihi: 17 Aralık 2019.

Karadağ MÖHK hükmü ile söz konusu kanunun İngilizce tercümesi için bkz.: <<http://www.pravda.gov.me/ResourceManager/FileDownload.aspx?rid=169116&rType=2&file=International%20%20private%20law%20act.pdf>> Erişim Tarihi 20 Aralık 2019.

58 Bulgaristan MÖHK m.23(1) hükmünün İngilizce metni için bkz.: <https://www.ifrc.org/Docs/idrl/868EN.pdf>> Erişim Tarihi 22 Aralık 2019. Slovenya MÖHK m.52(1) hükmünün İngilizce metni için bkz.: <<http://www.pisrs.si/Pis.web/npbDocPdf?idPredpisa=ZAKO5288&idPredpisaChng=ZAKO1258&type=doc&lang=EN>> Erişim Tarihi 24 Aralık 2019.

benzerlik arz ettiğini söylemek mümkündür. Kimi ülke hukuklarında ise, tarafların yabancı mahkemeleri yetkilendirerek ülke mahkemelerinin yetkisini dışlayabilecekleri, ancak mahkemesi/mahkemeleri seçilen devletin kanununa göre geçerli olmak kaydıyla yabancı mahkemelerin seçimine izin verileceği öngörülmüştür. Buna Litvanya hukuku örnek verilebilir<sup>59</sup>. Buna göre, Türk mahkemelerini genel olarak yetkilendiren bir anlaşmanın, söz konusu anlaşmanın geçerliliği için HMK m.18(2)'de aranan seçilen mahkemenin gösterilmesi şartını karşılamadığı için geçersiz sayılacağını, dolayısıyla Litvanya mahkemelerinin yetkisini ortadan kaldırmayacağını söyleyebiliriz.

Yukarıda çeşitli devletlerin milletlerarası yetki anlaşmalarının geçerliliğine ve kabul edilebilirliğine ilişkin örnek mahiyetindeki düzenlemelerini incelemiş bulunmaktayız. Bunlardan bazılarında, yabancı mahkemeleri yetkilendiren anlaşmalarda *yabancı devletin mahkemesinin ismen zikredilmesine veya yer itibariyle yetkili mahkemeyi ortaya koyacak şekilde kaleme alınmasına gerek olmadığı* normatif veya içtihaden ortaya konmuş, bu husus mahkemeleri yetkili kılınan yabancı devletin hukukuna havale edilmiştir. Kimilerinde ise, yabancı mahkemeleri yetkilendiren anlaşmaların kabul edilebilirliği konusunda MÖHUK m.47'nin lafzına paralel bir düzenlemeye gidildiği görülmektedir. Şüphesiz, yukarıdaki değindiğimiz devletlerin milletlerarası özel hukuk düzenlemelerinin İngilizce metinlerinden yola çıkarak, söz konusu düzenlemelerde yer alan "*foreign courts*" ve "*a foreign court*" ifadelerinin yabancı devletin ülkesindeki bir veya –belirli- birkaç mahkemesini mi yoksa yabancı bir devletin tüm mahkemelerini mi istihdaf ettiği konusunda lafzen de olsa bir belirsizliğin olduğu söylenebilir<sup>60</sup>.

## 2. Uluslararası Düzenlemelerde

Yabancı devlet mahkemelerini yetkilendiren anlaşmalarının hukuki rejimi, sadece devletlerin milletlerarası özel hukuk kanunlarında veya usul kanunlarında yer alan hükümlerle değil, uluslararası anlaşma veya belgelerle de düzenlenmiş olabilir. Bu konuda akla ilk olarak AB üyesi devlet mahkemelerinin yetkisini düzenleyen Brüksel Ibis Tüzüğü<sup>61</sup> ile 2005 tarihli Yetki Anlaşmalarına Dair Lahey Sözleşmesi<sup>62</sup> gelmektedir<sup>63</sup>.

59 Bkz.: Valentinas Mikelenas, 'Reform of Private International Law in Lithuania' 2005(7) Yearbook of Private International Law 161, 179.

60 Burada lafzen bir belirsizlikten söz edilmesinin temel sebebi, yukarıda değindiğimiz yasal düzenlemelerin ait olduğu ülke hukukundaki mahkeme tatbikatına veya mahkeme tatbikatının ne yönde şekillendiğine başvurduğumuz kaynaklara ve araştırmalarımıza rağmen ulaşılamamış olmasıdır. Dolayısıyla, tıpkı Çek hukukunda olduğu gibi, söz konusu belirsizlik içtihatlar yoluyla ortadan kaldırılmış olabileceği gibi, söz konusu devletlerin mahkemeleri seçilen yabancı mahkemenin belirli olması şartını arıyor da olabilir.

61 Tüzüğün İngilizce metni için bkz.: <<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:351:0001:0032:en:PDF>> Erişim Tarihi 24 Aralık 2019

62 Sözleşmenin İngilizce metni için bkz.: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=98>> Erişim Tarihi 24 Aralık 2019. Sözleşmeye taraf olan ve/veya onaylayan devletler için bkz.: <<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=98>> Erişim Tarihi 24 Aralık 2019.

63 Türkiye, 2005 tarihli Sözleşmeyi imzalayıp iç hukukunda yürürlüğe koymadığı ve an itibariyle AB üyesi de olmadığı için her iki düzenlemenin çalışmamasının konusu bakımında mukayeseli hukuka ilişkin örnekler olmak dışında, Türk hukuku bakımından bir önemi bulunmamaktadır. Bununla birlikte, gelecekte söz konusu düzenlemelerin Türk mahkemelerince uygulanması ve yabancı mahkemeleri yetkilendiren anlaşmaların kabul edilebilirliğine ilişkin mevcut Yargıtay uygulamasını etkileme ihtimali de her zaman bulunmaktadır.

Bunlardan 2005 tarihli Lahey Sözleşmesi, milletlerarası karakterli hukuki veya ticari uyumsuzlukların çözümü amacıyla akdedilen yetki anlaşmalarına uygulanmaktadır (m.1(1)). Sözleşme sadece âkit devlet mahkemelerini yetkilendiren münhasır yetki anlaşmaları bakımından uygulama alanı bulmaktadır (m.3(a)). Sözleşmenin uygulama alanına giren bir münhasır yetki anlaşmasının geçerlilik şartları m.3'te düzenlenmiştir<sup>64</sup>. Çalışmamızın asıl konusunu oluşturan yetkilendirilen mahkemeye ilişkin şart ise m.3(a)'da yer almaktadır. Buna göre, taraflar münhasır yetki anlaşmasıyla bir âkit devletin mahkemelerini veya bir âkit devletin belirli bir veya birden fazla mahkemesini (*the courts of one Contracting State or one or more specific courts of one Contracting State*) yetkilendirebilecektir (m.3(a)). Aksi kararlaştırılmadıkça söz konusu mahkemenin veya mahkemelerin yetkisi münhasır olacaktır (m.3(b))<sup>65</sup>. Dolayısıyla, prensip olarak, bir âkit devlet mahkemesini yetkilendiren bir anlaşmaya rağmen davanın diğer bir âkit devletin mahkemeleri önüne götürülmesi halinde, söz konusu mahkeme, Sözleşmenin uygulama alanına ilişkin şartları da karşılamak kaydıyla, söz konusu anlaşmaya etki tanıyarak davayı ya bekletecektir/askıya alacaktır ya da reddedecektir (m.6).

Sözleşmenin açıklayıcı raporunda da belirtildiği üzere, münhasır yetki anlaşmasıyla bir âkit devletin mahkemeleri genel olarak yetkili kılınabileceği gibi, taraflar anlaşmada bir âkit devletteki bir veya daha fazla belirli mahkemeye atıfta bulunabilir. Örneğin, “*Fransız mahkemeleri*”ni yetkilendiren bir anlaşma, Fransa’da hangi yer mahkemesinin davayı göreceğini ve diğer devletlerin mahkemelerinin yetkisinin dışlandığını açıkça ortaya koymasa dahi, Sözleşme uyarınca münhasır nitelikte sayılacaktır. Bu durumda, davanın hangi mahkeme veya mahkemeler önünde açılacağına Fransız hukukunun karar vereceği belirtilmektedir<sup>66</sup>. Davacı da, böyle bir kurala bağlı olarak yetkili mahkemelerden birini tercih edebilecektir<sup>67</sup>.

Yetki anlaşmasında bir âkit devletin belirli bir veya birden fazla mahkemesinin yetkilendirilebileceği öngörüldüğünden, tarafların bir âkit devletin ülkesindeki belirli bir mahkemeyi, örneğin “*Paris ticaret mahkemeleri*”ni tayin etmeleri mümkün olduğu gibi, “*Münih veya Köln mahkemeleri*”ne anlaşmada atıfta bulunmaları mümkündür. Yine, bir tarafa “*Paris mahkemelerinde*” diğer tarafa “*Lyon mahkemelerinde*” dava açma yetkisi tanıyan bir yetki anlaşması akdedilebilmesi

64 Sözleşmenin yer ve konu bakımından uygulama alanı ile hangi tür ve nitelikteki yabancı unsurlu özel hukuk uyumsuzluklarının münhasır yetki anlaşmalarına konu olabileceği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Hartley and Dogauchi Report (n 12) para 40ff; Demirkol (n 1) 87ff.; Feriha Bilge Tanrıbilir, ‘30 Haziran 2005 Tarihli Yetki Anlaşmasına Dair Lahey Sözleşmesi’ (2007) 11(1-2) GÜHFD 321, 321ff; Andrea Schulz, ‘The Hague Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements’, 2005(7) Yearbook of Private International Law 1, 7ff.

65 Hartley and Dogauchi Report (n 12) para.102.

66 Hartley and Dogauchi Report (n 12) para.103.

67 Sözleşme m.5(3)(b)'de, Sözleşmenin bir âkit devletin mahkemeleri arasındaki (yerel) yetki dağılımına uygulanmayacağı öngörülmüştür. Dolayısıyla mahkemeleri genel olarak yetkili kılınan bir âkit devletin herhangi bir mahkemesine müracaat edildiğinde, söz konusu mahkeme münhasır yetki anlaşmasına istinaden yetkili olup olmadığını değil, yer itibariyle yetki kurallarına göre yetkili olup olmadığını –muhtemelen davalının itirazı üzerine- dikkate alacaktır.

mümkündür<sup>68</sup>. İki farklı devletin mahkemelerini yetkilendiren bir yetki anlaşmasının Sözleşme uyarınca münhasır nitelikte olmadığı belirtilmektedir<sup>69</sup>.

Brüksel Ibis Tüzüğü m.25(1)'de tarafların aralarında doğmuş veya doğabilecek belirli bir hukuki ilişkiden doğan uyuşmazlığın çözümü konusunda “*bir üye devletin bir mahkemesinin veya mahkemelerinin (a court or the courts of a Member State)*” yetkisi konusunda anlaşabilecekleri öngörülmüştür<sup>70</sup>. Madde metninde yer alan “*the courts of a Member State*” ifadesiyle bir üye devletin belirli bir veya belirli birkaç mahkemesinin yetkilendirilmesinin mi yoksa söz konusu üye devletin tüm mahkemelerinin yetkilendirilmesinin mi kastedildiği net olarak anlaşılammaktadır. Bununla birlikte, Brüksel Ibis Tüzüğü'nün mehzasını oluşturan Brüksel Sözleşmesi ile Brüksel I Tüzüğü'nün yetki anlaşmalarına ilişkin hükümlerin tatbikine aşağıda inceleyeceğimiz kimi içtihatlarla doktrindeki görüşler, bizi bir üye devletin mahkemelerini genel olarak yetkilendiren anlaşmalarına etki tanınması gerektiği sonucuna götürmektedir. Buna göre, tarafların belirli bir yerel mahkeme tayin etmeleri gerekmediği, Brüksel Ibis Tüzüğü m.25'in lafzının taraflara belirli bir ülkenin mahkemelerini söz konusu ülkede yerel olarak/yer itibariyle yetkili bir mahkeme belirlemeksizin yetkilendirmelerine açıkça izin verdiği belirtilmektedir<sup>71</sup>.

Brüksel Ibis Tüzüğü m.25'in kapsamına giren bir yetki anlaşmasında, (sadece Fransız mahkemeleri veya Birleşik Krallık mahkemeleri seçilerek) ülke içinde yetkili mahkemenin belirlenmesine gerek olmaksızın milletlerarası yetkinin tesis edilebileceği gibi (belirli bir şehirdeki mahkemenin veya Londra'daki Yüksek Mahkemenin seçilmesi suretiyle) doğrudan yer itibariyle yetkinin tesis edilmesi mümkündür<sup>72</sup>. İlk ihtimalde, uyuşmazlık hakkında karar vermeye yetkili mahkemenin hangisi olduğu meselesinin yetki anlaşmasında mahkemeleri genel olarak yetkilendirilen devletin ulusal usul hukukuna göre belirleneceği kabul edilmektedir<sup>73</sup>. Diğer yandan, ulusal hukuka göre yer itibariyle yetkili mahkemenin belirlenmemesi halinde davacının bu ülke içinde yetkili mahkemeyi seçebileceği de ileri sürülmektedir<sup>74</sup>. Birden fazla üye devletin mahkemelerini yetkilendiren anlaşmaların<sup>75</sup> yanı sıra, mahkemenin ismen

68 Hartley and Dogauchi Report (n 12) para.104.

69 Bununla birlikte, örneğin hem Paris hem Köln mahkemelerini, başka bir deyişle farklı iki devletin mahkemelerini yetkilendiren bir yetki anlaşmasının, MÖHUK m.47'ye ilişkin Yargıtay tatbikatı uyarınca belirli olma şartını karşıladığı da bir gerçektir.

70 Brüksel Ibis Tüzüğü m.25'te öngörülen yetki anlaşmalarının geçerliliğine ilişkin şartlar hakkında bkz.: Magnus/Mankowski/Magnus, Art.25 (n 12) 599ff.; Hartley, *Choice-of-court* (n 23) 129ff.; Zeynep Özgenç, 'Brüksel I Bis Tüzüğü Uyarınca Yetki Anlaşmalarının Geçerliliği', (2017) 37(2) MHB (Prof.Dr. Yücel Sayman'a Armağan), 813ff.

71 Magnus/Mankowski/Magnus, Art.25 (n 12) 622; Hartley, *Choice-of-court* (n 23) 141; Adrian Briggs, *Private International Law in English Courts* (2014 OUP) 244-245.

72 Briggs, PIL (n 65) 244.

73 Briggs, PIL (n 65) 245. Magnus/Mankowski/Magnus, Art.25 (n 12) 622. Doktrindeki görüşlerin ve mahkeme tatbikatının da genel olarak bu yönde olduğu görülmektedir. Bkz.: Magnus/Mankowski/Magnus, Art.25 (n 12) 622 dn.232.

74 Briggs, PIL (n 65) 245.

75 Bkz.: Case C-23/78 Nikolaus Meeth v. Glacetal [1978] ECR 1978-2133.

zikredilmesine gerek olmamakla birlikte yetkili mahkemenin belirlenmesini sağlayan kriterlere yer veren yetki anlaşmalarının<sup>76</sup> da geçerli olduğu kabul edilmektedir<sup>77</sup>.

### C. Yargıtay'ın Konuya Yaklaşımı

#### 1. 5718 Sayılı MÖHUK Öncesi Dönemde

Yabancı devlet mahkemeleri lehine yapılan yetki anlaşmalarının kabul edilebilirlik şartlarını düzenleyen 2675 sayılı mülga MÖHUK m.31 hükmünde de tıpkı 5718 sayılı MÖHUK'ta olduğu gibi, *“yabancı bir devletin mahkemesinin”* yetkili kılınabileceğine yer verilmiştir. Yargıtay'ın bu dönemde vermiş olduğu kararlar incelendiğinde, yetkili kılınan yabancı mahkemenin belirli olmaması nedeniyle yetki anlaşmalarını geçersiz olarak nitelendirdiği görülmektedir. Örneğin, bir kararında Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, bir Türk şirketi ile bir İran şirketi arasında yapılan sözleşmenin *“anlaşmazlıklar ve çözümler”* başlığı altında yer alan ve *“nihai ihtilafların dostça çözümleneceği aksi takdirde tamamen ve sadece İran mahkemelerinde ve İran kanun ve yönetmeliklerine göre çözümlenmek zorunda olduğu”* ifadesini içeren yetki şartını, yetkili kılınan İran mahkemelerinin yetki şartında açıklanmamış olması nedeniyle geçersiz saymış, bu nedenle yetkili mahkemenin HUMK'da yer alan yetki kurallarına göre tayin edilmesi gerektiğine hükmetmiştir<sup>78</sup>.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi de, E.2001/4159, K.2001/5459 sayılı ve 15.6.2001 tarihli kararına konu sigorta sözleşmesinden kaynaklanan alacağın tahsili davasında, dava konusu sigorta sözleşmesinin ayrılmaz bir parçası olan genel sigorta şartlarında uyuşmazlıkların İngiliz yasaları uyarınca Birleşik Krallık mahkemelerinde çözüleceğine ilişkin yetki şartının, hangi mahkemenin yetkili olduğu açıkça belirtilmediği ve yetkili mahkemenin belirlenmesine imkân verecek bilgiler taşımadığı gerekçesiyle geçersiz olduğu sonucuna varmıştır<sup>79</sup>. Yine, aynı dairece, taraflar arasındaki sigorta sözleşmesinde sözleşmeden doğabilecek ihtilaflar bakımından İngiliz mahkemelerinin yetkisini öngören yetki şartına, diğer

76 Bkz.: Case C-387/98 Coreck Maritime GmbH v. Handelsveem BV and Others [2000] ECR I-9372, para.15.

77 Bunun dışında, davanın açıldığı tarih itibarıyla hangi tarafın davacı veya davalı olduğunu açıkça anlaşılacak kaydıyla ilgili davalının veya davacının ikametgahı mahkemelerine yetki bahşeden anlaşmalarının yetkili mahkemeyi yeterli kesinlikle belirlediği anlayışı benimsenmektedir (Bkz.: Magnus/Mankowski/Magnus, Art.25 (n 12) 621 ve 621 dn.226'daki yazarlar). Benzer şekilde davacıya farklı mahkemeler arasından herhangi birini seçme hakkı tanıyan yetki anlaşmalarının da yeterli kesinliğe sahip olduğu belirtilmektedir. Buna mukabil, yetkili mahkemeyi seçme imkanını tamamen davacıya bırakan, tarafların karşılıklı olarak kararlaştıracakları mahkemenin yetkili olacağını öngören yetki anlaşmalarının, seçilen mahkeme açıkça belirlenemediğinden, yeterli kesinliği ihtiva etmediği kabul edilmektedir. Yine, *“Avrupa mahkemeleri”* nin yetkilendirildiği bir yetki anlaşmasının geçersiz olduğu, zira böyle bir durumda ABAD'ın bir mahkeme olarak taraflarca seçilemeyeceği kabul edilmektedir. Avrupa'daki ulusal mahkemeler bakımından ise, Avrupa'daki hangi devletin ulusal mahkemelerinin yetkili olacağını net bir şekilde ortaya koymadığı için böyle bir yetki anlaşmasının geçersiz olduğu belirtilmektedir. Bkz.: Magnus/Mankowski/Magnus, Art.25 (n 12) 622. Diğer yandan, bir Alman mahkemesi, *“Brüksel uluslararası ticaret mahkemesi”* ne atıfta bulunan bir yetki şartını, Brüksel'de bir uluslararası ticaret mahkemesi bulunmamasına rağmen, Brüksel'de ulusal bir ticaret mahkemesi bulunduğundan hareketle, yetki şartında söz konusu ulusal mahkemenin yetkili kılındığı şeklinde yorumlamıştır. Bkz.: Magnus/Mankowski/Magnus, Art.25 (n 12) 622 dn.230.

78 Bkz.: Yargıtay 19 HD, 1170/9992 21.11.1995 (Sargın (n 1) 171, dn.473).

79 Karar için bkz.: <<https://www.lexpera.com.tr>> Erişim Tarihi 26 Aralık 2019.

gerekçelerin yanı sıra, somut bir mahkemenin belirlenmemiş olmasından dolayı etki tanınmamış ve davalı sigorta şirketinin yetki itirazı reddedilmiştir<sup>80</sup>.

Diğer taraftan, Yargıtay'ın 2675 sayılı MÖHUK döneminde vermiş olduğu kimi kararlarında, yabancı devlet mahkemelerini genel olarak yetkilendiren anlaşmaların geçerli olduğu sonucuna vardığı da görülmektedir. Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin E.1994/967 K.1994/3183 sayılı ve 16.5.1994 tarihli kararı buna örnek verilebilir. Söz konusu kararda, taraflar arasındaki sözleşmede yer alan ve Libya mahkemelerini yetkilendiren yetki şartı, söz konusu şartta davanın açılacağı şehir ismi belirlenmemiş olmasına rağmen geçerli sayılmış ve davalı tarafça yapılan yetki itirazının kabul edilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır<sup>81</sup>.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun önüne gelen bir davada, kredi sözleşmesinden kaynaklanan alacağın tahsili amacıyla talep edilen ihtiyati hacze ve icra takibine karşı davalı, kredi sözleşmesinde yer alan yetki şartına istinaden uyuşmazlığın yabancı mahkemede görülmesi gerektiği itirazında bulunmuştur. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, yabancı mahkemeleri yetkilendiren anlaşmalar ile cebri icra hukukuna ilişkin davalarda Türk mahkemelerinin yetkisinin niteliğine ilişkin değerlendirmede bulunurken, kredi sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklara Alman hukukunun uygulanacağı ve uyuşmazlıkların çözümünde Alman mahkemelerinin yetkili olacağına dair anlaşmanın geçerli olduğuna hükmetmiştir. Bunun sonucunda, icra takibine itiraz edilmesi üzerine Türk mahkemelerinde genel hükümlere göre yürütülen bir itirazın iptali davası açıldığında, davalının söz konusu yetki şartına istinaden yetki itirazında bulunabileceğini ve mahkemenin de 2675 sayılı MÖHUK m.31 uyarınca yetki şartını geçerli kabul ederek yetki itirazının reddine karar vermesi gerektiğini belirtmiştir<sup>82</sup>.

## 2. 5718 Sayılı MÖHUK Döneminde

Seçilen yabancı mahkemenin belirli olması şartının aranıp aranmayacağına ilişkin Yargıtay'ın (dairelerinin) birbiriyle çelişen kararları, varlığını 5718 sayılı MÖHUK döneminde de devam ettirmiştir. Mesela, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 10.02.2009 tarihli bir kararında, yetki sözleşmesi düzenlenirken yetkili mahkemenin somut olarak belirlenmesi, en azından belirlenebilir olması gerektiğini belirtmiştir. Dolayısıyla uyuşmazlıkların çözümü konusunda münhasıran Tayland mahkemelerinin yetkili olduğunu ortaya koyan konişmentodaki yetki şartında somut bir mahkemenin belirlenmemiş olması, daha doğru bir deyişle yetki sözleşmesinin yetkili mahkemenin belirlenmesine imkân verecek bilgileri içermemiş olması nedeniyle geçersiz olduğu sonucuna varmıştır<sup>83</sup>.

80 Bkz.: Yargıtay 11 HD 8585/12877 07.12.2006 (<<https://www.lexpera.com.tr>> Erişim Tarihi 26 Aralık 2019).

81 Karar için bkz.: Atâ Sakmar, Nuray Ekşi and İlhan Yılmaz, *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun: Mahkeme Kararları*, (2nd edn Beta 1999) 194 vd.

82 Bkz.: Yargıtay HGK, E.1998/287 K.1998/325 T.6.5.1998 (<<https://www.lexpera.com.tr>> Erişim Tarihi 26.12.2019).

83 Yargıtay 11 HD 12533/1499 10.02.2009 (<[www.lexpera.com.tr](https://www.lexpera.com.tr)> Erişim Tarihi 26 Aralık 2019)

Aynı daire, bu sefer 04.07.2014 tarihinde vermiş olduğu bir kararında da benzer bir gerekçeye istinat ederek, konişmentoda yer alan yetkiye ilişkin düzenlemede uyuşmazlıkların taşıyıcının işyeri merkezinin bulunduğu yerdeki mahkemeler tarafından oradaki yasa hükümlerine göre karara bağlanacağı belirtilmiş olduğunu, ancak yetkili mahkemenin açıkça gösterilmemiş olduğu gerekçesiyle yetki sözleşmesinin geçersiz olduğuna hükmetmiştir<sup>84</sup>. Karar metninden konişmentodaki yetki şartında mahkemeleri yetkili kılınan taşıyıcının esas işyerinin hangi ülkede veya hangi şehirde olduğuna dair herhangi bir tespit veya değerlendirmede bulunulmadığı anlaşılmaktadır. Yetkili mahkeme spesifik olarak belirtilmemiş olmakla birlikte, bu, yetkili kılınan yabancı mahkemenin belirlenebilir olmadığı anlamına gelmemektedir. Hatırlanacağı üzere, yetkili kılınan yabancı mahkemenin hangisi olduğunu tespiti yarayan objektif kriterin/kriterlerin varlığı halinde, açıkça zikredilmese bile yetkili kılınan mahkemenin belirlenebilir nitelikte olduğu, dolayısıyla yetki şartının geçerli kabul edilmesi gerektiği anlayışının Türk hukukunda ve mukayeseli hukukta geçmişten beri kabul edildiğini yukarıda ifade etmiştik. Taşıyıcının esas işyerinin hangi ülkede olduğu, konişmentonun tanzim edildiği veya en azından davanın açıldığı tarih itibariyle tespit edilebilir nitelikte olabilir. Dolayısıyla, söz konusu yetki şartında yetkili kılınan taşıyıcının esas işyeri mahkemesinin belirlenebilir olup olmadığını araştırılmaksızın, sadece seçilen mahkemenin ismen gösterilmemiş olduğu gerekçesiyle yetki şartını geçersiz saymanın yerinde olmadığı ve Yargıtay'ın belirli olma kriterini daha da katı bir şekilde yorumlama eğilime gittiği düşüncesindeyiz.

Nitekim bu kararının ardından, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, konusunu sigorta sözleşmesine dayalı rücu tazminatın tahsili talebine ilişkin davanın oluşturduğu 17.06.2015 tarihli kararında yetkili kılınan mahkemenin en azından belirlenebilir olması gerektiğini “...*yetki sözleşmesi düzenlenirken, yetkili mahkemenin somut olarak belirlenmesi, en azından belirlenebilir olması..*” ifadeleriyle ortaya koymuştur. Ardından, konişmentoda, uyuşmazlıkların ABD Mahkemeleri'nde ve bu ülkenin kanunlarına göre çözümleneceği belirtilmiş olduğunu, yetki sözleşmesinde somut bir mahkemenin belirlenmemiş olması, daha doğru bir deyişle yetki sözleşmesinin yetkili mahkemenin belirlenmesine imkan verecek bilgileri içermemiş olması nedeniyle geçersiz olduğuna karar vermiştir<sup>85</sup>.

Buna karşın 15.02.2010 tarihinde verildiği başka bir kararda Yargıtay 11.Hukuk Dairesi, konişmentonunun arka yüzündeki 35. maddede konişmentodan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde ABD Federal Mahkemelerinin yetkili kılındığını öngören yetki şartını geçerli kabul ederek, yerel mahkemece verilen yetkisizlik kararını onamıştır<sup>86</sup>. Anlaşıldığı kadarıyla söz konusu kararda, ABD Federal yargı

84 Yargıtay 11 HD 6219/12931 04.07.2014 (<www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 26 Aralık 2019).

85 Yargıtay 11 HD 19019/8454 17.06.2015 (<www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 27 Aralık 2019).

86 Yargıtay 11 HD 10853/1688 15.02.2010 (<www.kazanci.com> Erişim Tarihi 20 Temmuz 2017).



sisteminde ABD Federal Mahkemelerinin birbirinden farklı hukuk düzenlerine sahip eyaletler içinde örgütlenmiş bölge mahkemeleri (US District Courts), söz konusu mahkemelerin verdiği kararlara karşı temyiz mercii mahiyetinde ABD Temyiz Mahkemesi ile ABD Yüksek Mahkemesinden oluştuğu<sup>87</sup> göz ardı edilmiştir. Dolayısıyla, çeşitli hukuk davalarına bakabilme yetkisine sahip olan federal bölge mahkemelerinden hangisinin yetkili kılındığı belirli olmadığından, Yargıtay'ın söz konusu kararının önceki kararları ile bu yönüyle çeliştiği söylenebilir.

Benzer şekilde, Yargıtay 19. Hukuk Dairesi de yabancı banka tarafından düzenlenen banka teminat mektubu bedelinin ödenmesine ilişkin açılan bir davada, dava konusu banka teminat mektubunda yer alan ve İsviçre mahkemelerini yetkilendiren yetki şartının varlığı gözetilerek bir karar verilmesi gerektiğine hükmetmiş, böylece genel olarak İsviçre mahkemelerinin seçimini öngören yetki anlaşmasına dolaylı olarak etki tanımıştır<sup>88</sup>.

Özellikle 6100 sayılı HMK'nın yürürlüğe girmesiyle beraber seçilen yabancı mahkemenin belirli olması şartının MÖHUK m.47 bakımından da aranacağına ilişkin Yargıtay içtihatlarının belirli bir istikrar arz ettiği görülmektedir. Ancak, Yargıtay'ın birbiriyle çelişen içtihatlarına yine de rastlamaktayız. Mesela, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, yukarıda değindiğimiz 17.06.2015 tarihli kararından kısa bir süre sonra verdiği bir kararında, nakliyat emtia sigorta sözleşmesinden doğan bir uyuşmazlığa konu konişmentoda yer alan ve ABD'de yapılan taşımalarından Amerikan hukuku ve Amerikan Federal Mahkemesinin, bunun dışındaki taşımalarından kaynaklanan her türlü uyuşmazlığın çözümlenmesinde Singapur mahkemelerinin yetkili kılınmasını öngören yetki şartını geçerli ve yetki şartına dayanan yetki itirazını kabul etmiştir<sup>89</sup>. Yukarıda da değindiğimiz üzere, ABD'de hangi federal mahkemenin yetkili kılındığını net bir şekilde ortaya koymaması itibariyle, konişmentoda yer alan yetki şartının Amerikan Federal Mahkemesini yetkilendiren kısmı Yargıtay'ın daha önceki "*seçilen yabancı mahkemenin belirli olması gerektiğine*" yönelik içtihatlarıyla çelişmektedir.

Yargıtay'ın, daha doğru bir ifadeyle Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin, daha yakın tarihli kararlarında ise, seçilen yabancı mahkemenin belirli olması şartının yabancı mahkemeleri yetkilendiren anlaşmalar bakımından da aranması gerektiği görüşünü, özellikle Türk mahkemelerinin yetki anlaşmasıyla yetkili kılınmasına yönelik şartları ihtiva eden HMK m.17-18 hükümlerine dayandırdığı görülmektedir. Mesela, geminin römorkörler vasıtasıyla tersaneye çekilmesi esnasında gerçekleşen çatma nedeniyle ortaya çıkan zararın tazminine ilişkin bir davada Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, taraflar arasında akdedilen standart sözleşmede yer alan yetki şartının Türk hukuku bakımından

87 Bkz: ABD yargı teşkilatı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Mustafa Can, 'ABD Hukukunda Yargı Sistemi Ve Uyuşmazlıkların Çözümü' (2003) 6(69) Mevzuat Dergisi <<https://www.mevzuatdergisi.com/2003/09a/04.htm#>> Erişim Tarihi 26 Aralık 2019).

88 Yargıtay 19 HD 19343/16884 25.11.2014 (<[www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr)> Erişim Tarihi 26 Aralık 2019).

89 Yargıtay 11 HD 10685/11230 19.10.2015 (<<https://emsal.yargitay.gov.tr>> Erişim Tarihi 22 Kasım 2017).

hukuki sonuç doğurması için, “*uyuşmazlığın yabancı bir devletin mahkemesinde görülmesi konusunda*” olması gerektiğini belirtmiştir. Ardından, “*..yetki anlaşmasıyla yetkilendirilen yabancı devlet mahkemesinin HMK 17 ve 18. maddelerindeki düzenlemeye paralel olarak “belirli olması” şartının MÖHUK m.47 yönünden de aranmalıdır*” ifadesine yer vermiş, seçilen mahkemenin belirli olduğunun kabulü için yetkili mahkemenin ismen zikredilmiş olması gerektiğini, “*davaya bakmaya İngiliz mahkemelerinin yetkili olduğu*” şeklindeki “*belirli olma*” kriterini taşımayan yetki şartının geçerli kabul edilmesinin yerinde olmadığına hükmetmiştir<sup>90</sup>.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, bu karardan kısa bir süre sonra, banka hesabı sözleşmesinden kaynaklanan bir alacak davasında, davaya konu banka hesabı sözleşmesinin 11.2 maddesinde yer alan “*tartışmayı taraflar kendi aralarında çözemedikçe tartışma Azerbaycan Cumhuriyetinin ilgili mahkemesinde yapılacaktır*” şeklindeki yetki şartının belirli olma şartını taşımadığı gerekçesiyle ve bir önceki içtihadındaki benzer ifadeleri tekrar etmek suretiyle geçersiz olduğuna hükmetmiştir<sup>91</sup>. Yine, deniz yoluyla eşya taşıma sözleşmesine konu eşyanın hasara uğraması nedeniyle açılan tazminat davasında, yerel mahkemenin taşımaya konu konişmentoda yer alan ve İngiliz mahkemelerini yetkilendiren yetki şartını geçerli kabul ederek vermiş olduğu yetkisizlik kararı yerinde bulmayan aynı dairenin, bu karara gerekçe olarak 19.10.2015 tarihli kararındaki kullanmış olduğu ifadeleri, bu kararında da aynen tekrar ettiği görülmektedir<sup>92</sup>.

Kronolojik olarak yukarıdaki kararlardan sonra verilen başka bir Yargıtay kararında ise, yabancı ülkeden Türkiye’de sökülme üzere satın alınan geminin sigortalanmasına ilişkin sözleşmeden kaynaklanan tazminat davasında yerel mahkeme, “İngiltere-Galler Mahkemeleri”ni yetkilendiren poliçeyi dikkate alarak, İngiliz ve Galler mahkemelerini yetkilendiren yetki şartının geçerli olduğu gerekçesiyle yetkisizlik kararı vermiştir. Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, yerel mahkeme kararını bu yönden bozmamakla birlikte, yetki sözleşmesinde kararlaştırılan yetkili mahkemenin somut olarak belirlenmemiş olması itibarıyla yerel mahkemenin yetki şartının geçersizliğine ilişkin gerekçesinin yerinde olmadığını vurgulamıştır<sup>93</sup>.

Son olarak, özellikle iflas yoluyla takibe konu yapılan alacağın kaynaklandığı uyuşmazlık bakımından yabancı devlet mahkemelerini yetkilendiren anlaşmaların hukuki sonuçları bakımından Yargıtay’ın çeşitli kararlarına değinmek gerekir. Mesela, Yargıtay 23. Hukuk Dairesinin çeşitli tarihlerde vermiş olduğu kararları<sup>94</sup> ile Yargıtay

90 Yargıtay 11 HD 15681/11244 28.10.2015 (<www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 27 Aralık 2019).

91 Yargıtay 11 HD 5193/12216 18.11.2015 (<https://emsal.yargitay.gov.tr> 22 Kasım 2017).

92 Bkz.: Yargıtay 11 HD 7244/1657 17.02.2016 (<www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 26 Aralık 2019).

93 Bkz.: Yargıtay 19 HD 8066/2720 08.05.2017 (karar yayınlanmamıştır).

94 Bkz.: Yargıtay 23 HD 4732/255 21.01.2013: “*..taraflarca alacak borç miktarının belirlenmesi bakımından İngiliz Hukuk ve Mahkemelerinin yetkili kılındığı tarafların kabulüdedir. Bu itibarla davacı, alacaklı olduğunu ve miktarını somut olayda İngiliz Mahkemesinde açacağı alacak davası ile MÖHUK’nın 47.maddesi uyarınca net olarak belirlemeli. ....*”

11. Hukuk Dairesinin 13.2.2015 tarihli kararında<sup>95</sup> yer alan yetki şartında “İngiliz/İngiltere mahkemeleri”nin dava/takip konusu uyuşmazlık bakımından yetkili kılındığı belirtilmektedir. Söz konusu kararlarda Yargıtay’ın, iflas yoluyla takibe, dolayısıyla iflas davasına konu alacağın kaynaklandığı sözleşmeler bakımından yabancı devlet mahkemelerinin yetkili kılındığı anlaşmaların, belirli olma şartını -kararlardan anlaşıldığı kadarıyla- karşılamamasına rağmen, halen geçerli olarak nitelendirildiği görülmektedir. Dolayısıyla, bu yönden bir inceleme yapmaksızın iflas davasını karara bağlayan yerel mahkemelerin yetki itirazını reddetmesini yerinde bulmadığı veya yerel mahkemece verilen yetki şartına dayanan yetki itirazını onayladığı görülmektedir. Şüphesiz, söz konusu kararlardaki yetki şartında “İngiliz mahkemeleri”ne veya “İngiltere’deki belirli bir mahkeme”ye mi atıfta bulunulduğu, esasen ve sadece dava dosyasından anlaşılabilir. Bununla birlikte, Yargıtay kararlarındaki ifadelerden anladığımız kadarıyla, iflas davasına konu alacağın mevcut olup olmadığına ilişkin tespitin davacı tarafından açılacak bir dava ile İngiliz mahkemelerince yapılacağını ortaya koyan ifadeleri, Yargıtay’ın yukarıda değindiğimiz dairelerinin bu tür yetki anlaşmalarını geçerli saydıklarını dolaylı olarak ortaya koymaktadır. Bunun da yetki anlaşmasında “*seçilen yabancı mahkemenin belirli olması*” gerektiğine ilişkin içtihatlarıyla çeliştiği bir gerçektir.

Yukarıda Yargıtay’ın (çeşitli dairelerinin) seçilen (yabancı) mahkemenin belirli olması şartının yabancı devlet mahkemelerini yetkilendiren anlaşmalar bakımından aranıp aranmayacağına ilişkin içtihatlarını konumuzu ilgilendirdiği ölçüde ele almış bulunmaktayız. Söz konusu kararlar incelendiğinde, Yargıtay’ın söz konusu şartı, yabancı mahkemeleri yetkilendiren anlaşmalar bakımından bir geçerlilik şartı olarak ele aldığı görülmektedir. Oysa Türk doktrininde genel olarak benimsendiği üzere, MÖHUK m.47’de yer alan koşullar yetki anlaşmalarının geçerlilik değil, söz konusu anlaşmanın Türk hukukunda öngörülen sonuçları doğurabilmesi için aranan kabul edilebilirlik şartları niteliğindedir. Diğer yandan, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi üzerindeki etkileri dikkate alındığında, Yargıtay kararlarında MÖHUK m.47’deki şartların, dolayısıyla seçilen yabancı mahkemenin belirli olması şartının bir

*alacaklıya taraflar arasındaki sözleşme uyarınca İngiltere Mahkemelerinden alacağını belirtir ilam alması için süre verilmeli...*”; Yargıtay 23 HD 8813/892 22.03.2017: “...iş bu sözleşme İngiliz kanunları tarafından yönetilmekte olup buna göre yorumlanacağı ve...(Davacı) ve Konsinye alıcısının (Davalı) her ikisi de İngiltere Mahkemesinin Adli Yetkisini kabul edecekleri” öngörüldüğü, itirazın kaldırılması suretiyle iflas davalarında, öncelikle alacaklı olduğunu iddia eden davacının alacaklı olduğunu kanıtlaması gerektiği, bu itibarla davacının alacaklı olduğunu ve miktarını somut olayda İngiliz Mahkemesinde açacağı alacak davası ile MÖHUK’nun 47. maddesi uyarınca net olarak belirlemeli...”; Yargıtay 23 HD 8813/893 22.03.2017: “...taraflar arasındaki 27.04.2005 tarihli sözleşmenin 14/e maddesinde taraflarca alacak borç miktarının belirlenmesi bakımından İngiliz Hukuk ve Mahkemelerinin yetkili kılındığı, buna göre yabancı mahkeme ile MÖHUK’nun 47. Maddesi uyarınca alacağın net olarak belirlenmesi...gerektiği...”. Kararlar için bkz.: www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 29 Aralık 2019.

95 Bkz.: Yargıtay 11 HD 16212/1885 13.02.2015: “...konişmentonun arka yüzünde taşıma nedeniyle ortaya çıkacak ihtilafların çözümüne ilişkin olarak yetki şartının mevcut olduğunu, buna göre her türlü uyuşmazlık bakımından yetkili mahkemenin İngiliz mahkemeleri olduğunun...” konişmentonun 26.maddesine yetki ve uygulanacak hukuka ilişkin konulan yazılı şartın geçerli ve bağlayıcı olması karşısında tarafları bağlayıcı ve geçerli yetki şartı bulunduğu gerekçesiyle, davalı tarafın milletlerarası yetki itirazının kabulü ile dava dilekçesinin yetkisizliği nedeni ile reddine...” (<www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 29 Aralık 2019).

geçerlilik veya kabul edilebilirlik şartı olarak nitelendirilmesi, pratik olarak herhangi bir farklılık arz etmemektedir.

Yargıtay kararlarından ortaya çıkan diğer ve daha önemli sonuç ise, aynı Yargıtay dairesinin birbiriyle oldukça yakın tarihli olan kararlarında, çalışmamızın konusunu teşkil eden “*seçilen yabancı mahkemenin belirli olması*” gerekip gerekmediğine ilişkin farklı değerlendirme ve tespitlerde bulunduğu görülmektedir. Dolayısıyla, 2675 sayılı MÖHUK’un yürürlüğe girdiği dönemden beri verilen Yargıtay içtihatlarında bu konuda yeknesak bir anlayışın ortaya çıkmadığını söylemek yanlış olmayacaktır. Bunun ise, tek başına sözleşmenin müzakereleri esnasında MÖHUK m.47 hükmünün varlığına güvenerek yabancı devlet mahkemeleri lehine bir yetki anlaşması akdeden tarafları, uyuşmazlığın vuku bulduğu tarih itibarıyla davanın hangi ülkede açılması gerektiği konusunda bir belirsizliğe sürüklemek anlamına geleceği bir gerçektir.

İşte, çalışmamızın bundan sonraki kısmında, Yargıtay’ın söz konusu içtihatları karşısında MÖHUK m.47’de öngörülmemiş olan “*seçilen yabancı mahkemenin belirli olması*” şartının yabancı mahkemeleri yetkilendiren anlaşmalar bakımından da aranmasının Türk milletlerarası yetki hukukunun temel prensipleriyle bağdaşıp bağdaşmadığı meselesini ele alacağız. Bu bağlamda, belirli olma şartının aranmasının milletlerarası karakterli uyuşmazlıkların çözümü konusunda yaygın olarak benimsenen bir enstrüman olan milletlerarası yetki anlaşmalarının amacı ve fonksiyonu bakımından ne derece yerinde olduğunu incelemek yararlı olacaktır. Ayrıca, söz konusu şartın yabancı mahkemeleri yetkilendiren anlaşmalar bakımından da aranması gerektiğini ortaya koyan Yargıtay’ın buna gerekçe olarak sadece HMK m.18 hükmüne istinat etmekle yetinmesinin, yeterli ve yerinde bir gerekçe olup olmadığı da tartışılması gereken bir diğer husustur. Yine, aşağıda inceleyeceğimiz kimi Yargıtay kararlarından hareketle, yabancı mahkemeleri yetkilendiren anlaşmaların kabul edilebilirliği için seçilen mahkemenin belirli olması şartının aranmasının tek başına bir çözüm olmadığını ortaya koyan çeşitli halleri inceleyeceğiz.

### **III. Yabancı Mahkemeleri Yetkilendiren Anlaşmalar Bakımından Seçilen Mahkemenin Belirli Olması Şartının Aranmasının Milletlerarası Yetki Hukuku Açısından Yerindeligi**

#### **A. Seçilen Mahkemenin Belirli Olması Şartının Aranmasının “Her Devletin Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisini Re’sen Belirleyebileceği” Prensibiyle Bağdaşıp Bağdaşmadığı Meselesi**

Milletlerarası yetki hukukunda benimsenen temel prensip, yargı yetkisine sahip olan bir devletin mahkemelerinin milletlerarası yetkisini serbestçe belirleyebileceğidir. Buna göre, her devlet yabancı unsurlu davalar bakımından mahkemelerinin milletlerarası

yetkisinin diğer devletlerden bağımsızlık olarak re'sen belirlemektedir<sup>96</sup>. Türk Kanun Koyucusu da, MÖHUK m.40 vd. hükümleriyle Türk mahkemelerinin yabancı unsurlu özel hukuk davaları bakımından milletlerarası yetkisinin hangi hal ve şartlarda tesis edileceğini ortaya koymuştur. Bu bağlamda, MÖHUK m.40'taki genel yetki kuralı ve MÖHUK m.41-46 arasındaki özel yetki kuralları vasıtasıyla yer itibarıyla ve milletlerarası yetkiye sahip Türk mahkemelerinin ne şekilde belirleneceği ortaya konmuştur.

Devletler, kendi mahkemelerinin hangi hallerde ve ne zaman milletlerarası yetkiye sahip olabileceğini belirleme konusundaki serbestinin bir sonucu olarak, sahip oldukları yargı yetkisini belirli alanlarda milletlerarası yetki kuralları vazetmeyerek kullanmamayı tercih edebilir. Başka bir ifadeyle, devletler yabancı unsurlu davalarda mahkemelerinin milletlerarası yetkili kılınmasına veya mahkemelerinin kanunla belirlenmiş milletlerarası yetkisinin bertaraf edilmesine izin vermek konusunda tamamen serbesttir<sup>97</sup>. Dolayısıyla, devletler kimi hallerde belirli uyuşmazlıklar bakımından mahkemelerinin sahip olduğu yetkiyi kullanmamaya yönelik düzenlemeler de getirebilir. Böylece taraf iradelerine belirli şartlar altında etki tanıyarak kendi mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin dışlanmasına müsaade eden negatif bir yetki düzenlemesine yer verebilir. Yalnız, taraf iradelerine mahkemelerin kanunla belirlenmiş olan milletlerarası yetkisini dışlayabilme yetkisi tanıyanın hukuk düzeninin kendisi olduğu, böyle bir iradeye hukuk düzenince itibar edilmedikçe tek başına taraflarca belirli bir devlet mahkemesinin yetkili kılınmasının ve belirli bir devletin mahkemelerinin yetkisinin bertaraf edilmesinin mümkün olmadığı unutulmamalıdır<sup>98</sup>.

İşte MÖHUK m.47 hükmü de yukarıda bahsettiğimiz anlayışın Türk hukukundaki normatif temelini oluşturmaktadır. MÖHUK m.47 hükmü, MÖHUK m.40-46'da yer alan kurallardan farklı olarak, yabancılık unsuru içeren borç ilişkilerinden doğan davalar bakımından yetkisi kanunla belirlenmiş Türk mahkemelerinin yetkisinin ne şekilde ortadan kaldırılabilceğini düzenlemektedir. Kanun koyucu, MÖHUK m.47 hükmüyle, tarafların yetki anlaşmasıyla yabancı unsurlu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar bakımından yabancı bir devlet mahkemesini/mahkemelerini yetkili kılarak, Türk mahkemelerinin kanunla belirlenmiş yetkisini dışlayabilmelerine izin vermiş, Türk mahkemelerine de bu tür yetki anlaşmalarının hukuki sonuçlarını kabul etme yetkisi/yükümlülüğü getirmiştir. Bu bakımdan, her ne kadar başlığı “yetki anlaşması ve sınırları” olsa da, hatta MÖHUK m.47'nin yer aldığı bölümün başlığı Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi olsa da, söz konusu hüküm, Türk mahkemelerinin yabancı unsurlu bir davada milletlerarası yetkili hale gelmesini değil,

96 Nomer (n 11) 426; Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 1) 343; Sargın (n 1) 29-31; Ekşi, *Milletlerarası Yetki* (n12) 2, 28; Ergin Nomer, ‘Devletler Hususî Hukukunda Milletlerarası Yetki Mefhumu’ (1974) 40(1-4) İÜHF 393, 398; Yılmaz Altuğ, *Devletler Hususî Hukukunda Yargı Yetkisi*, (2nd edn İstanbul Üniversitesi Yayınları 1979) 35.

97 Sargın (n 1) 31-32.

98 Sargın (n 1) 32.

kanunen yetkili olan Türk mahkemelerinin yetkisinin taraf iradesiyle ne şekilde ve hangi şartlar altında ortadan kaldırılabilceğini ortaya koymaktadır.

MÖHUK m.47, Türk mahkemelerinin (yer itibariyle ve) milletlerarası yetkisini tesis eden bir hüküm olmaktan ziyade, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini dolaylı olarak ve negatif bir yetki düzenlemesi şeklinde düzenlemektedir. Bu yönüyle, MÖHUK m.40-46 hükümlerine göre yetkisi doğabilecek Türk mahkemelerinin yetkisizlik durumunu ve bu durumun hangi şartlarla söz konusu olabileceğini ortaya koyan bir hüküm niteliğindedir. Bunun sonucu olarak, Kanun Koyucu MÖHUK m.47’de yabancı devlet mahkemelerini yetkilendiren bir anlaşmaya istinaden anlaşmaya konu uyuşmazlık bakımından milletlerarası yetkiye sahip Türk mahkemelerinin söz konusu yetkisinin kaldırılabilmesi için gerekli ve yeterli olan şartlara yer vererek sadece Türk mahkemelerinin yetkisini, daha doğru bir ifadeyle yetkisizliğini düzenleme yoluna gitmiştir. Yukarıdaki prensibin gereği olarak, MÖHUK m.47 hükmü, milletlerarası yetkisi kanunla belirlenmiş Türk mahkemelerinin yetkisizlik durumunu düzenlemektedir. Taraflarca seçilen yabancı mahkemenin davayı görmeye gerçekten yetkili olup olmadığı, söz konusu mahkemenin hukukunu ilgilendiren bir meseledir ve prensip olarak<sup>99</sup> bir tarafın uyuşmazlığın vuku bulmasını müteakiben söz konusu mahkemeye müracaat edildiği takdirde anlaşılabilir. Dolayısıyla, seçilen yabancı mahkemenin belirli olması şartının MÖHUK m.47’de açıkça ifade edilmemesine rağmen aranmış olmasının, sadece taraf iradesiyle yetkisi bertaraf edilen Türk mahkemelerinin yetkisinin yeniden doğmasına neden olmamakta, aynı zamanda taraf iradesiyle seçilen yabancı mahkemenin yetkisine dolaylı olarak müdahale anlamına geldiği iddia edilebilir.

Şüphesiz, kanunda açıkça aranmamasına rağmen, içtihaden böyle bir şarta yer verilmesinin, mahkemelerinin yetkisi konusunda taraf iradesinin arz ettiği önem ve yetki anlaşmalarının milletlerarası karakterli uyuşmazlıkların çözümünde oynadığı rol karşısında ne derece yerinde olduğu ayrı bir konudur ve ayrı bir başlık altında incelenmeyi hak etmektedir. Aşağıda değinceğimiz üzere, Yargıtay’ın söz konusu şartı arayarak anlaşmanın taraflarının sahip oldukları ve Türk mahkemelerince sağlanabilecek adalete erişim haklarından –bir süreliğine de olsa- mahrum kalmamalarını amaçlamış olabileceği ileri sürülebilir. Bununla birlikte, söz konusu şartın aranmasının, dolayısıyla yabancı devlet mahkemelerini genel olarak yetkilendiren anlaşmaların geçersiz olarak kabul edilmesinin ve davanın Türk mahkemesinde görülmesinin, yabancı devletin de sahip olduğu mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin serbestçe düzenleme yetkisiyle bağdaşmadığı söylenemez. Zira herşeyden önce MÖHUK m.47, anlaşmayla yetkili kılınan yabancı mahkemenin veya mahkemelerin yetkisi hakkında herhangi bir şey söylememektedir. Söz konusu şartın aranması veya aranmaması, sadece

<sup>99</sup> Taraflarca seçilen yabancı mahkemenin davaya görmeye yetkili olmadığı henüz yabancı mahkeme önünde dava açılmadan önce de anlaşılabilceği kimi haller söz konusu olabilir. Bkz.: Aşağıda III/ B 333ff.

ve sadece Türk mahkemelerinin yetkisi üzerinde etkiler doğurmakta, anlaşmayla mahkemeleri genel olarak yetkili kılınan yabancı devletin mahkemelerinin yetkisini etkilememektedir. Yabancı mahkemenin/mahkemelerin yetkisinin anlaşmayla tesis edilip edilmediği, Türk hukukuna göre değil mahkemenin bağlı olduğu devletin hukukuna göre belirlenecektir. Nasıl ki tarafların yetki anlaşmasıyla (yer itibarıyla) bir Türk mahkemesini yetkili kılmalarına Türk hukukunca -HMK m.17-18’de yer alan şartlar altında- izin verilmişse, mahkemesi/mahkemeleri lehine yetki anlaşması yapılan yabancı devlet de mahkemesinin/mahkemelerinin yetkisinin bu şekilde tesis edilebilmesine hangi şartlar altında izin vereceğini düzenlemiş olabilir. Böylece, Türk mahkemeleri, sadece anlaşmaya rağmen davanın önlerine gelmesi halinde söz konusu şartın karşılanıp karşılanmadığını Türk hukukuna göre inceleyecek, yabancı devlet mahkemesi de kendisinin anlaşmayla yetkili kılınıp kılınmadığını kendi hukukuna göre tespit edecektir. Bu nedenle, Türk hukukunda söz konusu şartın aranmasının, ne Türk devletinin ne de yetki anlaşmasıyla mahkemeleri yetkilendirilen yabancı devletin sahip olduğu mahkemelerinin milletlerarası yetkisini re’sen belirleme yetkisine aykırı olduğunu söylemek mümkün değildir.

Diğer yandan, seçilen yabancı mahkemenin belirli olması şartının aranması, devletlerin sahip olduğu mahkemelerinin milletlerarası yetkisini serbestçe belirleyebilme yetkisinin varlığı nedeniyle milletlerarası yetkiye ilişkin çeşitli sorunları da beraberinde getirebilir. Şöyle ki, Çekya örneğinde olduğu gibi, yabancı devlet mahkemelerinin olduğu kadar kendi mahkemelerini genel olarak yetkilendiren yetki anlaşmalarını geçerli kabul eden, dolayısıyla kendi mahkemelerinin genel olarak yetkili kılındığı anlaşmaların varlığı halinde ülke içinde hangi yer mahkemesinin ne şekilde yetkili hale geleceğini belirleyen hukuk düzenleri bulunabilir. Dolayısıyla, bir taraftan söz konusu devletin mahkemelerini genel olarak yetkilendiren bir yetki anlaşması o devletin mahkemelerince geçerli olarak kabul edilerek dava o ülkede görülecek, diğer taraftan söz konusu yetki anlaşması Türk hukukuna göre belirli olma şartı karşılanmadığı için geçersiz olarak nitelendirilecek ve aynı dava Türk mahkemelerinde de görülmeye devam edilecektir. Pozitif yetki çatışması olarak nitelendirilen böyle bir durum da, farklı iki ülkede cereyan eden davalar sonucunda birbiriyle çelişen kararların ortaya çıkmasına yol açabilecektir.

### **B. Seçilen Mahkemenin Belirli Olması Şartının Aranmasının Milletlerarası Yetki Anlaşmalarının Amacı ve İşlevi Karşısında Yerinde Olup Olmadığı Meselesi**

Yukarıda değindiğimiz prensip gereği, devletler taraf iradesini veya irade serbestisini mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin tesisinde bir sebep veya bağlama noktası olarak belirleyip belirlememekte serbesttir. Hatta günümüzde yetki anlaşmalarının, milletlerarası ticari sözleşmelerden doğan davalarda mahkemelerin yetkisinin en

önemli kaynaklarından biri olduğu kabul edilmektedir<sup>100</sup>. Yetki anlaşmalarının bir yetki esası olarak hemen hemen tüm hukuk sistemlerinde ve uluslararası düzenlemelerde yaygın olarak benimsenen evrensel bir yetki kriteri olduğu belirtilmektedir<sup>101</sup>. Yetki anlaşmaları, sadece milletlerarası ticari sözleşmelerin taraflarının gelecekte çıkabilecek olası uyuşmazlıkta yargı yerinin seçimine ilişkin belirsizliği ortadan kaldırmamakta, aynı zamanda bu tür uyuşmazlıklarda ortaya çıkabilecek yetkiye ilişkin olası ihtilafları da engelleyebilmektedir<sup>102</sup>. Seçilen mahkemenin her iki tarafa da eşit ve tarafsız olacağı, yargılamanın hızlı ve daha az maliyetli olacağı veya seçilen mahkemenin/ mahkemelerin belirli alanlarda sahip olduğu uzmanlık, tebligat ve delillere ulaşmada kolaylıklar gibi çeşitli pratik ve hukuki mülahazalar, milletlerarası ticari sözleşmelerin taraflarının yetki anlaşmalarını tercih etmelerinde etkili olmaktadır<sup>103</sup>. Bireylerin tarafı oldukları sözleşmelerden doğabilecek uyuşmazlıkların çözüm merciiini belirlemekteki menfaatleri, taraf iradesinin bir yetki esası olarak benimsenmesini meşru ve haklı kılmaktadır. Mahkemelerin seçimini ve böyle bir seçimin hukuki sonuçlarının bir devletin hukukunda kabul edilmiş olması, olası bir ihtilafın önlerine gelmesi halinde söz konusu devlet mahkemelerinin ne şekilde hareket edeceği konusunda sözleşmenin taraflarına güven sağlamaktadır. Bu yönüyle yetki anlaşmalarının sadece tarafların menfaatine değil, milletlerarası ticari ilişkilerin güçlendirilmesine dolaylı olarak hizmet ettiğini söylemek mümkündür.

Milletlerarası yetki anlaşmalarının bir yetki esası olarak kabul edilmesini sağlayan yukarıdaki saymış olduğumuz hususlar, yabancı devlet mahkemelerinin yetkili kılınması ve böylece Türk mahkemelerinin kanunlar belirlenmiş olan milletlerarası yetkisinin taraflarca dışlanması sağlayan MÖHUK m.47 hükmü bakımından da geçerlidir. Daha önce de zikrettiğimiz üzere, yabancı unsurlu bir sözleşmenin tarafları, sözleşmenin müzakereleri esnasında MÖHUK m.47 hükmünün varlığına güvenerek Türk mahkemelerinin yetkisini dışlayıp yabancı devlet mahkemelerini yetkili yargı mercii olarak tayin edebilecektir. Uyuşmazlığın Türk mahkemelerinde dava konusu yapılması halinde, davalı taraf Türk mahkemesinin yetkisine kaynağını MÖHUK m.47’den alan bir itirazda bulunma hakkını kullanabilecektir. Bununla birlikte, Yargıtay’ın MÖHUK m.47 hükmünün tatbiki için “seçilen yabancı mahkemenin belirli olması” şartının aranıp aranmayacağı konusunda yeknesaklık/istikrar arz etmeyen içtihatları, söz konusu anlaşmaların Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini bertaraf edici bir işlev görüp

100 Sargın (n 1) 33; Demirkol (n 1) 2; Lousie Merret, ‘Article 23 of the Brussels I Regulation: A Comprehensive Code for Jurisdiction Agreements?’ ICLQ (2009) 58(3) 545, 545.

101 Bkz.: Comission Staff Working Paper Impact Assesment Accompanying document to the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (Recast), Brussels, 14.12.2010, SEC(2010) 1547 final, Annex I-Glossary of Legal Terms, 27, (<<https://eur-lex.europa.eu>> Erişim Tarihi 17 Aralık 2019); International Law Association (ILA) Committee on International Civil and Commercial Litigation, “Third Interim Report: Declining and Referring Jurisdiction in International Litigation”, London Conference, 2000, 5, (<<https://ila.vettoreweb.com>> Erişim Tarihi 17 Aralık 2019).

102 Sargın (n 1) 38-39; Magnus/Mankowski/Magnus, Art.25 (n 12) 592; Frank Vischer, ‘General Course on Private International Law’, Recueil Des Cours-Collected Courses 1992(232) 9, 207.

103 Demirkol (n 1) 99.



görmediği konusunda bir belirsizlik yaratmaktadır. Bu durum, MÖHUK m.47 hükmünün varlığına güvenerek yetki anlaşması akdeden tarafları, uyuşmazlığın vuku bulduğu tarih itibariyle davanın hangi ülkede açılması gerektiği konusunda bir belirsizliğe sürüklemek anlamına gelmektedir. Bunun ise, prensip olarak yetki anlaşmalarının tercih edilmesinin en temel sebeplerinden biri olan yetkili yargı mercii konusundaki kesinlik ve öngörülebilirliği ortadan kaldırdığını söylemek yanlış olmayacaktır. Bu bakımdan, söz konusu şartın içtihaden aranmasının yerinde olmaması bir yana, bu konuda Türk mahkeme tatbikatının milletlerarası ticari sözleşmelerden doğan davalarda kullanılan yetki anlaşmalarının önemini ve etkinliğini azalttığı ileri sürülebilir.

Yargıtay'ın yukarıda incelediğimiz kararlarında belirli olma şartı konusundaki yaklaşımı, bizi tarafların yabancı mahkemeleri yetkilendiren bir anlaşmayı kaleme alırken, yetkili kılınan mahkemeyi spesifik olarak belirlemeleri gerektiği sonucuna götürmektedir. Zira, yetkili kılınan mahkeme ismen zikredildiğinde MÖHUK m.47'nin tatbiki için aranan yukarıdaki şart karşılanmış olacaktır. Oysa, Yargıtay kararlarından anlaşıldığı kadarıyla kaynağını yerel usul hukukunda öngörülen yetki anlaşmalarına ilişkin HMK hükümlerinden alan böyle bir şartın milletlerarası yetki anlaşmaları bakımından aranması, söz konusu anlaşmaların amacı ve işleviyle bağdaşmamaktadır. Her şeyden önce, iç hukukta yer alan yetki kuralları ile aynı zamanda MÖHUK m.47 hükmünün de bir parçasını oluşturduğu milletlerarası yetki kurallarının amacı birbirinden farklıdır. İç hukuktaki yetki kuralları, dolayısıyla HMK m.17-18 hükmü, Türkiye'deki mahkemeler arasındaki yer itibariyle yetki dağılımını düzenlemektedir. Milletlerarası yetki kuralları ise, iç hukuktaki yetki kurallarından farklı olarak, sadece ülke içinde hangi Türk mahkemesinin yetkili olacağı ile yetinmemekte, belirli bir uyuşmazlık bakımından Türk mahkemelerinin yetkili olup olmadığını belirlemektedir<sup>104</sup>.

Bu farklılık, kendisini milletlerarası yetki anlaşmaları bakımından daha fazla hissettirmektedir. Zira, Türk mahkemelerini yetkili kılmaya yönelik taraf iradelerinin ülke içinde yer itibariyle yetkili bir mahkemeyi veya mahkemeleri belirlemeye yönelik kullanılması gerektiği, aynı zamanda MÖHUK m.40'ın atfi gereği milletlerarası yetkinin tesisinde de kullanılan HMK m.18 ile kanun koyucu tarafından ortaya konmuştur. Dolayısıyla, yerel karakterli veya yabancı unsurlu bir davada taraflar, ülke içinde yetkili olan mahkemelerin yetkisini dışlayarak veya bu mahkemelerin yetkisine ilaveten aynı ülkede başka bir mahkemeyi uyuşmazlıkla ilgili olarak yetkilendirebilecektir. Buna mukabil, yabancı devletin mahkemelerini genel olarak yetkilendirerek Türk mahkemelerinin yetkisini dışlama yolunu tercih eden taraflar, sadece davanın görüleceği coğrafi noktayı/sahayı belirlemek istememiş, aynı zamanda davann dünya üzerinde hangi ülkede görüleceğini belirlemeyi arzu etmiş olabilir<sup>105</sup>.

104 Bkz.: Nomer, *Milletlerarası Yetki* (n 90) 410.

105 Sargın (n 1) 174-175.

Başka bir ifadeyle, yetki anlaşmalarını uyuşmazlığın sahip olduğu yabancılık unsuruna istinaden iç hukuk yetki anlaşmaları ve milletlerarası yetki anlaşmaları şeklinde bir ayrıma tabi tutan bir yazar tarafından da izah edildiği üzere<sup>106</sup>, Türk mahkemelerini -HMK m.17-18'e istinaden- yetkilendiren bir anlaşmanın temel işlevi davanın ülke içinde hangi şehirdeki mahkemede görüleceğinin belirlenmesi iken, milletlerarası yetki anlaşmalarının temel işlevi davanın milletlerarası yetkiye sahip olabilecek başka devlet(ler)in mahkemesinde veya mahkemelerinde açılmasının engellenmesi ve taraflarca belirlenen devletin mahkemelerinde açılabilmesidir. Bu yönü itibariyle, bu tür yetki anlaşmalarının temel amacı ve işlevinin, yerel yetki anlaşmalarından farklı olarak, farklı yargı düzenleri arasında belirli bir yargı düzenini belirleyip, taraflar arasındaki uyuşmazlığın bu yargı düzeni tarafından çözümlenmesini sağlamak olduğunu söylemek mümkündür<sup>107</sup>.

Diğer yandan, bir milletlerarası yetki anlaşmasında anlaşmaya konu özel hukuk münasebetinin çeşitli unsurları itibariyle ülkeyle belirli bir coğrafi yakınlığının/ ilişkisinin varlığının, tarafların anlaşmayı müzakere ederken üzerinde durmayacakları, önemsiz bir kriter olarak nitelendirilemeyeceği de bir gerçektir. Tarafların arzusu, sadece davanın dünya üzerinde görüleceği yargı düzenini belirlemekle yetinmekle sınırlı olmayabilir ve iradelerini o yargı alanı içerisinde davanın görüleceği lokasyonu belirlemek yönünde de kullanabilirler. Mukayeseli hukuktaki örnekler, tarafların iradelerini her iki yönde de kullanabileceklerini, yetki anlaşmalarını bu amaç çerçevesinde dizayn edebileceklerini fazlasıyla ortaya koymaktadır<sup>108</sup>. Bununla birlikte, tarafların yetki anlaşmasında uyuşmazlığı karara bağlayacak mahkemeyi ismen zikretmek veya spesifik olarak belirtmek yerine, sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlığın çözümleneceği yargı düzenini belirleme konusunda çok farklı ve çeşitli menfaatleri söz konusu olabilir. Dolayısıyla, milletlerarası özel hukuk boyutuyla ele alındığında, bu menfaatler veya amaçlar, tarafların yabancı bir devletin belirli bir mahkemesi yerine söz konusu devletin yargı organlarını bir bütün olarak yetkilendirmeleri gayet makul ve haklı görünmektedir.

Mesela, davada uygulanacak usul hukukunun ve kanunlar ihtilafı kurallarının mahkemenin hukukuna (*lex fori*'ye) göre belirlenecek olmasının böyle bir belirlemede son derece önemli olduğu belirtilmektedir<sup>109</sup>. Keza, maddi hukuk sözleşmesini akdetme konusundaki menfaatlerini gözetebilecek olan taraflar, sözleşmenin akdedilmesiyle elde edecekleri menfaati ön planda tutup, yetkili yargı merciinin tayini konusundaki menfaatlerini ikinci plana atabilir. Belki de salt karşı tarafın bu konudaki çekincelerini bertaraf etmek isteyen bir Türk şirketi, karşı tarafın spesifik bir mahkemeyi belirlemek yerine, bir devletin mahkemelerinin genel olarak yetkili kılınması yönündeki iradesine

106 Bkz.: Demirkol (n 1) 116.

107 Demirkol (n 1) 98-99.

108 Bkz.: Yukarıda, II/B/1 ve özellikle 2.

109 Demirkol (n 1) 99.

itibar edebilir. Başka bir ihtimal olarak, maddi hukuk sözleşmesini müzakere eden taraflar, olası uyuşmazlıkların çözüm mercii olarak her iki tarafa eşit mesafede olduğunu düşündükleri bir hukuk düzenini tercih edebilirler. Mahkemelerinin sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklar bakımından belirli bir uzmanlığa sahip olduğu, mahkemelerince ilgili hukuk alanına ilişkin daha kapsamlı ve milletlerarası ticaretin gereklerine uygun çözümler üretebildiği, hızlı ve daha az masraflı ve etkin bir yargılamanın yapıldığı bir yargı düzenini seçmekte tarafların gerçekten haklı ve meşru bir menfaatleri bulunmaktadır<sup>110</sup>.

Esasen, yukarıda milletlerarası yetki anlaşmalarının tercih sebepleri arasında saydığımız pek çok hususun burada da geçerli olduğunu söylemek mümkündür. Dolayısıyla, tarafları yetki anlaşması akdetmeye iten saikler ne olursa olsun, başvuru mahkemenin bağlı olduğu devletin hukuk düzenine, yargı yetkisine tabi olma iradesinin varlığı dahi tek başına yeterli bir neden olarak görülebilir. Haliyle, tarafların bu gibi amaçlarla ortaya koymuş oldukları karşılıklı ve birbirine uygun iradelerini, yeterli ve haklı bir gerekçe ortaya koymaksızın bertaraf etmenin ne derece yerinde olduğu tartışmaya açıktır. Bu nedenle, yabancı devlet mahkemelerini yetkilendiren anlaşmalarının Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi üzerinde etki doğurması için yabancı mahkemenin spesifik olarak belirlenmesi şartını aramamak, hem taraf iradelerine hem de milletlerarası ticaretin menfaatlerine daha uygun düşecektir.

Bu noktada, yabancı mahkemeleri yetkilendiren anlaşmalar bakımından belirli olma şartının aranmaması, dolayısıyla yetki anlaşmasına istinaden yetkisizlik kararı verilmesi halinde, yetki anlaşmasının davacıyı yabancı mahkeme önünde etkin bir yargı yoluna müracaat etme imkanından mahrum bırakabileceği de ileri sürülebilir. Bu bakımdan, Yargıtay'ın bu tür anlaşmalar bakımından söz konusu şartı aramasının yerinde olduğu dahi söylenebilir. Zira nasıl ki mahkemelerini genel olarak yetkilendiren anlaşmaları geçerli kabul eden ve ülke içinde yetkili mahkemenin ne şekilde belirleneceğini düzenleyen hukuk düzenleri (örneğin Çek hukuku) varsa, HMK m.18'de olduğu gibi ülke içinde hangi yer mahkemesinin yetkili kılındığının somut olarak gösterilmesi gerektiğini kabul eden hukuk düzenleri de vardır<sup>111</sup>. Bu bakımdan, yabancı mahkemenin belirli olma şartının veya başka bir şartın karşılanmadığı gerekçesiyle yetkisizlik kararı

110 Buna genellikle özellikle deniz ticareti ve sigorta hukuku alanında kendilerine sıkça başvuru İngiliz mahkemeleri verilebilir. İngiliz mahkemelerinin sıkça tercih edilmelerinin nedenleri arasında tarafların İngiliz mahkemelerinin adil olduğuna güvenmesinin ve İngiliz mahkemelerinde etkin bir yargılama yapılması olduğu belirtilmektedir. Bkz.: Demirkol (n 1) 99. Gerçekten, yukarıda incelediğimiz Yargıtay kararlarının çoğunda deniz ticaretine veya deniz sigortalarına ilişkin uyuşmazlıklar bakımından İngiliz mahkemelerinin yetkili kılınmış olması, bu alanda faaliyet gösteren tacirlerin İngiliz mahkemelerinin çözüm mercii olarak tercih ettiklerini göstermektedir.

111 Örneğin, Çin hukukunda Çin Usul Kanunu m.34'te yetki anlaşmasıyla ülke içinde hangi yer mahkemelerinin yetkili kılınabileceği açıkça belirtilmiş, böylece dolaylı olarak yetki anlaşmasının anlaşmada ülkede belirli yer mahkemelerini göstermek suretiyle yapılabileceği öngörülmektedir. Buna göre, sözleşmeden kaynaklanan veya bir malvarlığına ilişkin uyuşmazlığın tarafları, münhasır yetki kurallarına uymak kaydıyla, davalının ikametgâhi, sözleşmenin ifa veya inikat yeri veya davalının ikametgâhi veya dava konusunun bulunduğu yer veyahut uyuşmazlıkla gerçek/fiili bağlantıya sahip olan başka bir yer mahkemesini yetkili mahkeme olarak seçebilecektir. Bkz.: Guangjian Tu and Zeyu Huang, 'People's Republic of China (PRC): Optional Choice of Court Agreements in the Vibrant Age' in Mary Keyes (ed.), *Optional Choice of Court Agreements in Private International Law* (Asser Press 2020) 152.

vereceği henüz o mahkemeye başvurmadan önce de anlaşılabilir. Türk hukukunda ise, MÖHUK m.47(1)c.3'de, davanın ancak yetki anlaşmasıyla seçilen mahkemenin yetkisizlik kararı vermesi halinde kanunen yetkili Türk mahkemesinde açılacağı öngörülmüştür. Ne var ki, yetki anlaşmasına rağmen davanın Türk mahkemesinde görülebileceği halleri düzenleyen MÖHUK m.47(1)c.3 hükmü, henüz mahkemeleri yetkili kılınan devletin herhangi bir mahkemesine müracaat edilmediği böyle bir durumda/aşamada davacının ve/veya Türk mahkemelerinin nasıl hareket etmesi gerektiği konusunda bir şey söylememektedir. Bu durumda davacının MÖHUK m.47(1)c.3'den yararlanabilmesi için, öncelikle mahkemeleri genel olarak seçilen yabancı devletin (herhangi bir) mahkemesinde dava açması gerekecektir. Zira davanın açıldığı yabancı mahkeme, yetki anlaşmasının kendi hukukunda aranan şartlardan birini sağlamadığı, dolayısıyla yetki anlaşmasının geçersiz olması nedeniyle yetkisizlik kararı vermedikçe, davacının MÖHUK m.47(1)c.3'den kaynaklanan Türk mahkemelerine başvurma hakkı doğmayacaktır. Yabancı mahkemeleri yetkilendiren anlaşmanın geçersiz, tesirsiz veya icrasının imkansız olduğu hallerde, MÖHUK m.47(1) hükmüne istinat ederek yetkisizlik kararı vermek, belki de sırf kanunen milletlerarası yetkiye sahip bir Türk mahkemesinde dava açabilmek amacıyla davacıya -bir yetkisizlik kararı elde etmek üzere- yabancı ülke mahkemelerinde dava açma külfeti yüklemek anlamına gelebilir. Davacıdan mahkemeleri genel olarak yetkilendirilen yabancı devletin herhangi bir mahkemesine müracaat ederek, bu mahkemeden yetki anlaşmasının kendi hukukuna göre geçersiz ve kendisinin de yetkisiz olduğuna dair bir karar elde etmesini istemenin, adil yargılanma haklarıyla bağdaşmayacağı aşikârdır.

Bu yönüyle, yabancı devlet mahkemelerini genel olarak yetkilendiren anlaşmalara etki tanımak, duruma göre dava açan tarafın Türk mahkemelerine erişimini belirli bir süreliğine de olsa kısıtlanması sonucuna yol açabilir. Bununla birlikte, taraf iradeleri milletlerarası yetkinin en temel kaynaklarından biri olarak nitelendirilse ve aslolan tarafların iradelerine itibar edilmesi olsa da, yabancı mahkemeleri yetkilendiren anlaşmaların kendisinden beklenen hukuki sonuçları doğurmaktan mahrum olduğu hallerde, söz konusu anlaşmaların kendisine başvurulmuş mahkeme tarafından bir tarafın (davacının) hukuki himayeden feragat ettiği şeklinde yorumlanamayacağı da bir gerçektir<sup>112</sup>. Nitekim söz konusu mahzuru bertaraf edecek bir yaklaşıma/öneriye Türk doktrininde yer verildiği görülmektedir. Buna göre, yetki anlaşmasının taraflarına seçilen yabancı mahkemeye etkin bir şekilde başvurabilme imkanı sağlamadığı hallerde davanın yetki anlaşmasına rağmen Türk mahkemelerinde görülebileceği belirtilmektedir<sup>113</sup>. Yetki anlaşmasıyla seçilen yabancı mahkemeye müracaat edildiğinde, söz konusu mahkemenin yetkisizlik kararı vereceğinin somut kanıtlarla ortaya konulması halinde dava kanunen yetkili Türk mahkemesinde açılacaktır<sup>114</sup>. Sonuç olarak, Yargıtay

112 Nomer (n 11) 494; Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 1) 451-452.

113 Bu haller bakımından bkz.: Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 1) 451.

114 Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 1) 451. Bu konuda ayrıca bkz.: Sargın (n 1) 171.

belirli olma şartı açısından kararlarında böyle bir gerekçeye istinat etmese de, ilgili şartın, mahkemeleri genel olarak yetkili kılan devlet hukukunca da aranması nedeniyle ortaya çıkabilecek söz konusu mahzur bu şekilde engellenebilecektir.

### **C. Yargıtay’ın Seçilen Mahkemenin Belirli Olması Şartının Ararken HMK m.17-18’e İstinat Etmesinin Yerindedeliği**

Yargıtay’ın seçilen mahkemenin belirli olması şartının aranıp aranmayacağı konusundaki içtihatları tutarsızlık ihtiva etse de, yakın dönemde vermiş olduğu pek çok içtihadında “*yetki anlaşmasıyla yetkilendirilen yabancı devlet mahkemesinin HMK 17 ve 18. maddelerindeki düzenlemeye paralel olarak “belirli” olması şartı MÖHUK m.47 yönünden de aranması gerektiği*” gerekçesine istikrarlı bir şekilde istinat ettiği görülmektedir<sup>115</sup>. Peki, Yargıtay’ın yabancı mahkemeleri yetkilendiren anlaşmalarının geçerliliği/kabul edilebilirliği açısından söz konusu şartın HMK m.18 hükmünde de arandığı gerekçesine istinat etmesi ne derece yerindedir? Yetki anlaşması akdetmek suretiyle taraflara ülke içinde yer itibarıyla yetkili mahkemeyi belirleme yetkisi tanıyan HMK m.17-18 hükümleri, MÖHUK m.40’ın atfı gereği söz konusu seçilen mahkemenin milletlerarası yetki kazanmasını da temin etmektedir. Haliyle, Kanun Koyucunun, tarafların yabancı devlet(ler)in mahkemelerini yetkili kılmaya yönelik iradelerini ne şekilde kullanabileceğini MÖHUK m.47 hükmünü tanzim ederek ortaya koyarken arama ihtiyacı/gereği hissetmediği böyle bir şartın Yargıtay içtihatlarında aranma gerekçesi olarak HMK m.18’e istinat etmenin yeterli bir gerekçe olup olmadığı tartışmaya açıktır.

Yukarıda da değindiğimiz üzere, Yargıtay söz konusu şartın tatbiki ve dolayısıyla aranıp aranmayacağı konusunda kıyasen uygulanabilecek hükmün HMK m.18 olduğu sonucuna varmış olabilir. Bununla beraber, Yargıtay’ın seçilen yabancı mahkemenin belirli olması şartını ararken HMK m.17-18 hükümlerine istinat etmesinin yasal olarak yerinde bir gerekçe olmadığı düşüncesindeyiz.

Anayasa m.143(1) hükmü uyarınca, Türk mahkemelerince verilen her kararın bir gerekçe ihtiva etmesi gerektiği tartışmasızdır. Söz konusu hükümde gerekçenin niteliğine ilişkin bir ayrıma yer verilmemiş olduğu göz önüne alındığında, gerekçenin mutlaka davanın esasına ilişkin taraflarca ileri sürülen maddi vakialardan ibaret olmadığını, kaynağını sadece yasal metinlerden alan, hukuki gerekçelerin de bu anlamda gerekçe olarak sayılabileceğini söylemek mümkündür<sup>116</sup>. “*HMK’nın 17. ve 18. maddelerindeki düzenlemeye paralel olarak “belirli” olması şartı MÖHUK’nın 47. maddesi yönünden de aranmalıdır. Seçilen mahkemenin belirli olduğunun kabulü için de yetkili kılan mahkeme ismen zikredilmiş bulunmalıdır*” ifadesiyle Yargıtay, yabancı devlet mahkemelerini yetkilendiren bir anlaşmanın MÖHUK m.47’ye

115 Bkz.: II/ C/ 2 324 dn.90 ve devamındaki kararlar.

116 Bkz.: Emre Esen, ‘Alman Hukukunda İhtarı Basit Dava Usulü (Mahnverfahren) Çerçevesinde Verilen Kararların Türk Hukukunda Tenfizi’, (2007) 27(1-2) MHB 21, 71.

uygunluğu değerlendirirken HMK m.18(2)'de yer alan şartın aranması gerektiğini ortaya koymaktadır. Bu yönü itibariyle, Yargıtay'ın söz konusu içtihatlarını kaynağını Türk hukukunda normatif olarak yer alan kurala (HMK m.18'e) dayandırması bir hukuki/yasaya dayanan bir gerekçe mahiyetinde olduğu ileri sürülebilir. Ancak, gerek yerel karakterli gerekse yabancı unsurlu davalarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin taraf iradesiyle ne şekilde tesis edileceğini düzenleyen HMK m.18(2) hükmü, yabancı devlet mahkemelerinin yetkili kılınması hakkında doğrudan veya dolaylı olarak bir şey söylememektedir. Yabancı mahkemeleri yetkilendiren anlaşmaların geçerlilik/kabul edilebilirlik şartları, dolayısıyla "yabancı" mahkemenin/mahkemelerin anlaşmada gösterilmesi gibi bir şartın aranıp aranmayacağı meselesi MÖHUK m.47'nin kapsamına girmektedir. Bu konuda MÖHUK m.47'de bir kanun boşluğu veya eksikliğin var olduğundan söz edilebilirse de, salt HMK m.18(2)'de böyle bir şarta yer verilmiş olduğu gerekçesiyle belirli olma şartını MÖHUK m.47 kapsamında mütalaa etmek yeterli bir yasal gerekçe olarak nitelendirilemez. Zira MÖHUK m.47 hükmü, yabancı unsurlu davalarda yabancı devlet mahkemesini/mahkemelerini yetkilendiren anlaşmaların hukuki rejimini düzenlerken, HMK m.17-18 hükümleri ise -MÖHUK m.40'ın atfı gereği- yabancı unsurlu davalarda Türk mahkemelerini yetkilendiren anlaşmaların geçerliliği ve hukuki sonuçlarına uygulanacak kuralları düzenlemektedir. Oysa, bir mahkeme tarafından verilen kararın yasal olarak geçerli bir gerekçeye dayanması gerekmektedir ve davaya uygulanabilir nitelikteki bir yasaya dayanmayan bir gerekçenin hakkaniyetsizlik yaratabilecektir<sup>117</sup>.

İkinci olarak, Yargıtay'ca belirli olma şartının yabancı mahkemeleri yetkilendiren anlaşmalar bakımından da aranmasının gerekçesi olarak HMK m.18'in gösterilmesi, gerek MÖHUK m.47 hükmünün gerekse HMK m.17-18 hükümlerinin amacı ve milletlerarası yetkinin tesisinde gördüğü işlevler bakımından da yerinde değildir. Yetki anlaşması akdetmek suretiyle taraflara Türkiye içinde yer itibariyle yetkili mahkemeyi belirleme yetkisi tanıyan HMK m.17-18 hükümlerinin amacı, taraflara yer itibariyle yetkisi bulunan Türkiye'deki birden fazla mahkemenin yetkisinin taraf iradesine istinaden bertaraf edilmesi ve yine taraf iradesiyle belirlenen yer itibariyle yetkili mahkemede davanın görülmesini temin etmektir. Yani amaç, her halükarda böyle bir anlaşmayla yer itibariyle yetkili mahkemenin ortaya konmasıdır. Bu bakımdan, ülke içinde her halükarda yer itibariyle yetkili mahkemenin belirlenmesi gerektiğinden, yetki anlaşmasına konu uyuşmazlığın yerel karakterli veya yabancı unsurlu olmasının herhangi bir önemi yoktur. Yabancı mahkeme lehine yapılan yetki anlaşmaları bakımından ise aynı şeyi söylemek mümkün değildir. Yukarıda da değindiğimiz üzere, MÖHUK m.47 hükmü, söz konusu hükümde yer alan şartların varlığı halinde kanunen yetkili Türk mahkemelerinin yetkisini bertaraf etmekte, böylece Türk mahkemeleri bakımından münhasıran söz konusu uyuşmazlığa ilişkin yetkisizlik durumu ortaya çıkmaktadır. Taraflar yukarıda da belirttiğimiz çeşitli nedenlerle bir

117 Sibel Inceoğlu, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, (4th edn Beta 2013) 329.

devletin mahkemelerini genel olarak yetkilendirirken, aralarındaki uyuşmazlıkların o devletin herhangi bir mahkemesinde görülmesini, uyuşmazlıkların başka devletlerin mahkemeleri tarafından çözülmesine tercih edebilir. Hatta tarafların yabancı bir devletin mahkemelerini yetkilendirerek, seçmedikleri ülkede uyuşmazlığın görülmesini engellemeyi ve uyuşmazlığın seçilen devletin yargısı tarafından görülmesinin sağlamayı amaçlamış olabilirler<sup>118</sup>.

Bu bakımdan, her ikisi de Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi(zliği)nin taraf iradesine istinaden belirlenmesini mümkün kılmak gibi bir özelliğe sahip olsalar da, bu iki yasal düzenlemenin, birbirinden tamamen farklı bir amaca sahip olduğunu ve Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin belirlenmesinde farklı işlevler gördüğü unutulmamalıdır. Dolayısıyla, salt HMK m.18(2)'de yetki anlaşmasıyla (yer itibarıyla) yetkili mahkemenin gösterilmesi şartının arandığından bahisle MÖHUK m.47 için de söz konusu şartın aranması, MÖHUK m.47'deki şartların varlığına güvenerek yabancı devlet mahkemeleri lehine yetki anlaşması akdeden taraflar bakımından öngörülebilir ve makul bir şart olarak nitelendirilemeyecektir. Bu durumun ise, yukarıda da değindiğimiz üzere, maddi hukuk sözleşmesinin ve dolayısıyla yetki anlaşmasının müzakereleri esnasında MÖHUK m.47 hükmünün varlığına güvenerek yabancı devlet mahkemeleri lehine bir yetki anlaşması akdeden tarafları, uyuşmazlığın vuku bulduğu tarih itibarıyla davanın hangi ülkede açılması gerektiği konusunda bir belirsizliğe sürüklemek anlamına geleceği bir gerçektir. Bu açıklamalar karşısında, Yargıtay'ın herhangi bir haklı gerekçe sunmaksızın salt HMK m.18(2) hükmünün varlığına istinat ederek, yabancı devlet mahkemelerini genel olarak yetkilendiren anlaşmalarını geçersiz olarak nitelendirmesi, yabancı mahkemeleri yetkilendiren yetki anlaşmalarının amacı ve niteliğine, hem taraf iradelerine hem de milletlerarası ticaretin menfaatleri bakımından uygun olmayacaktır. MÖHUK m.47 hükmünün Türk mahkemelerini yetkilendiren milletlerarası yetki anlaşmaları bakımından da uygulanması gerektiğini ileri süren bir yazar tarafından da belirtildiği üzere<sup>119</sup>, yabancı bir ülkenin mahkemelerini sadece ülke ismi zikrederek genel olarak yetkilendiren bir anlaşmanın Türk hukukunca geçerli olarak nitelendirilmesi ve etki doğurmasının kabul edilmesi daha yerinde bir yaklaşım olacaktır.

#### **IV. Seçilen Mahkemenin Belirli Olması Şartının Aranmasında Özellik Arz Edebilecek Haller**

##### **A. Genel Olarak**

Yukarıdaki Yargıtay içtihatlarından varmış olduğumuz sonuca göre, yabancı devlet mahkemelerini genel olarak yetkili kılan bir anlaşma, seçilen yabancı mahkemenin

118 Demirkol (n 1) 122.

119 Demirkol (n 1) 122.

belirli olmaması nedeniyle geçersiz olarak kabul edilecektir<sup>120</sup>. Her ne kadar yabancı mahkemeleri yetkilendiren anlaşmalar bakımından seçilen mahkemenin belirli olması şartının aranmasına gerek olmadığı, bu bağlamda yabancı devletin mahkemelerinin genel olarak yetkilendirilmiş olmasının MÖHUK m.47 bakımından yeterli olduğu görüşünde olsak da, Yargıtay içtihatları, Türk hukukunda yabancı mahkemeler lehine yapılan yetki anlaşmalarında seçilen mahkemenin belirli olması gerektiği anlayışının benimsendiğini ortaya koymaktadır. Türk hukukunda benimsenen bu anlayış karşısında, belirli olma şartının MÖHUK m.47 bakımından aranması, yabancı devlet mahkemelerini yetkilendiren kimi anlaşmalar bakımından herhangi bir problem doğurmayabilir. Bununla birlikte, söz konusu şartın aranması, kimi hallerde söz konusu anlaşmaların geçerli olup olmadığı tartışmasına yol açabilir. Mesela, tarafların yetki anlaşmasında yabancı devletin yüksek mahkemelerini uyuşmazlığın çözüm mercii olarak belirledikleri hallerde, söz konusu anlaşmaların belirli olma şartını karşılayıp karşılamadığı problemi hâsıl olabilir.

Keza, yabancı devlet mahkemeleri lehine yapılan bir yetki anlaşmasında tarafların yabancı devletin mahkemelerini genel olarak mı yetkilendirdikleri yoksa anlaşmada söz konusu devletin ülkesinde aynı ada sahip bir şehir/bölge mahkemesine mi atıfta buldukları problemi ortaya çıkabilir. MÖHUK m.47 hükmü uyarınca, aynı anda iki farklı devletin mahkemelerinin yetkili kılınmasının mümkün olduğu kabul edilmektedir. Çeşitli şekillerde dizayn edilebilecek böyle bir yetki anlaşmasının özellikle belirli olma şartı bakımından geçerli/kabul edilebilir olup olmadığı meselesinin de Türk mahkemelerinin önüne gelmesi mümkün ve muhtemeldir. Aşağıda bu konuları ele alacağız. Bu başlık altındaki değerlendirmelerimizde Yargıtay içtihatlarıyla benimsenen seçilen yabancı mahkemenin belirli olması gerektiği anlayışından hareket edeceğiz.

## **B. Uyuşmazlığın Çözüm Mercii Olarak Yabancı Devletin Yüksek/Temyiz Mahkemelerinin Belirlenmesi ile Belirli Olma Şartı Arasındaki İlişki**

Yargıtay'ın yabancı mahkeme lehine yapılan yetki anlaşmalarının geçerliliğini incelediği kimi kararlarında, taraflarca yabancı devletin ülkesindeki yüksek mahkeme olarak adlandırılan mahkemeye veya federal yapıya sahip olan yabancı bir devletin federal mahkemelerine atıf yapıldığı görülmektedir. Özellikle deniz yoluyla eşya taşıma sözleşmeleri ile bu sözleşmelere konu eşyaların sigortalanmasına ilişkin sözleşmelerde yer alan yetki şartında “Londra”daki İngiliz Yüksek Mahkemesi<sup>121</sup> veya “Londra”daki İngiliz Yüksek Adalet Mahkemesi<sup>122</sup> “Londra Yüksek Adalet Divanı”<sup>123</sup> “Londra

120 Yargıtay'ın bu yöndeki içtihadının alt derece mahkemelerince de benimsendiği görülmektedir. Bkz.: İstanbul 12 BAM 756/82 31.01.2018; İstanbul 12 BAM 398/702 07.06.2018; İstanbul 16 BAM 2431/1988 28.09.2018; İstanbul 12 BAM 1794/1336 01.11.2018 Kararlar için bkz.: <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 29 Aralık 2019.

121 Yargıtay 11 HD 11885/300 08.01.2014; Yargıtay 11 HD 16798/18183 24.11.2014 (Kararlar yayınlanmamıştır).

122 Yargıtay 11 HD 14407/7712 06.12.2018; Yargıtay 11 HD 9180/7669 03.10.2016; Yargıtay 11 HD 14885/7478 29.11.2018; Yargıtay 11 HD 1549/814 04.02.2019; Yargıtay 11 HD 3911/4709 27.4.2016 (Kararlar yayınlanmamıştır)

123 Yargıtay 11 HD 3925/1196 09.02.2016 (Karar yayınlanmamıştır).



Yüksek Mahkemeleri”<sup>124</sup> ifadelerine yer verildiği görülmektedir. Yine, kimi içtihatlarda “ABD federal mahkemeleri”nin<sup>125</sup> yetkili kılındığı yetki anlaşmalarına rastlanmaktadır. Bunların yanı sıra, tarafların yetki anlaşmasıyla yabancı devletin hukuk sistemine göre temyiz/yüksek yargı organı sıfatına sahip olan bir mahkemeyi yetkili kılmaları söz konusu olabilir. Acaba, tarafların yetki anlaşmasında yüksek mahkeme veya temyiz mahkemesi olarak nitelendirdikleri veya federal mahkeme olarak ifade ettikleri söz konusu yabancı yargı organları, MÖHUK m.47’nin tatbiki için aranan belirli olma şartını karşılamakta mıdır? Yoksa taraflarca yabancı bir devletin yüksek mahkemesinin yetkilendirilmesi, belirli olma şartının sağlanması bakımından tek başına yeterli değil midir? Bu durumda, tarafların yabancı devletin yüksek/temyiz mahkemesine hataen yer verdiklerinden veya hataen da olsa bu tür yetki anlaşmalarının belirli olma şartını karşıladığından söz edilebilir mi?

Yargıtay’ın HMK m.18(2)’deki şartın yabancı devlet mahkemelerini yetkilendiren anlaşmalar bakımından da aranması gerektiğine ilişkin içtihatları karşısında, yabancı bir devletin yüksek mahkemesinin yetkilendirilmesi halinde tarafların söz konusu devletin ülkesi içerisinde yer itibariyle yetkili mahkemeyi de göstermiş olduklarını söylemek mümkündür. Türk usul hukuku sisteminde özel hukuk davaları bakımından en yüksek yargı organı olan Yargıtay’ın Ankara’da bulunması gibi, anlaşmada yabancı devletin yüksek mahkemesine atıf yapılan hallerde aslında o ülkedeki yer itibariyle yetkili mahkemenin dolaylı olarak gösterildiği söylenebilir. Diğer yandan, böyle bir durumda MÖHUK m.47’nin tatbiki için gerekli olan şartın sağlanmış olduğundan söz edilebilirse de, yabancı devletin yüksek yargı organlarının yetki anlaşmasının konusunu teşkil eden özel hukuk uyuşmazlığının çözümü bakımından kendisini yetkili görüp görmeyeceği probleminin ortaya çıkabileceği de unutulmamalıdır. Zira nasıl ki yabancı devletin mahkemelerinin genel olarak yetkili kılınmasıyla o devletin ülkesindeki hangi mahkemenin yetkilendirilmiş olduğu meselesi o devletin hukukunu ilgilendirmekte ise, benzer şekilde yetki anlaşmasında yabancı devletin yüksek mahkemesine atıf yapılması, tek başına o yüksek mahkemenin kendisini uyuşmazlığın esası bakımından yetkili kabul edeceği anlamına gelmez.

Anlaşmayla yetkili kılınan yabancı devletin yüksek/temyiz mahkemesinin kendisini yetkili görüp görmeyeceği, büyük ölçüde söz konusu mahkemeye aynı zamanda ilk derece mahkemesi sıfatıyla yetki anlaşmasına konu uyuşmazlığı çözme görevi verilip verilmediği ile ilgilidir. Başka bir deyişle, bu durum, büyük ölçüde yüksek mahkemelerin görev alanları ile ilgilidir. Kimi devlet hukuklarında, söz konusu devletin yüksek/temyiz mahkemesinin yetkili kılınmayacağı, yetki anlaşmalarının geçerliliğine (kabul edilebilirliğine) ilişkin şartlardan açıkça anlaşılmaktadır. Mesela, Alman hukukunda sadece ilk derece mahkemelerinin yetkisinin belirlenebileceği, üst derece mahkemelerinin

124 Yargıtay 11 HD 10473/8006 11.10.2016 (Karar yayınlanmamıştır)

125 Yargıtay 11 HD 10853/1688 15.02.2010, (<www.kazanci.com> Erişim Tarihi 20 Temmuz 2017).

yetkisinin anlaşmayla belirlenemeyeceği kabul edilmektedir<sup>126</sup>. Tayvan hukukunda da, benzer şekilde tarafların sadece ilk derece mahkemelerini yetkilendirebilecekleri öngörülmüştür<sup>127</sup>. Kimi hukuk sistemlerinde en yüksek yargı organı sıfatına sahip olmamakla beraber hem temyiz mahkemesi hem de belirli davalar bakımından ilk derece mahkemesi fonksiyonu gören yargı organları bulunabilir. Mesela, Güney Afrika’da ülkenin 14 farklı şehrinde konuşlanmış olan ve yüksek mahkeme (high court) olarak ifade edilen mahkemeler, hem alt derece mahkeme kararlarına karşı temyiz mercii hem de milletlerarası karakterli ticari sözleşmeler bakımından ilk derece mahkemesi görevi görmektedir<sup>128</sup>. İngiliz hukukunda ise, yukarıda atıf yaptığımız pek çok Yargıtay kararında yer alan “Yüksek Mahkeme (Hight Court of Justice)” tabiri, esasen daha basit davalara bakan bölge mahkemelerinden (country courts) farklı olarak, yüksek değere sahip ve daha önemli ve karmaşık uyuşmazlıkların görüldüğü ve bu davalar bakımından ilk derece sıfatına sahip olan ve Londra’da bulunan mahkemeyi ifade etmektedir<sup>129</sup>. Dolayısıyla, yukarıda değindiğimiz Yargıtay kararlarında yer alan yetki anlaşmalarındaki ifadeler Londra’daki bu mahkemeyi istihdaf ettiğinden söz konusu yetki anlaşmalarının belirli olma şartını karşıladığını söylemek mümkündür. Diğer yandan, aynı şeyi federal yargı sistemlerine sahip olan devlet hukukları bakımından söylemenin her zaman mümkün olmadığını yukarıda bir Yargıtay kararı vesilesiyle analiz ettiğimiz ABD federal yargı sistemi göstermektedir. Hatırlanacağı üzere Yargıtay, ABD Federal mahkemelerini yetkilendiren anlaşmayı, ABD’nin çeşitli eyaletlerinde konuşlanan federal bölge mahkemelerinden hangisinin (yer itibarıyla) yetkili olduğu anlaşılmasına, dolayısıyla belirli olma şartı karşılanmamasına rağmen geçerli olarak kabul etmiştir.

Bu açıklamalarımız göstermektedir ki, tarafların yetki anlaşmasında yabancı devletin yüksek yargı organlarına atıfta bulunmaları veya atıfta bulunmuş oldukları yabancı devlet mahkemesinin “yüksek mahkeme” “temyiz mahkemesi” veya başka bir isme sahip olması, yetki anlaşmasının kabul edilebilirliği/geçerliliği bakımından önem arz etmemektedir. Burada, asıl bakılması gereken atıfta bulunulan mahkemenin niteliğidir. Başka bir deyişle, ister en yüksek yargı organı olsun ister temyiz mercii olsun, anlaşmada atıfta bulunulan yabancı yüksek mahkemenin, bağlı bulunduğu ülke hukukuna göre yetki anlaşmasına konu özel hukuk uyuşmazlığını çözmek bakımından görevli ve yetkili olup olmadığı belirleyici olacaktır. Dolayısıyla, yüksek mahkemelerinin veya üst derece mahkemelerinin belirli özel hukuk davalarını ilk derece mahkemesi sıfatıyla görebilmelerine izin veren hukuk düzenleri bakımından, söz konusu mahkemelerin yetkili kılınmasına yönelik anlaşmalar, bu mahkemelerin

126 Aşık (n 10) 37.

127 Bkz.: Rong-Chwan Chen, ‘Taiwan: Legislation and Practice on Choice of Court Agreements in Taiwan’ in Mary Keyes (ed), *Optional Choice of Court Agreements in Private International Law*, (Asser Press 2020) 388.

128 Bkz.: Elsabe Schoeman, ‘South Africa: Time for Reform’ in Mary Keyes (ed), *Optional Choice of Court Agreements in Private International Law* (Asser Press, 2020) 348 dn.5. Güney Afrika yargı sistemi hakkında ayrıca bkz.: <<https://www.justice.gov.za/about/sa-courts.html>> Erişim Tarihi 22 Ocak 2020.

129 İngiliz yargı sistemi ve mahkemeleri hakkında bkz.: <https://www.judiciary.uk/about-the-judiciary/the-justice-system/jurisdictions/civil-jurisdiction/>><[https://en.wikipedia.org/wiki/High\\_Court\\_of\\_Justice](https://en.wikipedia.org/wiki/High_Court_of_Justice)> Erişim Tarihi 22 Ocak 2020.

ülke içinde bulunduğu şehrin/lokasyonun belirli veya belirlenebilir olması kaydıyla, MÖHUK m.47 bakımından içtihaden aranan belirli olma şartını karşılamış olacaktır. Sadece ilk derece mahkemelerinin yetkilendirilmesine izin veren kimi devlet hukukları bakımından ise, bu devletlerin yüksek mahkemesi veya üst derece mahkemeleri lehine yapılan anlaşmalar geçersiz olacak, dava -davanın seçilen bu mahkemelerde görülmesi mümkün olmadığı somut delillerle ortaya konulması kaydıyla- kanunen yetkili Türk mahkemesinde görülebilecektir. Sonuç olarak, Türk mahkemelerinin yabancı bir devletin yüksek mahkemesinin veya üst derece mahkemelerinin yetkili kılındığı bir anlaşmada, söz konusu mahkemenin ismine veya statüsüne değil, yetki anlaşmasına konu uyuşmazlığı karara bağlama konusunda görevli olup olmadığına ve söz konusu mahkemenin ülke içinde bulunduğu şehrin/lokasyonun belirli veya belirlenebilir olup olmadığına bakması daha yerinde bir yaklaşım olacaktır.

Diğer taraftan taraflar, yetki anlaşmasında yabancı devletin yüksek mahkemesine hataen atıfta bulunmuş veya yabancı devletin yüksek mahkemesinin yetkili kılınmış olduğu anlamına gelecek ifadelerle ihmalen yer vermiş olabilir. Acaba bu tür yetki anlaşmaları, seçilen yabancı mahkemenin belirli olması şartı bakımından herhangi bir özellik arz etmekte midir? Zira, tarafların yabancı devletin yüksek mahkemesini mi yoksa o devletin tüm mahkemelerini veya belirli bir mahkemesini mi yetkilendirdikleri anlaşmadan açıkça anlaşıl(ma)mamaktadır. Dolayısıyla, bu tür hallerde aslında bir patolojik yetki anlaşmasının varlığından söz etmek mümkündür. Bu gibi hallerde meselenin, aslında yetkili kılınan yabancı mahkemenin belirli olup olmamasından ziyade tarafların iradesinin ne yönde olduğunun araştırılması gerektiği ile ilgili olduğunu söyleyebiliriz.

Patolojik tahkim anlaşmalarında olduğu gibi<sup>130</sup>, patolojik yetki anlaşmalarında da anlaşmada yer alan hatalar veya eksiklikler, tarafların beyanları objektif yoruma tabi tutularak ve tarafların gerçek iradeleri ortaya konularak düzeltilebilir. Bu tür anlaşmalarda, tarafların özellikle uyuşmazlığın yüksek mahkemesine atıfta bulunulan devletin yargı sistemi içerisinde çözmeye yönelik iradelerini hataen veya eksik bir şekilde de olsa ortaya koydukları unutulmamalıdır. Başka bir deyişle, her ne kadar yabancı devletin yüksek mahkemesine atıfta bulunmuş olsalar ve söz konusu devletin mahkemelerini genel olarak yetkilendirmemiş olsalar dahi, tarafların uyuşmazlığın söz konusu devletin yargı organları önünde çözümü konusunda karşılıklı ve birbirine uygun iradeleri bulunmaktadır. Dolayısıyla, Türk mahkemelerinin, bu tür yetki anlaşmalarının geçerliliği tartışma konusu olduğunda, anlaşmada yer alan eksiklikleri veya hataları, tarafların beyanlarını yorumlamak suretiyle düzeltmeye çalışması gerekecektir. Bu amaçla, Türk mahkemeleri, böyle bir anlaşmanın geçerli olup olmadığını sadece Türk hukukuna göre incelememeli, aynı zamanda yüksek mahkemesine atıfta yapılan

130 Patolojik tahkim anlaşmaları hakkında detaylı bilgi için bkz.: Emre Esen, 'Yetkili Kılınan Tahkim Kurumunun Mevcut veya Belirli Olmadığı Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliği' UTDDER (2017)(1) 75-148.

yabancı devletin hukukunu da dikkate almalıdır. Zira yabancı devletin hukukunda yabancı devletin yüksek mahkemesine atfı yapılan bir yetki anlaşmasının ne şekilde yorumlanacağı içtihaden belirlenmiş olabilir. Örneğin, yetki anlaşmasında yüksek mahkemeye yapılan atfın, yüksek mahkemenin bulunduğu şehirdeki uyuşmazlık bakımından görevli diğer mahkemelere (örneğin ilk derece mahkemelerine) yönelik bir yetki atfı olarak yorumlanacağı öngörülmüş olabilir. Bu itibarla, Türk mahkemelerinin bu tür yetki anlaşmalarında karşılaşılan hata veya eksiklikleri yukarıda ifade ettiğimiz şekilde yorumlayarak düzeltmeye çalışması, böylece yetki anlaşmasının mümkün mertebe ayakta tutulmasına yönelik bir yaklaşım sergilemesi yerinde olacaktır.

### **C. Mahkemeleri Genel Olarak Yetkili Kılınan Devlet ile Devletin Ülkesinde veya Üçüncü Bir Ülkede Bulunan Bir Şehrin/Bölgenin Aynı Ada Sahip Olmasının Belirli Olma Şartı Bakımından Ortaya Çıkarılabileceği Sorunlar**

Yabancı devlet mahkemelerini genel olarak yetkilendiren kimi anlaşmalarda mahkemeleri genel olarak yetkili kılınan devlet ile bu devletin ülkesinde veya üçüncü bir ülkede bulunan bir şehrin/bölgenin aynı ada sahip olması söz konusu olabilir ve bu durumda belirli olma şartının karşılanıp karşılanmayacağı sorunu gündeme gelebilir. Esasen, isim benzerliğinden kaynaklanan böyle durumlarda yetki anlaşmalarının belirli olma şartını karşılar nitelikte olup olmadığı konusunda Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin E.2017/2638 K.2019/71 sayılı ve 7.1.2019 tarihli kararıyla<sup>131</sup> onamış olduğu İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 12. Hukuk Dairesinin 16.3.2017 tarih ve 2017/69-2017/97 sayılı kararındaki tespit ve değerlendirmeler, ileride bu tür yetki anlaşmalarının geçerli olarak kabul edilebileceğini ortaya koymaktadır. Söz konusu karara konu konişmentoda yer alan yetki şartının geçerliliğinin tartışıldığı söz konusu kararda Bölge Adliye Mahkemesi, “ taraflar arasındaki yetki şartının HMK’nın 18/2 maddesi ve 5718 MÖHUK’un 47/1.maddesine göre geçerli olduğu, Singapur’un bir ada-şehir devleti olup başkentinin de Singapur olduğu gözetildiğinde yetki şartında öngörülen belirlilik koşulunun gerçekleştiği” sonucuna varmıştır.

Gerçekten, somut olayda mahkemeleri lehine yetki anlaşması akdedilen Singapur devleti, birden fazla ada üzerinde kurulmuş olan bir şehir devleti olup, bu şehir devletinin başkentinin adı da Singapur’dur. Bu bakımdan, tarafların söz konusu devletin mahkemelerini genel olarak mı yetkilendirdiği yoksa söz konusu devletin başkenti olan Singapur şehrindeki mahkemeleri mi yetkili kıldıklarına yönelik iradelerine bakmaya gerek olmadığı, zira her halükarda davaya –Singapur hukukuna göre de geçerli olmak kaydıyla- söz konusu ülkede bakmaya yetkili bir mahkemenin bulunduğunu söylemek mümkündür. Başka bir ifadeyle, dünya üzerinde var olan ve tek bir şehir devletinden oluşan yetki anlaşmalarının her hal ve şartta belirli olma şartını karşılamakta olduğu prensip olarak söylenebilir.

131 Karar yayınlanmamıştır.

Diğer yandan, her yetki anlaşması bakımından aynı durumun söz konusu olmayabileceği de bir gerçektir. Bir ihtimal olarak, yabancı bir devlet ile o devletin ülkesinde bulunan bir şehrin/bölgenin isminin benzerlik arz ettiği hallerde, söz konusu devlet mahkemelerini yetkilendiren anlaşmanın belirli olma şartını karşıladığından söz etmek mümkündür. Örneğin, yetki anlaşmasında Tunus mahkemelerine atıf yapılmış olması halinde, “Tunus” ifadesiyle söz konusu devletin başkenti olan Tunus (Tunis) şehrinin mi yoksa Tunus (Tunisia) devleti mi kastedilmiş olacaktır? Böyle bir durumda, yabancı devlet ile o devletin ülkesindeki bir şehrin/bölgenin aynı isme sahip olduğu hallerde, ülke içinde davayı görmeye yer itibariyle yetkili bir mahkemenin bulunduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Şüphesiz, Türk hukukuna göre (MÖHUK m.47 uyarınca) belirli olma şartını karşılayan böyle bir yetki anlaşmasına istinaden yabancı devlet ile aynı isme sahip olan şehir/bölge mahkemesinin uyuşmazlık bakımından milletlerarası yetki kazanıp kazanmadığının söz konusu devletin hukukuna tabi olduğu da unutulmamalıdır.

Başka bir ihtimal olarak, yetki anlaşmasında zikredilen yabancı devlet ile üçüncü bir devletin ülkesindeki bir şehir/bölge aynı isme sahip olabilir. Böyle bir durumda, tarafların anlaşmayla yabancı devletin mahkemelerini mi genel olarak yetkili kıldıkları yoksa üçüncü devletin ülkesindeki söz konusu şehir/bölge mahkemelerini mi yetkili kıldıkları, dolayısıyla belirli olma şartının karşılanıp karşılanmadığı sorunu ortaya çıkabilir. Yabancı devlet ile yabancı devletin ülkesindeki veya üçüncü bir devletin ülkesindeki bir şehrin/bölgenin aynı veya benzer isme sahip olduğu bu gibi hallerde de aslında MÖHUK m.47 anlamında Türkiye dışındaki başka bir ülkede yer itibariyle yetkili bir mahkeme bulunmaktadır.

Şüphesiz yukarıda değinmiş olduğumuz çeşitli ihtimallerde, taraflardan birisi, yabancı mahkemenin yetkili kılınmasına yönelik iradelerinin yabancı devletin veya üçüncü devletin ülkesindeki şehir/bölge mahkemelerine yönelik olmadığı, yabancı devletin genel olarak mahkemelerine yönelik olduğu itirazında bulunabilir. Böylece, isim benzerliğinden kaynaklanan belirli olma şartının karşılanıp karşılanmadığı, bir yorum sorunu olarak Türk mahkemelerinin önüne gelebilir. Bu gibi hallerde, yetki anlaşmasının kaleme alınış biçiminden veya anlaşmadaki ifadelerden ya da anlaşmada kullanılan dilden yola çıkarak Yargıtayca aranan belirli olma şartının karşılanıp karşılanmadığı tespit edilebilir. Bu noktada, yetki anlaşmasının akıbetini etkileyebilecek, hususen yetki anlaşmasının seçilen yabancı mahkemeye ilişkin taraf iradelerinin karşılıklı ve birbirine uygun bir şekilde uyuşmadığı gerekçesiyle geçersizliğinin Türk mahkemesi önünde tartışılmasına yol açabilecek bu gibi durumlarda mahkemelerin yetki anlaşmasının mümkün merteye ayakta tutulmasına yönelik bir yaklaşım sergilemesi gerektiği söylenebilir. Yetki anlaşmasındaki ifadelerden, sözleşmenin yorumunda esas alınması gereken dilden yola çıkılarak, yetki anlaşmasının mümkün merteye ayakta tutulmasına yönelik bir yaklaşım sergilenmesi gerektiği söylenebilir. Ancak, yetki anlaşmasının

geçersizliğine yol açabilecek bu gibi belirsiz durumların, henüz uyuşmazlık vuku bulmadan evvel, yetki anlaşmasının müzakeresi veya kaleme alınışı safhasında göz önünde bulundurulması gerektiği unutulmamalıdır.

#### **D. Aynı Anda Farklı Devletlerin Mahkemelerinin Yetkilendirilmiş Olması Halinde Belirli Olma Şartının Yetki Anlaşmasına Olan Etkisi**

MÖHUK m.47’de tarafların “yabancı bir devletin mahkemesi”ni yetkilendirebilecekleri belirtilmektedir. Söz konusu ifadenin taraflara sadece dünya üzerinde tek bir yabancı devletin mahkemesini/mahkemelerini yetkili kılmaya zarureti getirmediği, tarafların aynı anlaşmada birbirinden farklı iki yabancı devletin mahkemesi/mahkemeleri yetkilendirmelerinin mümkün olduğu kabul edilmektedir<sup>132</sup>. Dolayısıyla, milletlerarası karakterli ticari uyuşmazlıkların çözüm mercii olarak devlet mahkemelerini tercih eden tarafların yabancı mahkemeleri yetkilendiren yetki anlaşmalarını çok çeşitli şekillerde kaleme almaları mümkündür. Taraflar, yetki anlaşmasında aynı anda bir devletin ülkesi içindeki birden fazla mahkemeyi yetkili kılabilir. Hamburg ve/veya Münih mahkemelerinin yetkili kılınması örneğinde olduğu gibi, böyle bir durumda bir devletin bir veya birden fazla mahkemesinin yetkili kılınması hali, Yargıtay’ın MÖHUK m.47 bakımından aramış olduğu belirli olma şartını karşılamaktadır. Yine, tarafların aynı anlaşmada iki veya daha fazla devletin ülkesi içindeki mahkemeyi/mahkemeleri uyuşmazlık bakımından yetkili kılabilirler. Örneğin, Münih ve/veya Paris mahkemelerinin taraflarca yetkili kılınması halinde de Yargıtay’ca aranan belirli olma şartı karşılanmış olacaktır.

İkinci durumda, tarafların anlaşmada birden fazla devletin mahkemelerini genel olarak yetkili kılmaları (örneğin, Alman mahkemeleri ve/veya Fransız mahkemeleri) söz konusu olabileceği gibi, bir taraftan bir devletin belirli bir yer mahkemesi ile birlikte diğer bir devletin tüm mahkemelerine yetki bahşeden (örneğin Münih mahkemeleri ve/veya Fransız mahkemeleri) bir anlaşma kaleme almaları da mümkündür. Üçüncü bir ihtimal olarak, taraflar anlaşmada hem Türkiye’de bir yer mahkemesini hem de yabancı devletin mahkemelerini (örneğin İstanbul mahkemeleri ve/veya Alman mahkemeleri) yetkili kılmış olabilirler. Acaba, yetkili mahkeme olarak aynı anlaşmada belirli bir devletin mahkemesinin ismen belirtildiği, başka bir devletin mahkemelerinin ise genel olarak yetkili kılındığı bir yetki anlaşması, MÖHUK m.47 uyarınca belirli olma şartını karşılamadığı gerekçesiyle geçersiz olarak nitelendirilebilir mi? Seçilen mahkemenin belirli olması şartını, yukarıda değindiğimiz bu tür yetki anlaşmaları bakımından nasıl yorumlamak gerekecektir?

Yukarıda örneklerde yer alan tüm yetki anlaşmaları, bu çalışmada da savunulan görüş uyarınca geçerlidir. Diğer yandan, Türk hukukunda benimsenen seçilen yabancı

132 Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 1) 434 dn.171; Şanlı (n 1) 102 dn.100.

devlet mahkemesinin belirli olması gerektiği anlayışı karşısında, aynı anda farklı devletlerin mahkemelerini yetkilendiren bu tür anlaşmaların -Yargıtay'ın ifadesiyle- geçerli olup olmadığı, dolayısıyla MÖHUK m.47 uyarınca Türk mahkemelerinin yetkisini bertaraf edip etmediği meselesinde yetki anlaşmasının kaleme alınış biçimi belirleyici olacaktır.

Buna göre, tarafların aynı anda iki veya daha fazla devlet mahkemelerini yetkilendirdikleri bir anlaşmanın söz konusu şartı sağlayıp sağlamadığı incelenirken, tarafların her bir devletin mahkemelerini yetkili kılmaya yönelik iradelerinin (anlaşmalarının) ayrı ayrı değerlendirilmesi yerinde olacaktır. Nasıl ki hem Türk mahkemelerinin hem yabancı bir devletin mahkemesinin/mahkemelerinin yetkili kılındığı bir anlaşmada, Türk mahkemeleri lehine yapılan yetki anlaşmasının geçerlilik şartları HMK m.17-18 hükümlerine yabancı devlet mahkemeleri lehine yapılan anlaşmanın kabul edilebilirlik şartları MÖHUK m.47 hükmüne tabi ise<sup>133</sup>, aynı anda iki farklı yabancı devletin mahkemesinin yetkili kılındığı bir anlaşmada, MÖHUK m.47'de aranan şartların karşılanıp karşılanmadığı da her iki yabancı devletin mahkemesi/mahkemeleri bakımından ayrı ayrı değerlendirilebilir. Bir önceki paragrafta yer alan örnekten hareket edecek olursak, hem Alman hem Fransız mahkemelerini yetkilendiren bir yetki anlaşması, tarafların aynı maddi hukuk sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlığın çözüm mercii olarak iki farklı yetki anlaşması akdetmiş oldukları şeklinde yorumlanmalıdır. Dolayısıyla, yetki anlaşmasının Alman mahkemelerini yetkilendiren kısmının MÖHUK m.47'deki şartları karşılayıp karşılamadığı ile yetki anlaşmasının Fransız mahkemelerini yetkilendiren kısmının MÖHUK m.47'deki şartları karşılayıp karşılamadığı ayrı ayrı incelenecek, MÖHUK m.47'nin tatbiki için içtihaden aranan bir şart olan belirli olma şartı karşılanmadığı için böyle bir yetki anlaşmasının her iki kısmı da geçersiz olarak nitelendirilecektir. Yine, hem Münih mahkemelerini hem de Fransız mahkemelerini yetkilendiren bir yetki anlaşması bakımından ise, yetki anlaşmasının Münih mahkemesini yetkilendiren kısmı –diğer şartları da karşılamak kaydıyla- belirli olma şartını karşıladığı için geçerli olarak kabul edilecek, buna mukabil Fransız mahkemelerini genel olarak yetkilendiren kısmı ise geçersiz olarak kabul edilecektir.

Bu bakımdan, tarafların aynı yetki anlaşmasında birden fazla farklı yabancı devlet mahkemelerini yetkili kılmaları halinde, bunlardan sadece -en az- birinin belirli olma şartını karşılamadığı, daha açık bir ifadeyle tarafların söz konusu devletin mahkemelerini genel olarak yetkili kıldığı gerekçesiyle yetki anlaşmasının tamamını geçersiz olarak nitelendirmek tarafların yetki anlaşmasıyla ortaya koydukları diğer mahkemelerin de uyuşmazlığın çözümü bakımından yetkili kılmaya yönelik iradelerine itibar etmemek anlamına geleceğinden yerinde olmayacaktır. Bu nedenle, bu gibi hallerde yetki anlaşmasının MÖHUK m.47'de aranan şartları, hususen Yargıtayca aranan belirli

133 Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe, s.434 dn.171.

olma şartını karşılamayan kısmı geçersiz, diğer kısmı/kısımları geçerli kabul edilmeli, dolayısıyla kısmen geçerli olan böyle bir yetki anlaşmasının MÖHUK m.47 hükmüne Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi üzerinde doğurmuş olduğu etkiler, kendisine başvurulmuş Türk mahkemesince kabul edilmeli ve yetkisizlik kararı verilmelidir.

### Sonuç

MÖHUK m.47’de yabancı mahkemeleri yetkilendiren anlaşmaların geçerliliği/kabul edilebilirliği için aranan şartlar arasında seçilen yabancı mahkemenin belirli olması, başka bir deyişle ismen zikredilmiş olması şartına yer verilmemiştir. MÖHUK m.47’de ‘*yabancı bir devletin mahkemesi*’ ifadesi ile yabancı bir devletin ülkesinin farklı yerlerinde bulunan herhangi bir mahkemenin mi yoksa yabancı bir devletin belirli bir mahkemesinin mi kastedildiği anlaşılmamaktadır. Bu belirsizlik, özellikle yabancı devletin mahkemelerini genel olarak yetkilendiren anlaşmaların geçerliliği probleminin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Yargıtay, yabancı mahkemeleri yetkilendiren anlaşmaların MÖHUK m.47 uyarınca geçerli olarak kabul edilebilmesi için seçilen yabancı mahkemenin belirli olması gerektiğini kabul etmektedir. Türk doktrininde ağırlıkta olan görüş ile mukayeseli hukukta genel olarak benimsenen yaklaşım ise, yabancı mahkemenin ismen zikredilmesinin, dolayısıyla yabancı mahkemenin belirli olması şeklinde bir şartın aranmasının gerekli olmadığı yönündedir.

Tarafların yetkili yabancı mahkemeyi ismen zikretmek yerine sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlığın çözümleneceği yargı düzenini belirlemekte, kaynağını pratik ve hukuki sebeplerden alan çeşitli menfaatleri bulunmaktadır. Bu menfaatler, Türk mahkemeleri lehine yapılan bir yetki anlaşmasından farklı olarak, tarafların yabancı bir devletin belirli bir mahkemesi yerine söz konusu devletin yargı organlarını bir bütün olarak yetkilendirmelerini gayet makul ve haklı kılmaktadır. Bu bakımdan, yabancı devlet mahkemelerini genel olarak yetkilendirerek farklı yargı düzenleri arasından menfaatlerine en uygun olanını belirleyip uyuşmazlığın bu yargı düzenine tabi kılmayı tercih eden tarafların iradelerini bertaraf etmek yerinde değildir. Ayrıca, yabancı mahkemeleri yetkilendiren anlaşmalar, yerel yetki anlaşmalarından farklı olarak, bir taraftan davanın milletlerarası yetkiye sahip olabilecek başka devlet(ler)in mahkemesinde/mahkemelerinde açılmasını engellemekte ve davanın sadece taraflarca belirlenen devletin mahkemelerinde görülmesini amaçlamaktadır. Dolayısıyla, MÖHUK m.47’nin lafzından yola çıkarak, yabancı mahkemeleri yetkilendiren bir yetki anlaşmasını, sadece ve mutlaka uyuşmazlığın yabancı devletin ülkesi içindeki hangi şehir/yer mahkemesinde görüleceğini belirlemek gibi bir işleve sahiptir şeklinde yorumlamak tutarlı olmayacaktır.

Yargıtay, MÖHUK m.47’de yer almamasına rağmen, yabancı mahkemeleri yetkilendiren anlaşmaların geçerliliği için seçilen yabancı mahkemenin veya



mahkemelerin belirli olması şartını aramaktadır. Esasen yabancı mahkemeleri yetkilendiren anlaşmaların hukuki rejimini tayin eden MÖHUK m.47’de aranan şartların yetki anlaşmasının taraflarının menfaatlerini gözetmek amacıyla bir takım ilave şartlara zaman içerisinde ihtiyaç duyulması gayet olağandır. Böyle bir şartın tıpkı yerel yetki anlaşmalarında olduğu gibi, yabancı mahkemeleri yetkilendiren anlaşmalar bakımından da aranmasını haklı kılan nedenlerin söz konusu olabileceğini belirtmiştik. Buna rağmen Yargıtay’ın söz konusu içtihatlarında, başka bir ilave gerekçe sunmaksızın, sadece yetki anlaşması akdetmek suretiyle taraflara yer itibariyle yetkili bir Türk mahkemesini belirleme yetkisi tanıyan HMK m.17-18 hükümlerine istinat ettiği görülmektedir. Kanun koyucunun tarafların yabancı devlet(ler)in mahkemelerini yetkili kılmaya yönelik iradelerini ne şekilde kullanabileceğini MÖHUK m.47 hükmü ile ortaya koyarken arama ihtiyacı hissetmediği böyle bir şart bakımından, Yargıtay’ın başka herhangi bir ifade kullanılmaksızın sadece HMK m.18’e istinat etmesi iki sebeple yerinde değildir.

Her şeyden önce, bir mahkeme tarafından verilen kararın davaya uygulanabilir, yasal olarak geçerli bir gerekçeye dayanması gerekmektedir. Oysa Yargıtay’ın HMK m.18’e istinat etmesi yasal bir gerekçe niteliğinde değildir, zira HMK m.17-18 hükümleri, yabancı mahkemeleri yetkilendiren anlaşmaların değil, –MÖHUK m.40’ın atfı gereği- yabancı unsurlu/yerel karakterli davalarda Türk mahkemelerini yetkilendiren anlaşmaların hukuki rejimini düzenlemektedir. İkinci olarak, gerek MÖHUK m.47 gerekse HMK m.17-18, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi(zliği)nin taraf iradesine istinaden belirlenmesini mümkün kılmak gibi benzer bir özelliğe sahip olsalar da, birbirinden tamamen farklı amaca sahiptir ve Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi(zliği)nin belirlenmesinde farklı işlevler görmektedir. Dolayısıyla, salt HMK m.18(2)’de yetki anlaşmasıyla (yer itibariyle) yetkili mahkemenin gösterilmesi şartının arandığından bahisle MÖHUK m.47 için de söz konusu şartın aranması, MÖHUK m.47’deki şartların varlığına güvenerek yabancı devlet mahkemeleri lehine yetki anlaşması akdeden taraflar bakımından öngörülebilir ve makul bir şart olarak nitelendirilemeyecektir. Bu durumun da uyuşmazlığın vuku bulduğu tarih itibariyle davanın hangi ülkede açılması gerektiği konusunda tarafları bir belirsizliğe sürüklemek anlamına geleceği bir gerçektir. Sonuç olarak, Yargıtay’ın herhangi bir haklı gerekçe sunmaksızın salt HMK m.18(2) hükmünün varlığına istinat ederek, yabancı devlet mahkemelerini genel olarak yetkilendiren anlaşmaları geçersiz olarak nitelendirmesi, yabancı mahkemeleri yetkilendiren anlaşmaların amacı ve niteliği, hem taraf iradelerine hem de milletlerarası ticaretin menfaatleri bakımından uygun olmayacaktır.

MÖHUK m.47 hükmüne güvenerek yabancı mahkemeleri yetkilendiren tarafları, uyuşmazlığın vuku bulduğu tarih itibariyle güvensizliğe itecek diğer –ve hatta daha önemli- bir husus da, Yargıtay’ın söz konusu şartın tatbikine ilişkin birbiriyle oldukça yakın tarihli içtihatlarının birbiriyle çelişmesidir. Yargıtay’ın yukarıda değindiğimiz

içtihatlarının çoğunluğunda seçilen yabancı mahkemenin belirli olması şartının karşılanması gerektiği belirtilse de, kimi kararlarda hatta aynı dairenin yakın tarihli kararlarında belirli olma şartının karşılanıp karşılanmadığı konusunda yabancı devletin yargı sistemine/işleyişine yönelik herhangi bir inceleme yapılmamış olmasının birbiriyle çelişen kararların ortaya çıkmasında etkili olduğunu söylemek mümkündür.

Seçilen yabancı mahkemenin belirli olması şartının MÖHUK m.47 bakımından aranması, yabancı devlet mahkemelerini yetkilendiren kimi anlaşmaların geçerli sayılıp sayılmayacağı problemini de beraberinde getirebilir. Özellikle yetki anlaşmasında yabancı devletin yüksek veya temyiz mahkemelerinin yetkilendirilmiş olması halinde, buldukları yabancı mahkemenin ismi değil, niteliği önem arz etmektedir. Anlaşmada atıfta bulunulan yabancı yüksek veya temyiz mahkemesi, bağlı olduğu yabancı devlet hukukuna göre yetki anlaşmasına konu özel hukuk uyuşmazlığını çözmek bakımından görevli ve yetkili ise ve ülke içinde bulunduğu şehrin/lokasyonun belirli veya belirlenebilir olması halinde belirli olma şartının karşılandığı kabul edilmelidir. İkinci olarak, mahkemeleri genel olarak yetkili kılınan devlet ile söz konusu devletin ülkesinde bulunan bir şehrin/yerin veya üçüncü bir devletin ülkesindeki bir şehrin aynı/benzer ada sahip olması halinde yetki anlaşmasının kaleme alınış biçiminden veya anlaşmadaki ifadelerden ya da anlaşmada kullanılan dilden yola çıkarak Yargıtayca aranan belirli olma şartının karşılanıp karşılanmadığı tespit edilmelidir. Üçüncü olarak, aynı anda birbirinden farklı yabancı devletlerin mahkemelerini yetkilendiren anlaşmaların belirli olma şartını karşılamadığı gerekçesiyle -Yargıtay'ın ifadesiyle- geçerli olup olmadığı konusunda yetki anlaşmasının kaleme alınış biçimine bakmak gerekecektir. Aynı anda iki farklı yabancı devletin mahkemesinin yetkili kılındığı bir anlaşmada, MÖHUK m.47'de aranan şartların karşılanıp karşılanmadığı her iki yabancı devletin mahkemesi/mahkemeleri bakımından iki farklı yetki anlaşması varmış gibi ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

Sonuç olarak, yabancı mahkemeleri yetkilendiren anlaşmaların geçerliliği/kabul edilebilirliği bakımından “seçilen yabancı mahkemenin belirli olması” şartının aranmasının milletlerarası yetki anlaşmalarının amacı ve işlevi karşında hangi amaca hizmet ettiği ve ne tür bir işlev gördüğü anlaşıl(a)mamaktadır. Dahası MÖHUK m.47 bakımından söz konusu şartın aranması gerektiği içtihadında olan Yargıtay'ın bu konuda tatmin edici gerekçeler sunmadığı görülmektedir. Bu konuda sadece HMK m.18 hükmüne istinat edilmesinin yeterli bir gerekçe olmaması bir yana, Yargıtay'ın yukarıda değindiğimiz birbiriyle çelişen kararları, söz konusu şartın tatbiki bakımından yeknesak bir uygulamanın veya anlayışın olmadığını da ortaya koymaktadır. Bu durum, MÖHUK m.47 hükmünün uygulanması konusunda tarafları güvensizliğe sürüklemekte, milletlerarası karakterli ticari uyuşmazlıkların çözümü konusunda kullanılan enstrümanlardan biri olan yetki anlaşmalarının etkililiğini azaltması itibarıyla milletlerarası ticaretin gerekleri ve menfaatleriyle de bağdaşmamaktadır.

Şüphesiz bu sorun, söz konusu şartın yasal bir düzenlemeye istinaden MÖHUK m.47 metnine dahil edilmesi ile veya söz konusu şartın MÖHUK m.47 bakımından aranmayacağı şeklinde bir hükümlerle açıkça çözüme kavuşturulabilir. Benzer bir çözüme, birbiriyle çelişen mahkeme uygulamalarını bertaraf etmek üzere bir içtihadı birleştirme kararı ile de varılması da mümkündür. Ancak belirli olma şartının aranması, her zaman uygun ve yerinde bir çözüm olmayabilecek, kaynağını doğrudan belirli olma şartından almasa da, yabancı mahkemeleri yetkilendiren anlaşmalarının geçerliliğine ilişkin başka problemleri de beraberinde getirebilecektir. Bu nedenle, söz konusu şartın yabancı mahkemeleri yetkilendiren anlaşmalar bakımından aranmamasının daha yerinde olacağı kanaatindeyiz. Bu durumda, söz konusu şartın MÖHUK m.47 bakımından aranmamasıyla ortaya çıkabilecek davacının yetki anlaşmasıyla yetkili kılınan ama –belirli olma veya başka bir şartı karşılamadığı gerekçesiyle- kendi hukukuna göre yetkisizlik kararı verecek mahkemede dava açmaya zorlamak gibi bir sakıncası ise şu şekilde bertaraf edilebilir. Aslolan, davanın mahkemeleri genel olarak seçilen yabancı yargı düzeninde karara bağlanmasıdır ve dava ancak yetki anlaşmasının taraflarına etkin bir yargısal koruma sağlamaktan uzak olması halinde Türkiye’de görülmelidir. Dolayısıyla, yukarıdaki sakınca, MÖHUK m.47 hükmünün yabancı mahkemeleri yetkilendiren yetki anlaşmasının mahkemesi/mahkemeleri yetkili kılınan yabancı devletin hukukuna göre geçersiz veya tesirsiz olacağı somut delillerle ispatlanması halinde davanın yetkili Türk mahkemesinde görüleceği şeklinde yorumlanması veya kaleme alınması ile ortadan kaldırılabilir.

---

**Hakem Değerlendirmesi:** Dış bağımsız.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

**Finansal Destek:** Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.

**Conflict of Interest:** The author has no conflict of interest to declare.

**Grant Support:** The author declared that this study has received no financial support.

---

### Bibliyografya/Bibliography

- Akıncı Z, *Milletlerarası Usûl Hukukunda Yetki Sözleşmesine Dayanan Yabancı Derdestlik* (Seçkin 2002).
- Akıncı Z, ‘Milletlerarası Usul Hukukunda Seçilen Mahkemenin Bağlantılı Olması Koşulu’ (2002) 22(2) MHB (Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan) 1-28.
- Akkan M, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku* (15th edn On İki Levha 2017).
- Altuğ Y, *Devletler Hususi Hukukunda Yargı Yetkisi* (2nd edn İstanbul Üniversitesi Yayınları 1979)
- Aşık İ, ‘Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na göre Yetki Sözleşmesi’ Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2011(97) 11-48.
- Aybay R and Dardağan E, *Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı)* (2nd edn İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2008)

- Bayraktaroğlu Özçelik G, *Milletlerarası Usûl Hukukunda Paralel Davalar* (Yetkin 2017).
- Briggs A, *Agreements on Jurisdiction and Choice of Law* (OUP 2008).
- Briggs A, *Private International Law in English Courts* (2014 OUP).
- Bolayır N, *Medeni Usûl Hukukunda Yetki Sözleşmeleri* (Beta 2009).
- Canbeldek Ö, 'Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Kanunu Işığında Yetki Sözleşmeleri' (2012) 8(2) MİHDER 203-238.
- Chen RC, 'Taiwan: Legislation and Practice on Choice of Court Agreements in Taiwan' in Mary Keyes (ed), *Optional Choice of Court Agreements in Private International Law* (Asser Press 2020) 387-408.
- Çelikel A and Erdem BB, *Milletlerarası Özel Hukuk* (15th edn Beta 2017)
- Demir Gökyayla C, 'Milletlerarası Özel Hukukta Vesayet' Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011(1) (Prof.Dr. Atâ Sakmar'a Armağan) 403-427.
- Demir Gökyayla C, *Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri (Münhasır Bayilik Sözleşmeleri)* (2nd edn Vedat 2013).
- Demirkol B, *Milletlerarası Yetki Anlaşmaları* (Vedat 2018).
- Dicey, Morris and Collins, *The Conflict of Laws* Vol.1 (15th edn Sweet and Maxwell 2012).
- Doğan V, *Milletlerarası Özel Hukuk* (5th edn 2019).
- Ekşi N, *Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi* (2nd edn Beta 2000).
- Ekşi N, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi* (Beta 2013).
- Ekşi N, 'Uluslararası Ticarete İlişkin İki Güncel Sorun: Sözleşme Bedelinin Yabancı Para Olarak Ödenmesi ve Yabancı Mahkemenin Yetkisinin Tesisi' (1998) 72(10-12) 864-891.
- Esen E, 'Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Münhasır Yetki Kavramı' (2002) 22(2) MHB (Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan) 183-206.
- Esen E, 'Alman Hukukunda İhtarlı Basit Dava Usulü (Mahnverfahren) Çerçevesinde Verilen Kararların Türk Hukukunda Tenfizi', (2007) 27(1-2) MHB 21-80.
- Esen E, 'Critique of a Turkish Court of Cassation Decision on the Validity of Choice-of-Law and Choice-of-Forum Clauses in an Insurance Agreement', (2010) 42(59) Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul 365-375.
- Esen E, 'Yetkili Kılınan Tahkim Kurumunun Mevcut veya Belirli Olmadığı Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliği' UTDER (2017)(1) 75-148
- Fentiman R, *International Commercial Litigation* (2nd edn OUP 2015).
- Hartley T, *Choice-of-Court Agreements under the European and International Instruments* (OUP 2013).
- Hartley TC, *International Commercial Litigation-Texts, Cases and Materials on Private International Law* (2nd edn Cambridge University Press 2015).
- İnceoğlu S, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı* (4th edn Beta 2013).
- Joseph D, *Jurisdiction and Arbitration Agreements and Their Enforcement* (3ed edn Sweet and Maxwell 2015)
- Keyes M and Marshall BA, 'Jurisdiction Agreements: Exclusive, Optional and Asymmetrical', (2015) 11(3) Journal of Private International Law 345-378.

- Kuru B, 'Sözleşme ile Yabancı Mahkemenin Yetkili Kılınması' (1986) 6(2) MHB 140-145.
- Magnus U, Mankowski P and Magnus U, *Brussels Ibis Regulation (2016)*, Art.25 Ed. Ulrich Magnus and Peter Mankowski (Verlag 2016).
- Merret L, 'Article 23 of the Brussels I Regulation: A Comprehensive Code for Jurisdiction Agreements?' ICLQ (2009) 58(3) 545-564.
- Mikelenas V, 'Reform of Private International Law in Lithuania' 2005(7) Yearbook of Private International Law 161-181.
- Müller-Chen, *Zürcher Kommentar zum IPRG*, Band I (3.Auflage 2018).
- Nomer E, *Devletler Hususî Hukuku* (22th edn Beta 2018).
- Nomer E, 'Devletler Hususî Hukukunda Milletlerarası Yetki Mefhumu' (1974) 40(1-4) İÜHFMD 393-426.
- Nomer E, 'Yabancı Mahkeme İhlâmlarının Tenfizinde Mahkemelerin Yetkisi ve Kamu Düzeni' (2003) 23(1-2) MHB (Prof. Dr. Gülören Tekinalp'e Armağan) 565-578.
- Nuyts A, Study on Residual Jurisdiction, (Review of the Member States' Rules concerning the "Residual Jurisdiction" of their courts in Civil and Commercial Matters pursuant to the Brussels I and II Regulation), General Report, Final Version Dated 3 September 2007.
- Özgenç Z, 'Brüksel I Bis Tüzüğü Uyarınca Yetki Anlaşmalarının Geçerliliği', (2017) 37(2) MHB (Prof.Dr. Yücel Sayman'a Armağan).
- Patzina, *Münchener Kommentar Zur ZPO* (5.Auflage 2016).
- Rozehnalová N, Mahdalová S and Zavadilová L, 'Czech Republic: The Treatment of Optional and Exclusive Choice of Court Agreements' in Mary Keyes (ed.), *Optional Choice of Court Agreements in Private International Law* (Asser Press 2020) 169-195.
- Sakmar A, *Yabancı İhlâmların Türkiye'deki Sonuçları* (İstanbul Üniversitesi Yayınları 1982).
- Sakmar A, Ekşi N and Yılmaz İ, *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun: Mahkeme Kararları*, (2nd edn Beta 1999).
- Sargın F, *Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Anlaşmaları* (Yetkin 1996).
- Schoeman E, 'South Africa: Time for Reform' in Mary Keyes (ed), *Optional Choice of Court Agreements in Private International Law* (Asser Press, 2020) 347-368.
- Schulz A, 'The Hague Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements', 2005(7) Yearbook of Private International Law 1-16.
- Stein F and Jonas M, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, (23. Auflage Mohr Siebeck 2014).
- Süral C, 'Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisine Etkisi', *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2012(100) 167-216.
- Süzen B, *Tanıtma ve Tenfiz Davalarında Kararı Veren Mahkemenin Yetkisinin Denetimi* (On İki Levha 2016).
- Şanlı C, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (7th edn Beta 2019).
- Şanlı C, Esen E and Ataman-Fıganmeşe İ, *Milletlerarası Özel Hukuk* (7th edn Beta 2019).
- Şensöz Malkoç E, *Aile Hukukuna İlişkin Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması* (Oniki Levha 2017).
- Tanrıbilir FB, '30 Haziran 2005 Tarihli Yetki Anlaşmasına Dair Lahey Sözleşmesi' (2007) 11(1-2) GÜHFD 321-354.

Tiryakioğlu B, *Yabancı Boşanma Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi* (AÜHF Yayınları 1996).

Tu G and Huang Z, ‘People’s Republic of China (PRC): Optional Choice of Court Agreements in the Vibrant Age’ in Mary Keyes (ed.), *Optional Choice of Court Agreements in Private International Law* (Asser Press 2020) 151-168.

Tütüncübaşı U, *Yabancı Çekişmesiz Yargı Kararlarının Türk Hukukunda Tanınması* (Adalet 2014).

Vischer F, ‘General Course on Private International Law’, *Recueil Des Cours-Collected Courses* 1992(232) 9-255.

### İnternet Kaynaklar/Web References

<<https://assets.hcch.net/docs/0de60e2f-e002-408e-98a7-5638e1ebac65.pdf>>

<[www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr)>

<[https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/106778/131132/F303261621/J2017T0028P\\_20180102\\_FIN.pdf](https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/106778/131132/F303261621/J2017T0028P_20180102_FIN.pdf)>

<<https://socioip.files.wordpress.com/2013/12/belgica-the-code-of-private-international-law-2004.pdf>>

<<http://www.pravda.gov.me/ResourceManager/FileDownload.aspx?rid=169116&rType=2&file=International%20%20private%20law%20act.pdf>>

<<https://www.ifrc.org/Docs/idrl/868EN.pdf>>

<<http://www.pisrs.si/Pis.web/npbDocPdf?idPredpisa=ZAKO5288&idPredpisaChng=ZAKO1258&type=doc&lang=EN>>

<<https://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:351:0001:0032:en:PDF>>

<<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=98>>

<<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=98>>

<[www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)>

<<https://www.mevzuatdergisi.com/2003/09a/04.htm#>>

<<https://emsal.yargitay.gov.tr>>

<<https://eur-lex.europa.eu>>

<<https://ila.vettoreweb.com>>

<<https://www.justice.gov.za/about/sa-courts.html>>

<<https://www.judiciary.uk/about-the-judiciary/the-justice-system/jurisdictions/civil-jurisdiction/>>

<[https://en.wikipedia.org/wiki/High\\_Court\\_of\\_Justice](https://en.wikipedia.org/wiki/High_Court_of_Justice)>

<[https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/aza/http/index.php?highlight\\_docid=aza%3A%2F%2F21-09-2017-4A\\_131-017&lang=de&type=show\\_document&zoom=YES&](https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/aza/http/index.php?highlight_docid=aza%3A%2F%2F21-09-2017-4A_131-017&lang=de&type=show_document&zoom=YES&)>



## 19 Ekim 1996 Tarihli Velâyet Sorumluluğu ve Çocukların Korunmasına Yönelik Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma ve Tenfiz ve İşbirliği Hakkında Lahey Sözleşmesi Sonrası Çocuğun Vesayetine Uygulanacak Hukuk

Applicable Law to Guardianship of A Child After The Ratification of the Hague Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement And Co-Operation in Respect of Parental Responsibility And Measures For The Protection of Children

Faruk Kerem Giray\*

### Öz

19 Ekim 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi, iç hukukun bir parçası haline gelmekle; soy bağının hüküm ve sonuçlarından olan velayet sorumluluğuna ilişkin kanunlar ihtilafı kuralları üzerinde önemli değişiklikler getirmektedir. Sözleşme hükümleri, gerek çocuğun velayetine ilişkin tedbirler yönünden MÖHUK'un 14/4 hükmüne gerek velayete uygulanacak hukuku düzenleyen MÖHUK'un 17. maddesine göre öncelikli uygulanacak olmakla birlikte, aynı zamanda çocuğun vesayetine ilişkin hükümlerde de esaslı değişiklik ve etkiler doğurmuştur. Çalışmamızda, öncelikle vesayetin tanımı yapıp, diğer kavramlardan farkı açıklandıktan sonra çocuğun vesayetini ilgilendiren kanunlar ihtilafı meseleleri detaylı olarak incelenecektir. Çocuğun vesayetine ilişkin hükümler taşıyan ve de yabancılik unsuru taşıyan vesayet ilişkilerine uygulanacak hukuku düzenleyen çok taraflı milletlerarası sözleşmeler kısaca listelenip, açıklandıktan sonra 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin MÖHUK hükümleri üzerindeki olası etkisi detaylı olarak incelenecektir. Çocuğun vesayetine uygulanacak hukukun dört yönü bulunmaktadır. Bunlardan biri, çocuğun vesayetine ilişkin koruyucu tedbirlere uygulanacak hukuk, çocuğun vesayet altına alınmasını gerektiren sebeplere uygulanacak hukuk, vesayetin tevdi taleplerine ve vesayetin devamı taleplerine uygulanacak hukuk ve son olarak çocuğun vesayetinin sona ermesi taleplerine uygulanacak hukuktur.

### Anahtar Kelimeler

19 Ekim 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi, Çocuğun vesayeti, Vesayet tedbirlerine uygulanacak hukuk, Vesayetin tesis edilmesi, Vesayetin tevdi edilmesi, Vesayetin devamı taleplerine uygulanacak hukuk, Vesayetin sona erme sebeplerine uygulanacak hukuk, Kamu düzeni olarak çocuğun üstün menfaati, Koruyucu tedbirler

### Abstract

With the ratification by the Turkish Republic of the Hague Convention dated October 19, 1996, there have been major consequences on the rules of conflict of laws on parental responsibility in relation to the custody of children. Regarding to the article 1/2 of Turkish Private International Law (MOHUK), the provisions of Hague Convention will be applied with priority, not just only to the provisional measures on custody which is regulated in article 14/4 of MOHUK or to the conflict of laws rules on paternity which will be determined according to article 17 but also applied to the conflicts on child's guardianship having foreign element. In this paper, we first define the concept of guardianship and then we examine

\* Sorumlu Yazar: Faruk Kerem Giray (Doç. Dr.), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: fkerem@istanbul.edu.tr ORCID: 0000-0003-1952-9644

Atf: Giray FK, "19 Ekim 1996 Tarihli Velâyet Sorumluluğu ve Çocukların Korunmasına Yönelik Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma ve Tenfiz ve İşbirliği Hakkında Lahey Sözleşmesi Sonrası Çocuğun Vesayetine Uygulanacak Hukuk" (2020) 40(1) PPIL 353. <https://doi.org/10.26650/ppil.2020.40.1.0088>



the differences between other institutions. Multilateral conventions dealing with guardianship responsibility as well as related provisions on the conflict of rules on the guardianship of children are also briefly explained. This paper focuses on the direct effect of the Hague Convention dated 1996 to the Article 10 of MÖHUK for guardianship issues. The applicable law related to guardianship responsibility over a child has four pillars. The first pillar is the applicable law relating to provisional measures of guardianship, whereas the second pillar is the applicable law to the establishment of guardianship relations between the child and the guardian. The third pillar is the applicable law to attribution and exercise of guardianship and the last pillar is the applicable law to the termination of guardianship responsibility.

**Keywords**

Hague Convention dated October 19, 1996, Guardianship of child, Applicable law to the provisional measures of a child's guardianship, Applicable law to the attribution and exercise of guardianship, Applicable law to the termination of guardianship, Best interest of the child as public policy, Provisional measures

***Extended Summary***

After the ratification of the 1996 Hague Convention by Turkey, its impact on the applicable law relating to custody responsibility as well as to guardianship responsibility began to be seen. This article mainly focuses on the applicable law relating to guardianship of children. Regarding a child's guardianship, this subject has three dimensions due to conflicts of law. These are as follows: applicable law relating to the grounds of ordering guardianship, to the attribution and exercise of guardianship, and to the termination of guardianship. Before being party to the Convention, article 10 of the Turkish Code on PIL which concerns the applicable law on guardianship (except by considering the provisions of the 1961 Hague Convention) was applied. But the first date of February 2017, is a milestone for the conflict of law rules on guardianship of children for Turkish Private International Law. Although the 1996 Hague Convention regulates the attribution of custody (art.16) which intended to be applied to the guardianship relations also due to article 1/2 which makes wide definition of custody by covering guardianship responsibility; it cannot be applied to establish a guardianship relationship for a foreign child who is in Turkey. Because, according to Turkish law which differs sharply from the Convention, establishing a guardianship responsibility cannot be operated without the intervention of a judicial or administrative authority. In other words, some of the provisions of the Convention on custody can not be applied to the guardianship issues. These provisions will not applied to establish a guardianship responsibility for a child due to the characteristic of this legal relationship. So that, provisions of the Convention on this matter will not be considered and have no effect on the applicable law. If a child who is stateless or having foreign nationality is in danger and needs urgent care of a guardian then article 10 of Turkish PIL which refers to the national law of the child will first be applied due to articles 11 and 15 of the Convention.

However for the exercise of guardianship, applicable law will be determined by considering the article 17 of the Hague Convention. Beginning from the first date of February 2017, article 17 of the Hague Convention had direct effect and overrode



article 10 of Turkish PIL especially regarding the applicable law on the exercise of guardianship responsibility. Thus, for the exercise of guardianship of a foreign child, the law of the state of the child's habitual residence will be applied from now on.

For the termination of a guardianship responsibility, the applicable law will be determined by making two distinctions. One possibility is that the termination of guardianship responsibility could occur by operation of law, without the intervention of a judicial or administrative authority. In such a case, the law of the state of the habitual residence of the child will determine the reasons for the termination of a guardianship. Whereas the second possibility is the termination of guardianship responsibility which occurs by the intervention of a judicial or administrative authority. In such a situation, according to article 15 of the Convention, the law of the contracting state at the time where the child is will be applied.

In this study we also make suggestions and recommendations for the amendment of article 10 of Turkish PIL. This is because the guardianship of a child and the guardianship of an adult differ from each other. Thus, special provision for the guardianship of a child needs to be regulated by the law. Some children need much more care due to their situation. We suggest special provision for Turkish PIL such as: "As a provisional measure, for the children who are stateless or homeless but having foreign nationality or for the children who need urgent care due to being under an intolerable condition, Turkish law shall be applied."

Moreover, we also suggest a minor amendment on article 10/2 of Turkish PIL, namely: "Where it is not possible to order guardianship or curatorship pursuant to the national law of the foreigner, guardianship or curatorship may be ordered or terminated pursuant to Turkish law provided that the habitual residence or the place of existence of this person is in Turkey."

## 19 Ekim 1996 Tarihli Velâyet Sorumluluğu ve Çocukların Korunmasına Yönelik Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma ve Tenfiz ve İşbirliği Hakkında Lahey Sözleşmesi Sonrası Çocuğun Vesayetine Uygulanacak Hukuk

### I. Vesayet Kavramı ve Sorumluluğu

Vesayet, şahsi ve mali menfaatlerini korumak iktidar ve ehliyetinden yoksun olan ve velayet altında bulunmayan küçüklerin bakımını, ihtimamını ve malvarlığına ilişkin yararlarının korunmasını ve temsilini öngören hukuki bir müessesedir<sup>1</sup>. Türk hukukuna göre, çocuk ancak velayet altında değil ise vesayet altına alınır<sup>2</sup>. Bunun istisnasını ergin çocuklar oluşturur. Ergin çocuğun, velayet altında bırakılabilmesi için öncelikle hâkim tarafından hakkında kısıtlılık kararının alınması gerekir. Hâkim, vasi atanmasına şayet gerek görmez ise; kısıtlanan ergin çocuk, ana ve babasının velayeti altında bırakılır<sup>3</sup>. Vesayet, mahkeme kararıyla tesis edilir.

Vesayet sorumluluğunda vasi, sadece çocuğun mallarına itina göstermekle kalmaz aynı zamanda çocuğun bakım ve eğitimi için gereken tedbirleri de alır. Bu tedbirler, çocuğa özeni, onun bakımını ve eğitimini de kapsar. Vesayet sorumluluğunda vasi, çocuğun bedeni, ruhi ve fikri gelişmesini sağlamak zorundadır. Bunu yaparken, çocuğun zihinsel ve ruhsal gelişmesine özen göstermelidir. Türk hukukunda vasinin iki ana sorumluluğu bulunmaktadır. Bunlar, çocuğun bakımı ve eğitimidir<sup>4</sup>. Bu sorumlulukların geniş yorumlanması gerektiği doktrinde belirtilmektedir. Özellikle çocuğun bakım sorumluluğunu, onun bütün yaşam ihtiyaçlarını kapsar şekilde yorumlamak gerekir. Vasi kural olarak, çocukla ilgili kararları serbestçe alır. Kararlarının onaylanması için istisnalar dışında vesayet makamına başvurması gerekmez. Vasi, şayet hayattalar ise, ana ve babasının isteklerini ve görüşlerini göz önünde tutar ancak bu istek ve taleplerle bağlı değildir. Bununla birlikte, vasi kimi işlemler bakımından vesayet dairelerinin iznine tabidir. Mesela, çocuğu bir eğitim, bakım veya sağlık kurumuna koymak vesayet makamının iznine tabidir (TMK.462/13). Keza vesayet altındaki çocuğun, yerleşim yerinin değiştirilmesi de yine vesayet dairelerinin iznine tabidir (TMK.462/14).

### II. Çocuğun Vesayetine İlişkin Çok Taraflı Uluslararası Sözleşmeler ile Ulusal Düzenlemeler

Aile, toplumun temelidir ve en küçük yapı taşıdır. Çocuklar da ailenin en korunması gereken sülheleridir. Bu nedenle çocuğun vesayetiyle ilgili olarak devletin sorumluluğu bulunmaktadır. Bu sorumluluğun hukuki dayanağını ise başta, hiç şüphesiz Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmeler ile anayasası ve ilgili kanunlar

1 Bilge Öztan, *Aile Hukuku* (6th edn, Turhan Kitabevi, 2015) 1257

2 Yargıtay 2 HD, 5694/8153, 24.05.2005: www.kazanci.com

3 TMK m. 335/2

4 Öztan (n 1) 1383

oluşturmaktadır. Çocuğun vesayetine ilişkin hükümleri, kimi çocuğun özel durumunu dikkate alarak incelemek gerekir.

Çocuğun vesayetine ilişkin en temel metin, 10 Aralık 1948 tarihli Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesidir<sup>5</sup>. Bildirgenin 25/2. maddesinde, tüm çocukların evlilik içi ya da dışı doğmuş olmalarına bakılmaksızın, aynı sosyal korumadan yararlanacakları güvence altına alınmıştır. Çocuğun sosyal korunmasını öncelikle yerine getirecek olan kişiler, velayet sorumluluğuna sahip olan ebeveynleridir. Çocuk velayet altında değil ise, sosyal korunmasını sağlayacak olan kişi ve kurum, vesayet müessesesidir. Türkiye, bildirgeye imza koyan devletlerden biri olması sebebiyle, bildirgenin gözettiği değerleri, velayet ve vesayet rejimine ilişkin iç hukukunda yaptığı düzenlemelerde göz önünde bulundurması gerekir.

Çocuğun vesayetine ilişkin çok önemli bir uluslararası sözleşme, Çocuk Haklarına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesidir<sup>6</sup>. Sözleşmenin 3/2. maddesi gereğince devletler, çocuğun, vasilerinin ya da kendisinden hukuken sorumlu olan diğer kişilerin hak ve ödevlerini göz önünde tutarak, çocuğun esenliği için gerekli bakım ve korumayı sağlamayı üstleneceklerini ve bu amaçla tüm uygun yasal ve idari önlemleri alacaklarını ve bunu ülke sınırları içinde bulunan tüm çocuklara uygulayacaklarını taahhüt etmişlerdir. Buna ilave olarak, Sözleşmenin 18/1. maddesinde, gerekli durumlarda, çocuğu yetiştirme ve geliştirme sorumluluğunun, vasiler üzerinde olacağı belirtilmiştir. Çocuk haklarının bir nevi anayasası kabul edilen Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 20. maddesi, çocuğun vesayetinin diğer bir hukuki normudur. Buna göre, geçici ve sürekli olarak aile çevresinden yoksun kalan veya kendi yararı gereği böyle bir ortamda bırakılması kabul edilmeyen her çocuğun, devletten özel koruma ve yardım görme hakkına sahip olacağı güvence altına alınmıştır. Çocuk Hakları Sözleşmesi, Türkiye'de bulunan tüm çocuklar bakımından koruyucu bir şemsiye teşkil ettiğinden, bu şemsiyesinin altına her statüdeki çocuk; yani vatansız, mülteci, şartlı mülteci, ikincil koruma<sup>7</sup> veya geçici koruma statüsündeki<sup>8</sup> küçükler<sup>9</sup> girmektedir.

Vesayet altına alınabilecek çocukların kapsamına, hiç şüphesiz engelli çocuklar da girer. Bu nedenle, Engelli Haklarına İlişkin Sözleşme<sup>10</sup>, çocukların vesayetine ilişkin

5 Bildirgenin Türkçe tercümesi için bkz. RG: 27.05.1949/16198. İlginçtir ki; İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin yayımlandığı gün, aynı zamanda 5387 sayılı Korunmaya Muhtaç Çocuklar Hakkında Kanun kabul edilmiştir. Buna göre, ana, babasız veya ana ve babası belli olmayan çocuklar ile Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre haklarında koruma tedbiri alınmasında zaruret görülen çocuklar, himaye ve koruma altına alınacaklardır. (m. 1)

6 RG: 27.01.1995/22184. Sözleşme hakkında bilgi için bkz. Bilgin Tiryakioğlu, *Çocukların Korunmasına İlişkin Milletlerarası Sözleşmeler ve Türk Hukuku* (T.C. Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu Başkanlığı, Bilim Serisi 7, 1991) 50-58

7 Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu, Kanun Numarası: 6458, Kabul Tarihi: 04.04.2013, RG: 11.4.2013/28615

8 Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu m. 91 ve Geçici Koruma Yönetmeliği RG: 22.10.2014/29153 (m. 3/m)

9 Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin 122/1/c. maddesi gereğince yasal temsilci ile çocuğun farklı ülkelerde olduğu durumda, yasal temsilcinin yetkili makam huzurunda verilmiş onayı ve refakatçinin çocuğun bakımını üstlendiğine ilişkin taahhüdünün olması kaydıyla, çocuğun refakatine bırakıldığı kişiye çocuk hakkında işlemleri yapma hakkı tanınmıştır. (RG: 17.03.2016/29656)

10 Sözleşmenin Türkçe metni için bkz. RG: 14.07.2009/27288

bir diğer uluslararası hukuk kaynağıdır. Sözleşmenin 23/2 maddesi, engelli<sup>11</sup> bir çocuğun, nelere dikkat edilerek vesayet altına alınabileceğini düzenlemiştir. Buna göre, çocuğun vesayet altına<sup>12</sup> alınmasını gerektiren her durumda, çocuğun üstün menfaatinin bu işlemi gerektirmesi ve de sözleşmeden doğan diğer haklarının ihlal edilmiyor olması gerekir. Çocuğun vesayetiyle ilgili tüm işlem ve ilişkilerde, sözleşmenin 3. maddesinin gözettiği bütün ilkelere (özellikle (h) bendine) aykırı davranılmamalıdır<sup>13</sup>. Ayrıca engelli çocuğun bakım sorumluluğu yerine getirilirken, akit devletler bu durum için gereken desteği vermek ve sunmak zorundadırlar. Engelli çocukların, diğer çocuklardan farklı olarak vesayet altına alınabilmesi için, vesayet kararı verecek olan yetkili merci veya makamın; tabi olduğu iç hukuk kuralları bakımından mutlaka bir yargı denetimine açık olması gerekir<sup>14</sup>. Şayet vesayet makamının verdiği kararlar, bağlı olduğu devletin hukuk kuralları bakımından yargı denetimine tabi tutulmuyor ise, engelli olan yabancı devlet vatandaşı bir çocuk hakkında sözleşme gereğince vesayet kararı, alınamayacaktır.

Çocuğun vesayetine ilişkin olmakla birlikte Türkiye'nin taraf olmadığı bir sözleşme ise, 1902 tarihli Küçükler Hakkında Vesayetin Tesisi Hakkında Lahey Sözleşmesi'dir. 12 Haziran 1902 tarihli Küçükler Hakkında Vesayet Sözleşmesi<sup>15</sup>, münhasıran küçüklerin vesayet altına alınma sebeplerine ilişkindir. Sözleşmeye göre, vesayete uygulanacak hukuk, küçüğün milli hukukudur (m. 1-5). Aciliyet gerektiren durumlarda, koruma tedbiri olarak mahkemenin hukukuna göre vesayet kararı alınabilmektedir<sup>16</sup>. Anılan sözleşmeye göre, çocuğun mensup olduğu devletin büyükelçileri/konsolosları da, çocuğun bulunduğu ülke devletinin kabul etmesi şartıyla kendi milli hukuklarına göre çocuğu himaye edebileceklerdir (m.2). Şayet çocuğun bulunduğu devlet makamları vesayet altına alınması gereken çocuk ile ilgilenmez ise; çocuğun mutad meskeni makamları, çocuğu vesayet altına alıp menfaatlerini gözetebilme imkanına

11 Sözleşmeye göre engelli kişi; diğer bireylerle eşit koşullar altında topluma tam ve etkin bir şekilde katılımlarının önünde engel teşkil eden uzun süreli fiziksel, zihinsel, düşünsel ya da algısal bozukluğu bulunan gerçek kişiyi ifade etmektedir. (m. 1/2)

12 Sözleşmenin m. 23/2 hükmü sadece vesayet bakımından değil; bunun dışında kalan velayet, kayıyılık, evlat edinme veya ulusal mevzuatında bu kavramların benzerlerinin yer aldığı diğer müesseseler için de taraf devletlere aynı sorumluluğu yüklemiştir.

13 Akit devletler, engelli çocuğun gelişim kapasitesine ve kendi kimliğini koruyabilme hakkına saygı göstererek gerekli önlemleri almalıdırlar.

14 Bkz. Engelli Hakları Sözleşmesi m. 23/4: Taraf Devletler, bir çocuğun ailesinin istemi olmadan ailesinden ayrılmasını sağlar. Bunun istisnası yargısal denetime tabi yetkili mercilerin çocuğun üstün yararı gereğince ailesinden ayrılmasının gerekli olduğuna uygulanan yasa ve usuller uyarınca karar vermesidir. Hiçbir koşulda çocuğun veya ebeveynlerinden biri ya da hepsinin engelli olması nedeniyle çocuk anne ve babasından ayrı tutulamaz.

15 Hague Convention on Guardianship, bu konuda kısa bilgi için bkz. Gerhard Kegel and Klaus Schurig, *Internationales Privatrecht*, (9th edn, C.H.BECK, 2004) 90 vd. Sözleşme, 30 Temmuz 1904 yılında yürürlüğe girmiştir. Sözleşmeye taraf devletler, Almanya, Belçika, Fransa, Macaristan, Hollanda, İtalya, Lüksemburg, Polonya, Portekiz, Romanya, İsveç ve İspanya'dır. Bkz: <https://www.hcch.net/en/instruments/the-old-conventions/1902-guardianship-convention>;

Sözleşme yürürlükten kalkmış olmasına rağmen, Almanya ve Belçika arasında uygulanmaya devam etmektedir. Bkz. Paul Lagarde, *Explanatory Report on the 1996 Hague Child Protection Convention*, (HCCH Publications, 1998) 539, dn 6. Rapor için bkz. <https://assets.hcch.net/docs/5a56242c-f06-42c4-8cf0-00e48da47ef0.pdf>

16 Bilgin Tiryakioğlu, *Milletlerarası Özel Hukukta Çocuklara İlişkin Kurallar*, (T.C. Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu Başkanlığı, Bilim Serisi 6, 1991) 77

sahiptirler (m.3). 1902 tarihli Sözleşmeye, Türkiye taraf olmamakla birlikte; Küçüklerin Korunması Konusunda Makamların Yetkisine ve Uygulanacak Kanuna Dair Sözleşme’ye de taraf olan akit devletler bakımından (m.18), 1902 tarihli sözleşme uygulama alanı bulmayacaktır. Keza, 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi de (51. maddesi gereğince), 1902 tarihli sözleşmenin önceden tanınmış veya tenfiz edilmiş önlemlerini saklı tutarak onun yerine geçmektedir.

Çocuğun vesayetiyle ilgili başka bir sözleşme ise, 1961 tarihli Küçüklerin Korunmasına İlişkin Makamların Yetkisine ve Uygulanacak Hukuka Dair Lahey Sözleşmesi’dir<sup>17</sup>. Sözleşmenin 3. maddesi, küçüğün vatandaşı olduğu devletin iç hukukuna göre mevcut olan bir otorite ilişkisinin diğer bütün akit devletlerde tanınacağını hüküm altına almıştır. Otorite ilişkisinden kasıt, çocuğun vatandaşı olduğu devletin iç hukukuna göre velayet, vesayet veya kayımlık gibi bir hukuki ilişki içinde olmasıdır. Sözleşmenin 2/2. maddesinde çocuğun mutad meskeni devleti adli ve idari makamlarının, çocuğun şahsını korumaya yönelik gerekli tedbirleri almaya yetkili olduğu ve çocuğun kendisine bakan kişi ve kurumlarla olan ilişkisine de, adli ve idari makamların iç hukuk hükümlerinin öngördüğü tedbirlerin uygulanacağı belirtilmiştir. Çocuğun, üstün menfaati gerektirdiği durumlarda, çocuğun vatandaşı olduğu devlet (m.4) kendi iç hukuk hükümlerini uygulayarak, çocuğun şahsının ve mallarının korunması için gerekli tedbirleri alabilme hakkına sahiptir. Çocuğun, kendisine bakan kişi ve kurumlarla olan ilişkisine hiç şüphesiz vesayet ilişkisi de girmektedir. Çocuğun mutad meskenin bulunduğu devlet makamlarının veya vatandaşı olduğu devlet makamlarının, vesayet altındaki bir çocuk hakkında koruyucu tedbirler alabilmesi için öncelikle çocuğun sözleşme kapsamına giren küçüklerden olması gerekir. Sözleşme, küçük teriminden neyin anlaşılması gerektiğini 12. maddesinde açıklamıştır. Sözleşmeye göre küçük, hem vatandaşı olduğu devletin maddi hukukuna göre hem de mutad meskeninin bulunduğu devletin iç hukukuna göre bu vasfa haiz olan çocuklardır.

Çocuğun vesayetine ilişkin diğer bir sözleşme, Çocukların Velayetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velayetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi’dir (1980 tarihli Lüksemburg Sözleşmesi)<sup>18</sup>. Sözleşme vesayete uygulanacak hukuku düzenlememekte, vesayete ilişkin verilen kararların diğer akit devletlerde tanınması ve tenfizini düzenlemektedir. Sözleşmenin 1/b ve 1/c hükümleri birlikte ele alındığında, velayete ilişkin kararın kapsamına, çocuğun kişisel bakımına ilişkin olarak verilen herhangi bir adli veya idari makam kararının girdiği görülmektedir. Sözleşmenin 1/c maddesinde velayete ilişkin kararın kapsamına; çocuğun oturacağı yeri tayin etmeye yönelik, çocuğun kişisel bakımına ilişkin olarak verilmiş yetkili makam kararlarının girdiği belirtilmiştir. Şu halde, akit devletlerin yetkili

17 Sözleşmenin yayınlandığı RG: 21.02.1983/17966

18 Sözleşmenin yayınlandığı RG: 02.11.1999/23864.

makamlarından sadır, çocuğun vesayetine ilişkin kararlar da sözleşme kapsamında tanınır, tenfiz edilebilecektir. Çocuğun malvarlığına yönelik hak ve sorumluluklara ilişkin kararlar ise açıkça düzenlenmediğinden sözleşme kapsamı dışında tutulmuştur. Şu halde, çocuğun vesayetine ilişkin kararların sınırlı olarak sözleşme kapsamına girdiğini söyleyebiliriz. Çocuk üzerindeki vesayet sorumluluğu prensip olarak, her ne kadar şahsının hem de malvarlığının korunmasına yönelik olsa da; Lüksemburg Sözleşmesi, vesayet sorumluluğundan doğan her çeşit kararı değil; sadece çocuğun şahsının korunması ve bakımına ilişkin vesayet kararlarını dikkate almakta ve sadece bu minvaldeki kararların akit devletlerde tanınmasına ve tenfizine imkan vermektedir.

Çocuğun vesayetiyle ilgili bir başka sözleşme, Çocukların Korunması ve Ülkelerarası Evlat Edinme Konusunda İşbirliğine Dair Sözleşmedir<sup>19</sup>. Doğaldır ki, evlat edinmeye konu olan çocuklar, bu işlem öncesi, bir kişi veya kurumun vesayeti altında olabilirler. Bu nedenle, evlat edinme sözleşmesinin kapsamına giren çocuklardan şayet vesayet altında olanlar var ise; bu çocuklara ilişkin işlemlerde sözleşme hükümleri dikkate alınacaktır. Uluslararası evlat edinme şartlarının düzenlendiği Sözleşmenin 4. maddesinin c/1 fıkrası, evlat edinme işleminin gerçekleştirilmesinde, evlat edinme için muvafakati zorunlu olan kişi, kurum ve makamlarla (gerekli görülen hallerde) istişarede bulunulmasını ve bu kişilerin evlat edinme işlemine rızalarının sonuçları hakkında bilgi sahibi olmalarını zorunlu tutmuştur.

Çocuğun vesayetine ilişkin diğer bir milletlerarası hukuk kaynağı, Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesi'dir<sup>20</sup>. Sözleşme sadece velayet altındaki değil aynı zamanda bir kişi veya kurumun vesayeti altında bulunan çocuklar hakkında da uygulanmaktadır. Sözleşmenin 3/a maddesinde, çocuğun yer değişikliğinin hangi hallerde hukuka aykırı kabul edileceği belirtilmiştir. Buna göre, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu devlet hukukuna göre, çocuğun koruma hakkı bir şahsa, müesseseye veya kuruma bırakılmış olmasına rağmen; söz konusu şahıs veya kurumun izin veya icazeti olmaksızın, çocuğu yeri değiştirilmiş ise söz konusu yer değişikliğinin hukuka aykırı olacağı kabul edilmektedir. Sözleşmenin gözettiği koruma hakkının kapsamına, 3/a maddesinin açık hükmü gereğince vesayet ilişkisi de girmektedir<sup>21</sup>.

19 RG: 19.04.2004/25438. Ayrıca bkz. Küçüklerin Evlat Edinilmesinde Aracılık Faaliyetlerinin Yürütülmesine İlişkin Tüzük RG: 15.03.2009/27170 (m.4/e ve m.16/6) Konu hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Sibel Özel, 'Uluslararası Evlat Edinme' (2011) (Prof. Dr. Ata Sakmar'a Armağan) GÜHF 609, 618; Ahmet Cemal Ruhi, *Türk Hukukunda Evlat Edinme* (Seçkin Yayınları, 2003) 123; Faruk Kerem Giray, 'Milletlerarası Sözleşmelerde Evlat Edinme', (1999-2000) 19-20 (1-2) MHB, 343 vd.

20 Sözleşmenin yayımlandığı RG: 15.02.2000/23965.

21 Körfez Aile Mahkemesinde görülen bir iade talepli davada, Alman Gençlik İdaresi Alman mahkemesinin verdiği vesayet kararına aykırı olarak Türkiye'ye ailesiyle birlikte gelen çocukların iadesini talep etmiştir. Vesayet makamı olan Alman Duisburg Gençlik İdaresi, 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 5/1-a ve (d) maddelerinde belirtilen danışma ve sağlık tedbirlerinin alınacağına ilişkin Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının verdiği güvenceyi dikkate alarak davadan feragat etmiştir. Söz konusu iade davası, davacının feragatı nedeniyle reddedilerek hükme bağlanmıştır. (Bkz. Körfez Aile Mahkemesi, 145/236, 22.10.2014. (Karar yayınlanmamıştır) Aysel Çelikel and Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk* (16th edn, Beta Basım, 2020) 302 dn 162)

Vesayet hakkına ilişkin asıl çalışma konumuzun özünü oluşturan diğer bir sözleşme, 1996 tarihli Velâyet Sorumluluğu ve Çocukların Korunmasına Yönelik Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma ve Tenfiz ve İşbirliği Hakkında Lahey Sözleşmesi” (kısaca 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi) dir<sup>22</sup>. Sözleşmenin 3/c maddesinde, vasilik, kayımlık ve benzeri kurumların sözleşmenin kapsamı içine girdiği ifade edilmiştir<sup>23</sup>. Keza sözleşmenin 1/2. maddesinde tanımlanan velayet sorumluluğu teriminin kapsamına, (çocuğun kişiliğine ve mallarına yönelik) vasiinin veya diğer yasal temsilcisinin hakları, yetkileri ve sorumluluklarını belirleyen her türden otorite ilişkisinin girdiği ifade edilmiştir. Bununla birlikte, şimdiden hemen belirtelim ki; çocuk ile vasi arasında vesayet ilişkisinin tesisi<sup>24</sup>, vesayet altındaki çocuğun adı-önadına ilişkin uyumsuzluklar<sup>25</sup>, terekesinin idaresi, nafaka talepleri, sosyal güvenliğine ilişkin hakları, eğitim ve sağlığına ilişkin genel nitelikteki kamu tedbirleri ile iltica ve göç konularına ilişkin statüsü hakkındaki kararlar sözleşmenin kapsamı dışındadır (m.4). Sözleşme, gerek vesayet gerekse velayete uygulanacak hukuk kuralları bakımından “loi uniform” nitelik arz ettiğinden (m.20), bu kuralların gösterdiği yetkili devlet hukukunun, akit bir devlet olup olmamasının hiçbir önemi bulunmamaktadır. Çalışmamızda, vesayete ilişkin yabancı kararların tenfizi kapsam dışı tutulmuştur<sup>26</sup>.

Hiç şüphesiz iç hukukta, vesayet sorumluluğunun en temel dayanağını, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası<sup>27</sup> oluşturmaktadır. Anayasa, vesayet sorumluluğun en güçlü hukuki sütunlarından biridir. Çocuklara ilişkin alınacak tedbirler bakımından eşitlik ilkesine aykırı hareket edilemeyeceği ve hatta çocukların korunması için pozitif ayrımcılık yapılabileceği anayasayla güvence altına alınmıştır (m10/3). Anayasa’nın 41/2f hükmü gereğince, her çocuk korunma hakkına sahip olacak ve her türden istismar ve şiddete karşı

- 22 Sözleşmenin velayet yönünden detaylı incelemesi için bkz. Ayşe Elif Ulusu-Karataş, ‘Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Uygulama Alanı’ (2017) 37 (Prof. Dr. Yücel Sayman’a Armağan) MHB 911, 1003
- 23 Lagarde (n 15) paragraf 21, 547; Practical Handbook on The Operation of the 1996 Hague Child Protection Convention (The Hague Conference on Private International Law Permanent Bureau, 2014) 29
- 24 Sözleşmenin 4/a maddesi gereğince, velayet ilişkisinin tesisi hakkında sözleşme hükümleri uygulanmayacaktır. Keza çocuğun evlilik içi veya evlilik dışı doğup doğmadığı veya taşıyıcı annelik yoluyla doğup doğmadığına ilişkin uyumsuzluklar hakkında da sözleşme uygulanmayacaktır. Sözleşmenin 1/2. maddesinde velayet sorumluluğu ifadesinin içeriğine vesayet ilişkisinin girdiği açıkça belirtilmediğinden, çocuk ile vasi arasında tesis edilecek vesayet kararları, sözleşme kapsamı dışında değerlendirilmelidir. Ancak vesayete ilişkin tedbir kararları hakkında sözleşme hükümleri uygulanacaktır. (Bkz. Practical Handbook on The Operation of The 1996 Hague Child Protection Convention (n 23) 32)
- 25 Çocuğun ön ad ve soyadına uygulanacak hukukla ilgili tartışmalar için bkz. Hatice Selin Pürselim-Arning, *Türk, Alman ve İsviçre Milletlerini Özel Hukuklarında Ad*, (1st edn, Adalet Yayınevi, 2014) önadla ilgili olarak 187 vd.; soyadla ilgili olarak 230
- 26 Vesayet kararlarının tanınması ve tenfizi hakkında detaylı bilgi için bkz. Doğa Elçin, ‘Vesayet ve Kısıtlılık Kararı Verilmesine veya Sona Ermesine ve Vesayetin Yürütülmesine Uygulanacak Hukuk, Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi ve Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması’ (2018) 67 (2) AÜHFD 317, 337; Ulusu-Karataş (n 22) 978 vd.; Musa Aygül, ‘Yabancı Mahkemeden Verilen Vesayet Kararlarının Tanınması (Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun Bir Kararının Değerlendirilmesi)’ (2012) Prof. Dr. Tuğrul Arat’a Armağan 135, 159; Günseli Öztekin-Gelgel, ‘Türk Devletler Özel Hukukunda Velayet ve Vesayet Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Bazı Problemler’ (2015) 35 (2) MHB 107, 138; Ebru Şensöz-Malkoç, *Aile Hukukuna İlişkin Yabancı Kararların Tanınması* (On İki Levha Yayıncılık, 2017) 236; Bilgin Tiryakioğlu, ‘Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunmasına İlişkin Önlemler Hakkında Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Sözleşme’ (Beta Basım, 1999) Nihal Uluocak’a Armağan 409, 413; Nuray Ekşi, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi* (1st edn, Beta Basım, 2011) 217-234.
- 27 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Kanun Numarası: 2709, Kabul Tarihi: 18.10.1982 RG: 9.11.1982/17863 (Mükerrer)

devlet, çocuklara yönelik tedbirleri almakla yükümlü olacaktır (m.41/son). Söz konusu bu sorumluluk, çocuğun üstün menfaatinin gerektiği durumlarda vesayet altına alınmasını ve hatta öncesinde tedbiren korunmasını, barınmasını ve beslenmesini de içerir.

Türk hukukunda çocuğun vesayetinin detaylı düzenlendiği kanun ise 4721 sayılı Türk Medeni Kanunudur<sup>28</sup>. Kanunun, Aile Hukuku kitabının üçüncü kısmı münhasıran vesayet ilişkisine ayrılmıştır. TMK.'nın 404. maddesi küçüklerin, vesayet altına alınabilecek kişilerden olabileceğini ve de velayet altında bulunmayan her küçüğün vesayet altına alınacağını güvence altına almıştır.

Vesayete ilişkin diğer bir iç hukuk metni, Türk Medeni Kanununun Velayet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Tüzük'tür<sup>29</sup>. Tüzüğün 9. maddesine göre, velayetin, ana ve babanın her ikisinden birlikte kaldırıldığı veya ana ve babadan birinden velayetin kaldırılması çocuğun vesayet altına alınmasını gerektirdiği hallerde, hakim velayetin kaldırılmasına ilişkin hükmün kesinleşmesinden sonra vasi atanması için durumu çocuğun yerleşim yerindeki vesayet makamına bildirmek zorundadır. Vesayet makamı da, yapılan bu bildirim üzerine Türk Medeni Kanununun hükümlerini uygulayarak vasi atamasını yapar.

Çocuğun vesayetine ilişkin hükümler içermemekle birlikte, çocuğun korunması, bakımı ve barınmasına ilişkin tedbirler hakkında düzenlemeler içermesi sebebiyle 2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanununa<sup>30</sup> yer vermek gerekir. Kanunun 3/b maddesine göre, anasız veya babasız, ana ve babasız, ana veya babası veya her ikisi de belli olmayan, ana ve babası veya her ikisi tarafından terkedilen, veya ana veya babası tarafından ihmal edilip; fuhuş, dilencilik, alkollü içecekleri veya uyuşturucu maddeleri kullanma gibi her türlü sosyal tehlikelere ve kötü alışkanlıklara karşı savunmasız bırakılan ve başıboşluğa sürüklenen çocuklar, koruma altına alınacaklardır. Bu çocuklar hakkında gerekli tedbir kararı, yetkili ve görevli mahkemece alınacaktır. Haklarında derhal koruma tedbiri alınmasında zorunluluk görülen çocuklar ise, mahkeme kararı alınıncaya kadar bakım altına alınacaklardır (m.22/2). Görüldüğü üzere Türk hukuku bakımından, Türkiye'de bulunan çocuk ister vatansız isterse herhangi bir yabancı devlet vatandaşı olsun, koruma altına girmesi gereken çocuklardan ise, görevli ve yetkili mahkemeden kendisi hakkında tedbir kararı alınacak ve bu işlemlerin tamamlanmasına kadar geçecek süre zarfında da bakım altına alınacaktır. Yapılan iş ve işlemler hakkında veli veya vasiye derhâl bilgi verilecektir (Ek madde 9).

İç hukukta çocuğun vesayetiyle ilgili diğer bir düzenleme, 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunudur<sup>31</sup>. Kanunun 7/7. maddesi gereğince görevli ve yetkili mahkemeler,

28 Türk Medeni Kanunu, Kanun Numarası: 4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001, RG: 8.12.2001/24607

29 RG: 10.08.2003/25195.

30 Kanun Numarası: 2828, Kabul Tarihi: 24.05.1983, RG: 27.5.1983/18059

31 Kanun Numarası: 5395, Kabul Tarihi: 03.07.2005, RG: 15.07.2005/25876



korunma ihtiyacı olan çocuk hakkında, koruyucu ve destekleyici tedbir kararları alabilecekleri gibi; Türk Medenî Kanunu hükümlerine göre vesayet veya kayyımılık gibi hususlarda da karar vermeye yetkilidirler.

### III. Vesayet İlişkisinin Vasıflandırılması

Türk hukukunda çocuğun vesayeti, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda Aile Hukukunu düzenleyen ikinci kitabının üçüncü kısmında<sup>32</sup> düzenlenmiştir<sup>33</sup>. Bu nedenle Hâkimin hukukuna (lex fori'ye) göre hayat ilişkisi vasıflandırma yapılacağı olduğunda, çocuğun vesayeti, şahsın hukukuna değil aile hukuku müessesesi kapsamına girmektedir<sup>34</sup>. MÖHUK'un 10. maddesi vesayet ve kısıtlılığını aynı başlık altında düzenlemeyi tercih etmiş ve de vesayet ilişkisi bakımından ergin kişi ile çocuk arasında bir fark gözetmeksizin, vesayet ilişkisini bağımsız bir madde başlığı altında toplamıştır. Oysa kısıtlılık, ergin kişiler bakımından söz konusu olduğundan ve fiil ehliyetinin kısıtlanması sonucunu doğurduğundan bir yönüyle şahsın hukukuna ilişkin bir meseledir (TMK. m.16).

Diğer taraftan, lex causae vasıflandırma yapıldığında şayet yabancı hukuk çocuğun vesayetini aile hukuku kapsamında değil, şahsın hukuku kapsamında ele alır ve fiil ehliyetinin kısıtlanması olarak nitelendirir ise, bu taktirde MÖHUK'un 9. maddesi dikkate alınarak, mesele çözüme kavuşturulacaktır.

Evlat edinilen çocuklar bakımından, evlat edinenin, evlatlığın şahsı üzerindeki koruma ve himaye sorumluluğunun hukuki dayanağının velayet mi<sup>35</sup> yoksa vesayet mi olduğu tartışma konusu olabilir. Türk hukuku bakımından evlat edinen ile evlatlık arasındaki ilişki, velayet ilişkisi olmakla birlikte, yabancılık unsuru taşıyan evlat edinme ilişkisi bakımından farklı sonuçlar ortaya çıkabilir. Şu halde, yabancılık unsuru içeren evlat edinme ilişkileri bakımından lex fori vasıflandırma yapılacak olduğunda; MÖHUK 18/3 gereği evlat edinenin milli hukukuna bakılarak; şayet eşler birlikte evlat edinmişler ise evlenmenin genel hükümlerine uygulanacak hukuk (MÖHUK 13/3) esas alınarak, evlat edinen ile evlatlık arasındaki hukuki ilişkinin niteliği tespit edilecektir. Buna mukabil, lex causae vasıflandırma yapılacak olur ise, ilk önce MÖHUK 18/3 gereğince yetkili hukukun nitelendirdiği kavram esas alınacak, sonrasında bu kavramın

32 Bilge Öztan, *Türk Medeni Kanunu* (Turhan Kitabevi, 2002) XXIV

33 Mehaz kanun olan İsviçre Medeni Kanununda vesayet başlıklı olan kısım, 19.12.2008 tarihli Federal Kanun ile 01.01.2013 tarihinden geçerli olmak üzere "Yetişkinlerin Korunması" başlığı altında yeniden düzenlenmiştir. Bkz. İlhan Helvacı, *Gereğçeli – Karşılaştırmalı – İçtihatlı – Notlu Türk Medeni Kanunu* (On İki Levha Yayıncılık, 2013) Cilt II, 625

34 Türk Milletlerarası Özel Hukuk kitaplarında çocuğun vesayetini sistematik olarak, olması gerektiği gibi aile hukuku bölümünde inceleyip, değerlendiren eserler için Bkz. Vahit Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk* (6th edn, Savaş Yayınları, 2020) 360 vd.; Ergin Nomer, *Devletler Hususî Hukuku* (22nd edn, Beta Basım, 2017) 290 vd.; Gülören Tekinalp and Ayfer Uyanık, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları* (12th edn, Beta Basım, 2016) 195 vd.

35 Türk maddi hukuku bakımından, evlat edinmekle, ana ve babaya ait olan bütün hak ve yükümlülükler, evlat edinene geçtiğinden (TMK m. 314/1) evlat edinen, küçüğü evlat edinmekle, evlatlığı üzerinde velayet hak ve sorumluluğuna sahip olur. Evlat edinenin ölümü halinde, velayet hakkı kendiliğinden biyolojik anne ve babaya geçmez. Hakim bu halde, gerekli görür ise velayeti, biyolojik ana ve babaya geri verebileceği gibi uygun görmez ise çocuğa vasi tayin edebilir. (Öztan (n 1) 1001)

MÖHUK'ta karşılığı olan düzenlemeye bakılarak yetkili hukuk uygulanarak, mesele çözüme kavuşturulacaktır.

1996 tarihli Velayet Sözleşmesi'nin kapsamına giren hayat ilişkileri bakımından, çocuk ile vasi arasındaki vesayet ilişkisinin (m.3/a<sup>36</sup> ve 3/c) hukuki niteliği veya vasıflandırılması; sözleşmenin 15/1. maddesine göre davaya bakan mahkemenin iç hukukuna veya 16. maddesi gereğince çocuğun mutad meskeninin devletinin hukuku esas alınarak yapılacaktır.

Kimi devletlerin hukuk düzenlemelerinde, çocukların korunması farklı müesseselerle güvence altına alınmaktadır. Örneğin, Fas hukukunda yer alan Kafala müessesesi, vesayetten farklıdır. Kafala müessesesinde, mahkeme veya idari makam kararıyla, çocuk, Müslüman bir aileye barınması, iâşesi ve eğitimiyle sınırlı olarak tevdi edilmektedir<sup>37</sup>.

Çocuk ile ona bakan kişi veya kurum arasındaki hukuki ilişkinin vesayet mi, kafala mı<sup>38</sup> yoksa kayımlık mı veya diğer bir hukuki koruma türü mü olduğu, lex fori vasıflandırma yapılacak olduğunda davaya bakan mahkemenin hukukuna, lex causea vasıflandırma yapılacak olduğunda ise, hukuki ilişkinin esasına uygulanan hukukun yaptığı nitelendirme referans alınarak hayat ilişkisi vasıflandırılacaktır.

Son olarak belirtelim ki; vesayete ilişkin vasıflandırma, hüküm ve sonuçları üzerinde de kendini gösterebilir. Çocuk üzerinde vesayet sahibi olan vasinin gaipliğine karar verilmesi durumunda, vesayet ilişkisinin sona erip ermeyeceği, gaipliğin hüküm ve sonuçlarına mı yoksa vesayet hüküm ve sonuçlarına mı bağlanacaktır sorusu gündeme gelebilir. Şayet, gaiplik kararının, çocuk üzerindeki etkisi gaipliğin hüküm ve sonuçlarına bağlanacak olursa, MÖHUK madde 9 gereğince ehliyete uygulanacak hukuka göre karar verilmelidir<sup>39</sup>. Buna karşılık vesayet hüküm ve sonucundan olduğu kabul edilecek olursa, (MÖHUK 10/1 hükmü gereğince çocuğun milli hukuku uygulanmayacak olup onun yerine) 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi uyarınca çocuğun mutad meskeni hukuku uygulanarak hüküm verilecektir.

Çocuğun mutad meskeni şayet Türkiye'de ise, vasinin gaipliğine, karar verilebilmesi için belirli bir süre geçeceğinden ve bu süreler içerisinde vesayet altında bulunan çocuğun korunması gerekli olduğundan TMK. 483/2 hükmü referans alınarak, vasi görevden alınabilir<sup>40</sup>. Şayet vasi hakkında önceden verilmiş bir gaiplik kararı var ise bu

36 Sözleşme her ne kadar velayet ilişkisinin nitelendirilmesinin sözleşme kapsamında olduğunu açıkça yazmış olmasına karşın vesayet için böyle bir açıklama getirmemiş olsa da, sözleşmenin 1/2 maddesinde velayet sorumluluğu kavramının içeriğine vesayetin de girdiğini belirtildiğinden; vesayetin nitelendirilmesinin de sözleşme kapsamında olduğunun kabulü gerekir.

37 Lagarde Report (n 15) paragraf 23, 547

38 Kafala müessesesi, sözleşmenin kapsamı dahilindedir. Bkz. m. 3/1/e

39 MÖHUK'un 11. maddesi gaiplik ve ölmüş sayılma kararlarının verilmesini düzenlemiş ancak hükümlerine uygulanacak hukuka yer vermemiştir.

40 Hüseyin Tokat, 'Gaipliğin Aile Hukuku Yönünden Sonuçları' (2017) 25 (2) SÜHFD 565

taktirde, TMK. m.479 gereğince vesayet sorumluluğunun sona erdiği kabul edilmelidir. Vasi olan kişinin gaipliğine karar verilince vasilik görevi sona erse de vesayet altında bulunanın çocuğun vesayet durumu sürmeye devam edecektir<sup>41</sup>.

#### IV. Mukayeseli Hukukta Çocuğun Vesayeti

Kimi devlet hukuklarında, vesayet müessesinin bazı yönleri, ayrı ayrı bölümlerde değil, velayet ile birlikte ele alınıp, düzenlenmiştir. Danimarka ve Çek hukukları bu duruma birer örnektir<sup>42</sup>. Danimarka hukukunda vasi (væрге) sadece vesayet altındaki çocuğun mali işlemleri bakımından yetkili ve sorumlu tutulmuştur<sup>43</sup>.

[B]azı devletlerin hukuklarında ise vesayete ilişkin yetkiler farklı kişiler arasında paylaştırılmaktadır. Örnek vermek gerekirse; Portekiz hukukunda vesayet kurumu kendi içinde ikiye ayrılarak, çocuğu korumaktadır. Portekiz hukukunda, atanmış olan vasi (guardião), vesayet altındaki çocuğu farklı hukuki meselelerde temsil ederken, (tutor) ise vesayet altındaki çocuğa karşı ebeveynin sahip olduğu yetkilerle donatılarak, çocuğu koruyup, gözetmekle yükümlü tutulmaktadır. Slovakya hukuku da benzer anlayışa sahiptir. Vasi olarak atanan (opatrovník), çocuğu mahkemeleri ilgilendiren ve yetkisine giren işlemlerde temsil ederken, (poručník) olarak isimlendiren vasi ise, çocuğun güvenliği ve esenliği için yetkilendirilmiştir<sup>44</sup>.

[K]imi devlet hukuku ise, vesayet altına alınmayı gerektiren öznel durumunu esas alarak, çocuğun vesayetini bir kişi veya kurum üzerinde bırakabilmektedir. İspanyol hukuku bu duruma örneklerden biridir. İspanyol hukukuna göre, yabancı devlet vatandaşı çocuğun mağduriyetinin sebebi, insan ticareti veya istismarından kaynaklanıyor ise; Medeni Kanununun 222-228 maddeleri gereğince, çocuğun bulunduğu çevrede yaşayan aile üyelerinden veya akrabasından birini vasi olarak atamaktadır. Şayet yaşadığı veya bulunduğu çevrede, böyle bir akrabası yok ise, bu taktirde (İspanyol Medeni Kanununun 172-174. maddelerine istinaden) kamu hizmeti sunan bir kamu merciini vasi olarak yetkilendirmektedir. Yunan Medeni Kanunu da benzer düzenlemeye sahiptir (Medeni Kanununun m.1600).<sup>45</sup>

[Ç]ocuğun vesayeti için kamu makamı, vasi olarak atanacağı vakit, kimi Avrupa Birliği üye devlet hukuklarında, kurumda görev yapan bir kişi özel olarak çocuk için yetkilendirilmektedir. Buna örnek devletler, Avusturya, Hollanda ve Polonya hukuklarıdır. Buna karşılık, diğer birlik üyesi devletler ise, kamu kurumunun başkanını,

41 Aydın Zevkliler, Beşir Acabay and Emre Gökyayla, *Zevkliler Medeni Hukuk* (6th edn, Seçkin Yayıncılık, 1999) 585; Turgut Akıntürk and Derya Ateş-Karaman, *Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku* (17th edn, Beta Basım, 2015) Cilt II 545

42 Guardianship Systems For Children Deprived of Parental Care in The European Union (European Union Agency for Fundamental Rights, Publications Office of the European Union, 2015) 22

43 Guardianship Systems For Children Deprived of Parental Care in The European Union (n 42) 23

44 Guardianship Systems For Children Deprived of Parental Care in The European Union (n 42) 23

45 Guardianship Systems For Children Deprived of Parental Care in The European Union (n 42) 24

yöneticisini veya hukuki temsilcisini vasi makamı olarak yetkilendirmektedir. Bu uygulamaya örnek, Bulgaristan, Güney Kıbrıs, İtalya, Litvanya, Portekiz ve Romanya hukuklarını gösterebiliriz. Kimi devlet ise, bazı işlemler için savcılık makamını, çocuğun vesayeti bakımından yetkilendirmektedir. Mesela, vesayet altındaki çocuğun okula kaydına ilişkin işlemler, Yunan hukukunda bizzat savcı tarafından talep edilmektedir.<sup>46</sup>

Kimi devlet hukukunda ise çocuğun vesayeti için, tek bir merkeze bağlı bir kamu makamı bulunmamaktadır. İngiliz, Galler ve Kuzey İrlanda'da, çocuğun bulunduğu mahaldeki yerel makamlar sadece çocuğun bakımıyla sınırlı kalarak yetkilendirilmektedir. Bu yerel makamların, çocuk adına hukuki işlem yapmak veya işlemleri yürütmek için yasal temsil yetkileri bulunmamaktadır.<sup>47</sup>

[K]imi devlet hukuklarında çocuk, belli bir yaş üstünde ise, hakkında vesayet kararı küçüklüğü sebebiyle verilmemektedir. Birleşik Krallıkta 16 yaşını tamamlamış çocuklar bakımından<sup>48</sup>, İskoç hukukunda ise 15 yaşını tamamlamış çocuklar hakkında, küçüklüğe dayalı vesayet kararı verilememektedir.<sup>49</sup>

Avrupa Birliği'ne üye devletlerde, çocuk üzerindeki kamu vesayeti sorumluluğu genel olarak ya bölgesel ya da yerel makamlarca yürütülmektedir. Belçika, Finlandiya ve Polonya'da ulusal seviyede yetkilendirilen merkezi vesayet makamı sadece kimsesiz çocuklar bakımından yetkiliyken; Danimarka ve İngiltere'de ise, kimsesiz çocuklar için yetkilendirilen vesayet makamı, bölgesel kurumlardır<sup>50</sup>.

Vesayet makamının denetimi, Avrupa Birliği ülkeleri bakımından çoğunlukla mahkemelerce yapılmaktadır. Bunun istisnası, Bulgar, Güney Kıbrıs, İspanyol, Hırvat, Macar, İrlanda, İsveç ve Slovenya hukuklarında yer almaktadır. Bu sayılan devletlerin hukuklarında, çocuğun vesayet makamının denetimi idari makamlara aittir<sup>51</sup>.

[Ç]ocuğun vesayeti bakımından, vasinin sorumluluğunun kapsamı önemlidir ve doğaldır ki bu sorumluluk, devletten devlete farklılık göstermektedir. Hollanda hukukunda, vasi, velilerle aynı sorumluluğa sahip olup çocuğun eğitiminden ve gözetilmesinden sorumlu olmakla birlikte vasinin, çocuğu yetiştirmek gibi doğrudan kendisine izafe edilen bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Finlandiya hukukunda ise, vasinin çocuğa yeteri derece ihtimam göstermesi gerekir ancak onu bizzat büyütmek ve yetiştirmek gibi mükellefiyeti yoktur.<sup>52</sup>

46 Guardianship Systems For Children Deprived of Parental Care in The European Union (n 42) 24. Bkz. Yunan Kanunu 2447/96 m. 49-52

47 Guardianship Systems For Children Deprived of Parental Care in The European Union (n 42) 25

48 Bkz. 1989 tarihli Children Act, Section 20

49 Guardianship Systems For Children Deprived of Parental Care in The European Union (n 42) 26

50 Guardianship Systems For Children Deprived of Parental Care in The European Union (n 42) 27

51 Liste için bkz. Guardianship Systems For Children Deprived of Parental Care in The European Union (n 42) 50, 51

52 Guardianship Systems For Children Deprived of Parental Care in The European Union (n 42) 54

Hırvatistan, İtalya, Polonya ve İspanyol hukuklarında ise, vasinin yetkisi, veliler kadar geniş olmayıp, çocuğu ilgilendiren tüm önemli işlemlerde mahkemelerden (Hırvatistan bakımından ise Sosyal Refah Merkezi olan idari merciden) onay almak zorundadır<sup>53</sup>.

Avrupa Birliği üye devletlerinde, tümünde çocuğun vesayetine ilişkin olarak, vasinin yetkilerinin detaylı şekilde listelendiğini söylemek pek mümkün değildir. Buna karşılık, Litvanya Medeni Kanunu'nda<sup>54</sup> diğer üye devletlerden farklı olarak vasinin görevleri son derece detaylı olarak sayılmış ve sıralanmıştır.

## V. Vesayet Kavramının Kısıtlılık Kavramından Farkı

Kısıtlılık, şahsi ve mali menfaatlerini korumak iktidar ve ehliyetinden yoksun olan ergin kişilerin korunması amacıyla, kişinin bakımını, gözetimini ve malvarlığına ilişkin yararlarının korunmasını ve temsilini öngören hukuki bir müessesedir<sup>55</sup>. Türk hukuku özelinde, kısıtlılığın sadece ergin kişiler bakımından söz konusu olduğu; buna mukabil vesayetin ise çocuklar bakımından geçerli olduğu kabul edilmektedir<sup>56</sup>. Kısıtlılık, ergin bir kişinin fiil ehliyetinin mahkeme kararıyla tamamen veya kısmen kaldırılmasını ifade eder<sup>57</sup>. Kısıtlılık kararıyla, başta kişinin kendi menfaati, dolaylı olarak da üçüncü kişilerin menfaati korunmaktadır. Kısıtlılık kararı, kişinin ehliyetsiz olduğu veya fiil ehliyetinin sınırlandırılmasının gerektiği durumlarda alınır.

Türk hukukunda, kısıtlılık sebepleri kanunla düzenlenmiştir. Kanunda düzenlenen sebepler dışında, kişi hakkında kısıtlama kararı alınamaz. TMK.'nın 405-408. maddeleri gereğince, ergin kişinin, akıl hastası veya akıl zayıflığının olması veya kendi işlerini hiç veya gereği gibi görememesi, sürekli yardım ve gözetime ihtiyacının olması, başkalarının güvenliğini tehlikeye sokması, alkol ve uyuşturucu madde bağımlısı olması, savurgan olması, kötü yaşam tarzına sahip olması veya malvarlığını kötü yönetmesi başlıca kısıtlanma sebebidir. Bunun yanında, ergin kişinin bir yıl veya daha uzun süreli özgürlüğü bağlayıcı bir cezaya mahkum olması durumu da kısıtlanma sebebidir. Kimi hallerde ise ergin kişi kendi isteği üzerine kısıtlanabilmektedir. Nitekim yaşlılığı, sakatlığı, deneyimsizliği veya ağır hastalığı sebebiyle işlerini gerektiği gibi yönetemediğini ispat eden ergin kişi kısıtlanmayı kendi talep edebilmektedir.

## VI. Vesayet ile Velayet Kavramları Arasındaki Farklar

Velayet ve vesayet, Türk Medeni Kanununun Aile Hukuku kitapçığında düzenlenmiştir. Ne var ki; velayet ve vesayet kurumları birbirlerinden ayrı tutulmuşlardır. Bununla birlikte, velayete ilişkin kimi hükümlerde vesayete göndermeler yapılırken (TMK.

53 Guardianship Systems For Children Deprived of Parental Care in The European Union (n 42) 54

54 Litvanya Medeni Kanunu m. 3.271

55 Öztan (n 1) 1257

56 Turgut Akıntürk, *Aile Hukuku* (7th edn, Beta Basım, 2002) Cilt II 466

57 Öztan (n 1) 1276

335/2 , 342/3) vesayete ilişkin bazı hükümlerde ise velayete atıflar olmuştur (TMK. 445/2)<sup>58</sup>. Ana baba dışındaki üçüncü kişiler, çocuk üzerinde velayet hakkı sahibi olamazlar<sup>59</sup>. Bu kişiler ancak vasi olabilirler<sup>60</sup>. Çocuk aynı zamanda hem velayet hem vesayet altında olamaz<sup>61</sup>. Ancak her iki kavram da çocuğun korunmasına yöneliktir. Benzer amaçlara hizmet ederler. Hatta Türk hukuku özelinde, velayetle ilgili konularda hüküm bulunmaz ise; niteliği ile bağdaştığı ölçüde vesayete ilişkin kurallar uygulanacaktır. Mesela, velayet altındaki çocuğun fiil ehliyeti, vesayet altındaki çocuk gibidir (TMK 343/1). Benzerliklerine rağmen velayet ile vesayet arasında birçok farklılık da bulunmaktadır. Bunlar şöyle sıralanabilir:

Velayet, soy bağından kaynaklanırken, vesayet ise kanundan ve mahkeme kararıyla doğar<sup>62</sup>. Velayet, anne ve babaya tanınan bir hak ve sorumluluk iken, vesayet, vasiye tevdi edilen görev ve sorumludur. Velayet sahibi olan veli, kural olarak çocuğu temsil yetkisine sahiptir ve ancak istisnai olarak sadece kendisiyle çocuk arasındaki, kendi lehine yapacağı hukuki işlemler için bu temsil yetkisi kısıtlanmaktayken; vasi, TMK madde 462 ve 463. maddelerde gösterilen işlemleri yapmak için hâkimin iznini almak durumundadır.

Çocuğun yetiştirilmesinde veli, çocuğun bakım ve geçimini bizzat kendi imkanlarıyla karşılarken, vasinin böyle bir yükümlülüğü yoktur. Vasi, çocuğun infak ve iaşesini, çocuğun malvarlığından karşılar. Vasi, çocuğa göstereceği dikkat ve ihtimam için yaptığı masrafları, çocuğun ana babasından ister. Şayet, vesayet altındaki çocuğun ana babası hayatta değil ise veya masrafları karşılayacak mali imkanlara sahip değilse, çocuğun malvarlığına başvurur (TMK. 327/2) ve oradan karşılar. Çocuğun, kendi malvarlığı yok ise, bakım nafakası yükümlülerinden bu masraflar karşılanır (TMK 364).

Vesayet altındaki kişinin yerleşim yeri, kısıtlamaya karar veren vesayet makamının bulunduğu yerdir. (TMK. 21/2) Buna karşılık, velayet altındaki çocuğun yerleşim yeri ise, velayet sahibinin yerleşim yeridir.

Vasi, vesayet altına alınan kişinin malvarlığına ilişkin defter tutmak ve vesayet makamının belirleyeceği zamanlarda vesayet makamına hesap vermek zorundayken; veli ise, velayet altındaki çocuğun malları için herhangi bir makama hesap vermez. Vasi, yaptığı hizmetler için ücret talep edebilirken, veli yaptığı hizmetler için herhangi bir ücret talep edemez.

58 Emine Akyüz, *Çocuk Hukuku* (3rd edn, Pegem Akademi, 2013) 287

59 Bunun istisnası, evlat edinen ile evlatlık arasındaki ilişkidir. Evlat edinen, evlatlık üzerinde velayet hak ve sorumluluğuna sahiptir.

60 Ziya Akıncı and Cemile Demir Gökyayla, *Milletlerarası Aile Hukuku* (Vedat Kitapçılık, 2010) 146

61 Selma Bakır Çetiner, *Velayet Hukuku* (Yetkin Yayınları, 2000) 49

62 Öztan (n 19 1259

Vasi, azledilebileceği gibi şartları varsa istifa edebilir. Buna karşılık velayet ilişkisinde, velinin azli veya istifası söz konusu olmaz.<sup>63</sup>

## VII. Vesayet İlişkisinde Yabancılık Unsuru

Çocuğun vesayet altına alınması söz konusu olduğunda, bu hayat ilişkisinde yabancı unsur olup olmaması uygulanacak hukuk bakımından önem arz etmektedir. Şayet hiçbir yabancılık unsuru yok ise, vesayete ilişkin her sorun, Türk Medeni Kanunu ve ilgili mevzuat çerçevesinde karara bağlanacaktır.

Buna karşılık vesayet ilişkisinde yabancılık unsuru olabilir. Vesayet ilişkisinde yabancılık unsuru, bizzat çocuğun kendisinden yani çocuğun vatansız olmasından ya da yabancı devlet vatandaşı olmasından doğabileceği gibi mülteci veya şartlı mülteci olmasından da kaynaklanabilir. Bunların dışında, çocuğun vesayeti bakımından yabancı unsur, çocuğun yerleşim yerinin veya mutad meskenin yabancı bir devlette bulunmasından kaynaklanabilir. Diğer bir yabancılık unsuru ise, vasinin ikametgahının veya mutad meskeninin yabancı bir devlette olması olabilir.

Ana ve babası belli olmayan kimsesiz çocuğun, vesayet ilişkisine süje yönünden yabancılık unsuru verebileceği düşünülebilir. Ancak, 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununun 8/2 maddesine istinaden Türkiye’de bulunan çocuğun aksi sabit olmadıkça Türkiye’de doğduğu kabul edilmiştir. Türkiye’de bulunan kimsesiz çocuk, Nüfus Hizmetleri Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik<sup>64</sup> hükmüne<sup>65</sup> istinaden aile kütüğüne tescil edilir ve Türk vatandaşlığını kazanır<sup>66</sup>. Bu nedenle terk edilmiş küçük çocuklar yönünden yabancılık unsurunun vatandaşlık işlemlerinin tamamlanmasına kadar geçecek çok kısa bir süre için, söz konusu olacağını söyleyebiliriz. Buna mukabil, çocuk şayet yaşça büyük ve de kendini ifade edebilecek durumda ise terkedilmiş olsa dahi, kendisinden ana babasının kimlik bilgileri ve vatandaşlığı hakkında bilgi alınıp, araştırma yapıldıktan sonra elde edilen sonuca göre hareket edilmelidir.

Diğer taraftan, vesayet makamının veya vesayet sorumluluğunu üstlenecek vasinin yabancı devlet vatandaşı veya yabancı bir devlet tüzel kişisi olması da, hayat ilişkisine yabancılık unsuru verecektir.

63 Öztan (n 1) 1259-1263; Selma Baktır Çetiner (n 61) 49-51

64 RG: 23.11.2016/26355.

65 Yönetmeliğin 32. madde hükmüne göre, Yaşının küçüklüğü nedeniyle kendisini ifade edemeyen bulunmuş çocuklar kolluk görevlilerinin veya ilgili kurumların bu durumu belirten tutanaklarına veya ilgililerin beyanlarına dayanılarak buldukları yerin nüfus kütüklerine tescil edilir. Nüfus Hizmetleri Uygulama Yönetmeliği'nin 75. maddesi uyarınca 29.9.2006 tarih ve 2006/11081 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla yürürlüğe konulan Nüfus Hizmetleri Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik yürürlükten kaldırılmıştır. RG.9.5.2020-31122. Yeni Yönetmelik, kimsesiz çocuklar bakımından nüfusa bildirim yükümlülüğü getirmektedir. Buna göre,kimsesiz çocukların doğumuna ilişkin bildirim, Nüfus Hizmetleri Uygulama Yönetmeliğinin 14/1 hükmü gereğince, çocuğu yanında bulunduranlar tarafından, doğumunu gösteren resmî belgeye veya sözlü beyana dayalı olarak yapılacaktır.

66 Bkz. Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik m. 12/3. (RG: 6.4.2010/27544)

Şayet çocuk velayet altında olmakla birlikte, velisinin ve velilerinin özel durumundan ötürü velayet sorumluluğu kendilerinden alınıp, vesayet altına alınacak ise; velilerinin yabancı devlet vatandaşı olması veya yabancı bir devlette ikametgâhlarının veya mutad meskenlerinin olması da hayat ilişkisine yabancılık unsuru verebilecektir. Ancak vesayet altına alınacak çocuk bakımından bu örnekte yer alan hayat ilişkisindeki yabancılık unsurunun doğrudan değil dolaylı olduğu söylenebilir.

### **VIII. Çocuğun Vesayetinde Ön Mesele Olarak Çözüm Bekleyen Sorunlar**

Yabancılık unsuru içeren vesayet uyuşmazlığı bakımından, davaya bakan mahkeme öncelikle çocuk üzerindeki velayet sorumluluğunun sona erip ermediğini tespit etmek veya karara bağlamak zorunda kalabilir. Bu durumda velayetin sona erip ermemesi ön mesele, vesayet talebi ise esas sorun olacaktır. Burada sorun, ön mesele denilen ihtilafın hangi hukuka göre çözümleneceğinde toplanmaktadır. Ön mesele teşkil eden sorun, yabancı unsurlu bir ihtilaf olduğuna göre; bu mesele asıl sorundan bağımsız müstakil olarak kanunlar ihtilafı kurallarının yetkili kıldığı hukuka göre mi çözülecektir yoksa ön mesele, asıl sorunun bir unsuru veya parçası olarak değerlendirilip, asıl meselenin esasına tatbik edilecek hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının yetkili kıldığı hukuka göre mi çözümlenecektir? Birinci yöntemde, ön mesele, davaya bakan hakimin kanunlar ihtilafı kurallarını dikkate alarak meseleyi çözümler ki buna *lex fori* yöntemi denir. Buna karşılık, ikinci yöntemde ise ön mesele, esas meselenin esasına tatbik edilecek hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının yetkili kıldığı hukuka göre çözümlenir ki, bu yönetime *lex causae* yöntemi denir<sup>67</sup>.

1996 tarihli Lahey Sözleşmesi tahtında, Sözleşme'nin 16 ila 18. maddelerinde düzenlenen kanunlar ihtilafı kuralları; çocuk ile vasi arasında vesayet ilişkisinin tesis edilmesi veya kurulmasına dair “ön mesele”ye uygulanacak hukuku düzenlememektedir. Bu nedenle, vesayet ilişkisinin devamı bakımından, çocuk ile vasi arasında önceden kurulmuş geçerli bir vesayet ilişkisinin bulunup bulunmadığı ön meselesi, *lex causae* mi yoksa *lex fori* mi kanunlar ihtilafı kurallarına göre çözüleceği her akit devletin kendi iç hukukuna bakılarak çözüme kavuşturulacaktır<sup>68</sup>.

#### **A. Ön Mesele Olarak Çocuk ile Ana ve/veya Babası Arasında Soybağı İlişkisinin Yokluğu**

Çocuğun vesayet altına alınabilmesi için, çocukla biyolojik anne ve babası arasında hukuken geçerli bir soybağı ilişkisinin kurulmamış olması gerekir. Mahkemece, öncelikle vesayet altına alınması talep edilen çocuğun, velayet altında olup olmadığına bakılacaktır. Çocuğun, şayet annesi veya babası belli değilse ise, bu taktirde soybağına bağlı velayet ilişkisi kurulamayacağından, çocuk vesayet altına alınacaktır.

67 Çelikel and Erdem (n 21) 131-139; Cemal Şanlı, Emre Esen and İnci Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, (7th edn, Beta Basım, 2019) 95 vd.; Doğan (n 34) 222-227; Nomer (n 34) 138-143; Tekinalp and Uyanık (n 34) 40-41

68 Bu hususta, *lex causae* vasıflandırma önerilmektedir. Bkz. Lagarde (n 15) paragraf 102, 579.



Velayet, soybağının bir sonucu olması sebebiyle, çocukla annesi ve/veya babası arasında hukuken geçerli bir soybağı ilişkisinin<sup>69</sup> var olup olmadığının öncelikle tespiti gerekir. Çocuk hakkında geçerli bir soybağı ilişkisi tesis edilememesinden sonradır ki ancak, çocuk hakkında vesayet kararı verilebilsin. Lex fori yöntemi esas alınarak vasıflandırma yapılacak olduğunda çocukla soy bağı ilişkisinin kurulup kurulmadığı MÖHUK'un 16. maddesi hükümlerine göre belirlenecektir. Şayet lex causae vasıflandırma yapılacak olur ise, 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin dikkate aldığı bağlama noktası çocuğun bulunduğu devlet hukuku (m.15/1) olduğundan ve bu hukukta MÖHUK m.10/1'i yetkilendirdiğinden ön mesele, çocuğun milli hukukuna veya mutad meskeni Türkiye'de ise Türk hukukuna göre çözüme kavuşturulacaktır.

### **B. Ön Mesele Olarak Çocuğun Ana ve Babasıyla Olan Velayet İlişkisinin Sona Ermiş Olması**

Çocuğun vesayetini gerektiren sebeplerin biri, velayetin sona ermesi yani velayet sorumluluğunun anne ve babasının yetkisinden alınmış olmasıdır. Burada dikkat edilmesi gereken husus, çocukla anne, babası arasında var olan mevcut soybağı ilişkisinin sona ermesi değil; bilakis velayet sorumluluğunun, anne ve babasının kontrolünden ve denetiminden çıkmasıdır. Velayet sona ermiş olsa dahi çocuğun, anne ve babasıyla kurulmuş olan soybağı ilişkisi mevcudiyetini korumaya devam eder. Ancak çocuğun vesayet altına alınabilmesi için, velayet sorumluluğunun sona ermiş olup olmadığı bir ön sorun olarak davaya bakan mahkemece değerlendirilmek zorundadır. Doktrinde, çocuğun soybağının, esas meselenin (yani vatandaşlığın) tabii olduğu hukuka göre çözümlenmesi gerektiği ifade edilmektedir<sup>70</sup>. 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi bakımından ise, 16. ve 18. maddeleri gereği, çocuğun mutad meskeni devleti hukukuna göre vasıflandırma yapılması gerekir.

### **C. Ön Mesele Olarak Velayeti Sona Erdiren Yabancı Mahkeme Kararının Tanınması**

Çocuk üzerindeki velayet sorumluluğunun sona ermesi, şahsi statüsünde değişiklik getiren bir durumdur. Bu sebeple, yabancı statü kararlarının yenilik doğurucu etkileri, Türk kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmasına ihtiyaç görülmezsizin, doğrudan doğruya geçerli usul hükümlerine yani tanıma kararı verilmesiyle söz konusu olacaktır<sup>71</sup>.

69 Doktrinde, soybağının kuruluşuyla ilgili bağımsız bir vasıflandırma olarak, çocuk merkezli yaklaşımın esas alınması, "in favorem infantis" (*çocuk için en iyi olan, en lehe olana*) göre vasıflandırmanın yapılması gerektiği ileri sürülmüştür. Bkz. Esra Dardağan-Kıbar, 'Uluslararası Özel Hukukta Soybağı ve Velayete İlişkin Sorunlar' (2011) (Prof. Dr. Atâ Sakmar'a Armağan) GÜHFD 549

70 Tekinalp and Uyanık (n 34) 41

71 Nomer (n 34) 143

Çocuğun şahsi statüsünde yeni bir statü tesis eden yabancı mahkeme kararları, Türkiye’de ancak tanınmaları koşuluyla hüküm ifade ederler. Bu nedenle, çocuk hakkında kanundan ve mahkeme kararından doğan vesayet sorumluluğu, yabancı bir mahkeme kararı ile sona erdirildiği vakit, çocuğun velayeti anne veya babasından birini yeniden verilemiyor ise, çocuk hakkında vesayet kararı verilmesi gündeme gelebilir.

Türk mahkemesi, çocuk üzerinde velayet sorumluluğunu sona erdiren yabancı bir mahkeme kararını, bu kararın yenilik doğuran bir karar olması sebebiyle ancak tanınması suretiyle dikkate alabilecektir. Türk mahkemesi, velayet sorumluluğunu sona erdiren yabancı mahkeme ilamını şartları var ise, tanınmasına karar verdikten sonra; bunun hüküm ve sonuçları, yabancı mahkeme kararının kesinleştiği andan itibaren hüküm ifade edecektir (MÖHUK m.59). Ancak, 1996 tarihli Sözleşme, çocuğun velayetine ilişkin kararların, akit devletlerde kendiliğinden tanınmasını düzenlemektedir(m.23). Bir başka ifadeyle, ana kural, yabancı velayet kararının otomatik olarak tanınması olup, istisnası tanınmanın reddi davasının açılmasıdır<sup>72</sup>. Şu halde, ön mesele olarak velayet sorumluluğunun bir adli veya idari makamın kararıyla sona ermesi durumunda, Sözleşme hükümleri dikkate alınarak, tanınacak veya dava açılıp tanınmanın reddi kararı verilmiş ise tanınmayacaktır.

## IX. Yabancılık Unsuru Taşıyan Vesayet Meselelerine Uygulanacak Hukuk

Bu bölüm altında, a) vesayet kararı öncesi koruma tedbiri taleplerine uygulanacak hukuk b) çocuğun vesayet altına alınmasını gerektiren sebeplere uygulanacak hukuk c) vesayetlinin sürdürülmesi veya devam etmesi taleplerine uygulanacak hukuk d) çocuğun vesayetini sona erdirecek veya kaldırılmasını gerektiren nedenlere uygulanacak hukuk incelenecektir.

Çocuğun vesayetine ilişkin yukarıda belirttiğimiz hususlara uygulanacak hukuku belirlerken, öncelikle ikili bir ayırım yapılması gerekir. 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi’nin Türk iç hukuku bakımından yürürlüğe girmesinden önceki döneme ilişkin çocuğun vesayetine dair meseleler hakkında, MÖHUK’un 10. madde hükmü uygulanacak iken; Sözleşmenin yürürlüğe girmesinden sonra ise; çocuğun vesayetine ilişkin bir çok konuda sözleşme hükümlerinin uygulanacak olması sebebiyle MÖHUK madde 10 düzenlemesinin sınırlı bir uygulama alanı bulacağını söylemek mümkündür.

1996 tarihli Lahey Sözleşmesi’nin<sup>73</sup>, Türk hukuku bakımından yürürlüğe girdiği

72 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi’ne göre, velayete ilişkin tanıma kararlarının reddi sebepleri m. 23/2’de sayılmıştır. Detaylı bilgi için Ulusu-Karataş (n 22) 978-986

73 Türkiye, vatandaşlarının kısa süreliğine Schengen bölgesine vizesiz girebilmesini sağlamak amacıyla Avrupa Birliği ile görüşmelerde bulunmuş ve bunun neticesinde, Komisyon tarafından 20.10.2014 tarihli “Vize Serbestisi İçin Türkiye Tarafından Yerine Getirilmesi Gereken Yükümlülüklerle İlişkin Yol Haritası Raporu” hazırlanmıştır. Bkz. 20.10.2014 COM (2014) 646 final. Söz konusu Raporun, İngilizce metninin 26. ve 27. sayfalarında Türkiye’nin 1996 tarihli Velayet Sorumluluğuna ilişkin Lahey Sözleşmesi ile 2007 tarihli Nafaka Yükümlülüğüne ilişkin Lahey Sözleşmesi’ne taraf olması tavsiye edilmiştir. Bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014DC0646&from=EN>

1.02.2017 tarihine<sup>74</sup> kadar; çocuğun vesayetine ilişkin kanunlar ihtilafı kurallarını düzenleyen yegane kaynaklar, MÖHUK'un 10 maddesi ile Küçüklerin Korunması Konusunda Makamların Yetkisine ve Uygulanacak Kanuna Dair 1961 tarihli Sözleşmeydi. Söz konusu tarihten sonra, yabancı unsur içeren ve çocuğun vesayetinin sürdürülmesine ve kaldırılmasına ilişkin talepler hakkında 50. madde hükmü<sup>75</sup> saklı kalmak kaydıyla 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin yetkili kıldığı kanunlar ihtilafı kuralları uygulanacaktır.

### **A. Vesayet Kararı Öncesi Koruma Tedbiri Talepleri Hakkında Karar Vermeye Yetkili Makam ve Koruma Tedbiri Taleplerine Uygulanacak Hukuk**

MÖHUK 10/3 hükmü gereğince, çocuk hakkında vesayet kararı verilmesi ve sona erdirilmesi dışında kalan tüm hususlara Türk hukuku uygulanacaktır. Yabancı devlet vatandaşı olan küçükler hakkında, vesayet altına alınmasını gerektiren sebepler var ise; iki taraflı Konsolosluk Anlaşmaları gereğince çocuğun bu durumu öncelikle vatandaşı olduğu devletin konsolosluluğuna bildirilir. Ancak, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde veya vatandaşı olduğu devletin makamlarının karar almakta geciktiği veya hareketsiz kaldığı veya olumsuz geri bildirimde bulunduğu hallerde, çocuğun bulunduğu devletin mahalli makamları gerekli tedbirleri alır veya bu tedbirlere uygun olarak vesayete ait işleri yürütür<sup>76</sup>.

Bilindiği üzere, 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi, MÖHUK madde 1/2 gereğince MÖHUK'un düzenlediği kanunlar ihtilafı kurallarına göre öncelikli uygulama alanı bulmaktadır. 1996 tarihli Lahey Sözleşmenin 5. maddesi gereğince, çocuğun mutad meskenin bulunduğu akit devletin adli veya idari makamları, çocuğun kişiliğini veya mallarının korunmasına yönelik tedbirleri almaya yetkili kılınmıştır<sup>77</sup>. Şu halde, çocuğun kişiliğinin korunması hususunda, çocuğun mutad meskeni makamları yetkili olmakla birlikte; bu makamlar aynı zamanda çocuğun gerek mutad meskenin bulunduğu devletteki malları gerekse de mutad meskenin dışında kalan malları hakkında yetkili olmaktadır. Ancak Türkiye'nin, sözleşmenin 55.madde hükmüne koyduğu çekince

74 Türkiye, Sözleşmeyi, 25.04.2016 tarih ve 6707 sayılı Kanun ile uygun bulmuş (RG: 05.05.2016- 29703) ve 09.05.2016 tarih ve 2016/8848 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile onaylamıştır. Sözleşmenin, onaylanmaya, kabule, uygun bulmaya ve katılmaya ilişkin belgenin depo makamına tevdi edilmesinden sonraki üç aylık sürenin sona ermesini takip eden ayın ilk gününde yürürlüğe gireceği (m.61) kararlaştırılmıştır. Bu hususu dikkate alan Bakanlar Kurulu, Sözleşme'nin Türkiye bakımından yürürlüğe girdiği tarihi 01.02.2017 olarak tespit etmiştir. Sözleşmenin Türkçe ve İngilizce metni 22.05.2016 tarih ve 29719 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanmıştır.

75 "Akit devletler arasındaki ilişkilerde, 5 Ekim 1961 tarihli Küçüklerin Korunması Konusunda Makamların Yetkisine ve Uygulanacak Kanuna Dair Sözleşme ile 12 Haziran 1902 tarihinde Lahey'de imzalanan Küçüklerin Vesayetini Tanzim Eden Sözleşme, yukarıda anılan 5 Ekim 1961 tarihli Sözleşme uyarınca alınan önlemlerin tanınmasına halel getirmeksizin, bu Sözleşmenin yerine geçer."

76 Tiryakioğlu (n 16) 76

77 Türkiye 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi'ne taraf olmadan önce de, Küçüklerin Korunması Konusunda Makamların Yetkisine ve Uygulanacak Kanuna Dair Sözleşmeye taraf olduğundan, acele durumlarda, çocuğun bulunduğu devlet sıfatıyla kendi hukukunu uygulayarak akit devlet vatandaşı bir çocuk hakkında ülke sınırları içinde gerekli koruma tedbirini alıp, uygulayabilmekteydi (m.9). Sözleşmeye taraf devletler, Almanya, Avusturya, Fransa, Hollanda, İspanya, İsviçre, İtalya, Letonya, Litvanya, Lüksemburg, Polonya, Portekiz, Yunanistan ve Türkiye'dir.

uyarınca, vesayet altındaki çocuğun Türkiye’de bulunan malları hakkında Türk mahkemeleri yetkili olacaktır<sup>78</sup>. Türkiye, sözleşmeye çekince koymasaydı dahi madde 11/1 hükmü uyarınca aciliyet gerektiren durumlarda, vesayet altındaki çocuğun mallarını korumaya yönelik her türlü koruma tedbirini almaya çocuğun mallarının bulunduğu akit devlet mahkemesi yetkili kılındığından ve uygulanacak hukuk olarak da (m.15/1) mahkemenin hukuku tayin edildiğinden herhangi bir sorun teşkil etmeyeceği düşünülebilirdi ancak madde 11/1 hükmü aynı yetkiyi çocuğun bulunduğu akit devlete de verdiği için, Türkiye’nin bu çekincesi yerinde olmuştur. Madde hükmü çocuğun malları ifadesini kullandığı için, çocuğa ait taşınır ve taşınmazlar bunun kapsamına girer. Türkiye’nin koyduğu çekince gereğince, çocuğun Türkiye’deki mallarının korunmasına ilişkin tedbirler hakkında Türk mahkemeleri yetkili olup, Türk hukuku uygulanacaktır.

Vesayet altındaki çocuğun şahsının korunması bakımından da aynı prensip geçerlidir. Sözleşme madde 11/1 hükmü gereğince tüm acil durumlarda, vesayet altındaki çocuğun şahsını korumaya yönelik her türlü koruma tedbirini almaya çocuğun bulunduğu akit devlet mahkemesi yetkili kılınmış ve uygulanacak hukuk olarak (m.15/1) mahkemenin hukuku tayin edilmiştir. Atıf reddedildiğinden, mahkemenin, maddi hukuk hükümleri uygulanacaktır (m.21).

Belirttiğimiz üzere, Sözleşmenin 15. maddesi tedbir talepleri bakımından, akit devlet makamının maddi hukukunu yetkili kılmıştır. Bunun istisnasını ise Sözleşmenin 15/2f maddesi oluşturmaktadır. Buna göre, duruma ilişkin somut bağlantısı bulunan diğer bir devletin hukuku koruma tedbiri taleplerine uygulanacak hukuk olarak uygulanabilecektir. Bu durum, özellikle çocuğun ailesiyle birlikte, mutad meskenleri veya vatandaşı olduğu veya ikamet ettikleri devletin dışında bir ülkeye turistik seyahat ederken anne ve babasının trafik kazası geçirip, vefat etmesine<sup>79</sup> bağlı olarak vesayet altına alınmasını gerektiren acil bir durumun ortaya çıktığı hallerde söz konusu olabilir. Böyle bir durumda, trafik kazasının meydana geldiği akit devlet mahkemesi, çocuğun korunmasına yönelik tedbirler bakımından, kendi iç hukukunu uygulamak yerine, çocuğun gelecekte hayatını devam ettireceği, yaşamının merkezinde olan veya eğitimini devam ettireceği devleti, üçüncü bir devlet hukuku olarak dikkate alıp uygulayabilir. Üçüncü devlet hukukuna örnek durum, çocuğun ikametgahı veya vatandaşı olduğu devlet hukuku olabilir. Bunun mantığı, mahkemenin vereceği vesayet kararının gelecekte ilgili 3. devlet mahkemesinde kolaylıkla tanınması ve tenfizini sağlamaktır. Sözleşme uygulanacak hukuk olarak çocuğun nutad meskenini, acil

78 Bkz. 25.4.2016 tarih ve 6707 sayılı Kanunla katılmamız uygun bulunan sözleşmenin, çekince ve beyanlarla onaylanması ve Dışişleri Bakanlığının 5.5.2016 tarih ve 10848877 sayılı yazısına istinaden 31.5.1963 tarih ve 244 sayılı Kanununun 3. maddesine göre, Bakanlar Kurulunun 9.5.2016 tarih ve 2016/8844 sayılı kararı. RG: 22.05.2016 – 29719. Türkiye koyduğu diğer bir çekinceyle; çocuğun velayet sorumluluğuna veya mallarına ilişkin olarak kendi makamları tarafından daha önce alınmış bir kararla bağdaşmayan bir tedbiri tanımama hakkını saklı tutmuştur.

79 Fransız Medeni Kanunu m.390 gereğince, anne ve babanın vefat etmesi veya ebeveynlerin çocukları üzerinde velayet sorumluluklarını yitirmesi durumunda, çocuğun vesayet altına alınacağını düzenlemiştir. Benzer şekilde Alman Medeni Kanunu § 1773.

durumlarda ise akit devletin kendi hukukunu esas almış olması sebebiyle söz konusu bu iki devletin hukukunun dışında kalan üçüncü devlet hukuku olarak; geriye çocuğun vatandaşı veya ikametgâhı devletin hukukları kalmaktadır.

Sözleşme koruma tedbirine ilişkin uygulanacak hukuku düzenlerken, çocuğun mutad meskeninin zaman içinde değişebileceği ihtimalini dikkate alarak; söz konusu değişikliğin vesayet ilişkisine uygulanacak hukuk üzerindeki etkisini de düzenlemiştir. Statü değişikliğinden (conflit mobile) doğan kanunlar ihtilafı kuralını, davayı gören mahkemenin hukukuna bırakmak yerine Sözleşme hükmü (15/3) olarak düzenlemeyi tercih etmiştir. Böylece Sözleşme hükümlerinin uygulanmasında akit devletler bakımından yeknesaklık tesis edilmiştir. Çocuğun mutad meskeninin bulunduğu önceki devletin makamları tarafından alınmış koruma tedbirinin, çocuğun mutad meskeninin sonradan değişmesine bağlı olarak akıbetinin ne olacağı, çocuğun yeni mutad mesken hukukuna bakılarak çözülecektir.

Çocuğun önceki mutad mesken makamı tarafından alınmış koruma tedbiri kararının, hangi yönlerinin koruma tedbirinin “uygulanmasına” hangi hususlarının ise “varlığına (geçerliliğine)” ilişkin olduğu, çocuğun yeni mutad meskeni hukukuna bakılarak çözüme kavuşturulacaktır. Örneğin; önceki mutad mesken hukukuna göre alınmış ve çocuk 18 yaşına gelene kadar uygulanmasına karar verilmiş bir koruma tedbirinin, yeni mutad mesken hukukunda 16 yaşında sona ereceğinin öngörülmüş olması ihtimalinde; koruma tedbirinin “geçerlilik süresi”nin, tedbirin “uygulanma şartı”na mı yoksa “esasına” mı ilişkin olduğu, çocuğun yeni mutad meskeni devleti hukukuna bakılarak çözüme kavuşturulacaktır<sup>80</sup>. Şu halde, Sözleşmenin 15/3 hükmü gereğince, vasinin yetkisini kullanırken bazı konular bakımından adli veya idari makamın izninin aranıp aranmayacağı; yeni mutad meskeni devleti hukukuna tabi olacaktır<sup>81</sup>.

Çocuğun vesayet altına alınmasını gerektiren sebepler, farklı nedenlerden ortaya çıkabilir. Bu durumları şöyle sıralayabiliriz<sup>82</sup>. 1) ana ve babanın aynı anda veya sonradan ölmesine bağlı olarak velisiz kalması sebebiyle çocuğa vasi atanabilir 2) ana babanın gaip olması veya velayet hakkı kendisine verilen ana babanın gaip olması sebebiyle çocuğa vasi atanabilir c) ana babanın boşanmaları ve hakimın çocuğun velayetini onlara vermeyi uygun görmemesi sebebiyle çocuğa vasi atanabilir d) boşanma sonucu velayet sorumluluğu kendisine verilen anne veya babanın başkasıyla evlenmesi sonrası çocuğun hak ve menfaatlerinin tehlikede olması durumunda çocuğa vasi atanabilir e) ana babadan her ikisinden de velayet hakkının kaldırılması sebebiyle çocuğa vasi atanabilir f) evlatlık bağının kaldırılması nedeniyle velisiz kalan çocuğa

80 Lagarde (n 15) paragraf 91, 575; Ullusu-Karataş (n 22) 964 dn 117

81 Nigel Lowe, Mark Everall and Michael Nicholls, *International Movement of Children* (Jordan Publishing, 2004) 547

82 Ali İhsan Özüğür, *Velayet - Vesayet - Soybağı - Evlat Edinme Hukuku- Diğer Eşin Rıza ve Onamına Bağlı İşlemler* (Adalet Yayınevi, 2010) 819-821

vasi atanabilir g) evlilik birliğinin yokluk, mutlak butlan, nisbi butlanla sona ermesi ve velayetin anne ve babaya verilmemesi durumunda çocuğa vasi atanabilir h) boşanma sonrası velayet hakkı kendisine verilen eşin ölümü sebebiyle çocuğa vasi atanabilir ı) koruma altına alınan velisi bulunmayan çocuk için vasi atanabilir.

Velayetin sona ermesi durumu, çocuğun vesayet altına alınmasını gerektiren acil durumlardan biridir ve çocuk ivedilikle koruma altına alınmalıdır. Nitekim, 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi, bu acil durumu dikkate alarak, genel kural olan çocuğun mutad meskeni hukukunu dışlayarak onun yerine 15/1 maddesinin 11/1 maddesine yaptığı atıf gereğince, akit devletin hukukunun uygulanmasını emretmektedir.

Koruma tedbiri olarak çocuğun vesayet altına alınmasını gerektiren diğer bir ihtimal ise, çocuğun anne ve babasının boşanmasına hükmedilmekle birlikte anne ve babanın hiçbirine velayetin bırakılmaması durumudur. Örneğin, anne ve babanın her ikisi de uyuşturucu bağımlısı olabilir. Mahkeme, somut durum bakımından ve de çocuğun üstün menfaati bunu gerektiriyorsa, velayeti anne ve/veya babaya vermek yerine 3. bir kişi veya kuruma vesayetini bırakabilir. Böyle bir olasılıkta yine davaya bakan mahkeme, vasiinin vatandaşı veya mutad meskeni veya ikametgahının bulunduğu devlet hukukunu uygulayabilir yeter ki, bu hukuk, somut durumla bağlantılı bir devletin hukuku olsun ve de çocuğun üstün menfaati dikkate alındığında o devletin hukuku, mahkemenin hukukunun kamu düzeni hükümlerini ihlal etmiyor olsun (m.22).

Koruma tedbirleri, vesayet altındaki bir çocuğun, mutad meskeninin bulunduğu devletten başka bir devlete kaçırıldığı veya hukuka aykırı olarak yerinin değiştirildiği durumlarda da gündeme gelebilir. Sözleşme bu olasılığı dikkate alarak her ne kadar, Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçheleri Hakkında 1980 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin yerine geçmeyeceğini açıklamış ise de; çocuğun iadesini gerçekleştirmek için gerekli tedbirlerin alınmasında 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi'nden istifade edilmesinin yolunu açık bırakmıştır (m.50).

Vesayetin, kanun gereğince başkasına tevdi edilmesinin gerektiği durumlarda ise, uygulanacak hukuk olarak, çocuğun mutad meskeni hukuku yetkili kılınmıştır. Kanundan doğan ve çocuğun vesayetine yönelik tedbir kararını gerektiren haller istisnaidir. Buna örnek olarak, Hollanda hukukundaki düzenleme gösterilebilir. Hollanda hukukuna göre, bir çocuk uluslararası sözleşme gereğince evlat edinildikten sonra Hollanda'ya getirilmiş olmasına karşın, henüz resmi işlemler, evrak eksikliği sebebiyle tamamlanamamış ise, bu taktirde, evlat edinme işlemlerine yönelik eksikliklerin tamamlanması için kanun gereğince altı hafta süreyle çocuk vesayet altına alınmaktadır<sup>83</sup>.

83 Bkz. Practical Handbook on The Operation of The 1996 Hague Child Protection Convention (n 23) 153  
RG: 15.07.2005/25876

## B. Çocuğun Vesayet Altına Alınmasını Gerektiren Sebeplere Uygulanacak Hukuk

5718 sayılı MÖHUK, vesayet sebeplerine, hakkında vesayet kararı verilmesi talep edilen kişinin yani çocuğun milli hukukunu yetkili kılmıştır (m.10). Kişinin vesayet altına alınması, ehliyet taalluk etmesi sebebiyle, onun kişisel menfaati ile yakından ilgilidir<sup>84</sup>. Ancak çocuğun vesayeti, Türk hukukunda aile hukukuna ilişkin nitelendirildiğinden yetkili hukukun maddi hukuk hükümleri değil, MÖHUK m.2/3 gereği kanunlar ihtilafı kuralları uygulanacaktır<sup>85</sup>. Hangi andaki diğer bir ifadeyle hangi zaman dilimindeki milli hukukun yetkili olacağı ise MÖHUK m.10'da özel olarak düzenlenmediği için MÖHUK m..3 gereği dava tarihindeki çocuğun milli hukuku dikkate alınacaktır.

Çocuğun vesayetini gerektiren sebepler hakkında, çocuğun milli hukuku uygulanacaktır. Ancak MÖHUK 10/2 fıkrası istisna hükmüne yer vererek; şayet çocuğun milli hukukuna göre vesayet kararı verilemiyor ise çocuğun mutad meskeninin Türkiye'de bulunması koşuluyla Türk hukukuna göre vesayet kararının verilebilmesine imkan tanımıştır<sup>86</sup>.

Çocuğun vesayet altına alınmasını gerektiren en önemli sebep, yaşının küçüklüğüdür. Şu halde, yabancı bir çocuk hakkında, yaş küçüklüğünün vesayet sebebi olup olmayacağı, öncelikle milli hukukuna bakılarak karar verilecektir. Çocuğun milli hukuku yaş küçüklüğünü vesayet sebebi görmemekle birlikte, çocuğun mutad meskeni Türkiye'de ise Türk maddi hukuku uygulanarak, yaş küçük olan çocuk hakkında vesayet kararı verilebilecektir.

Ne var ki; çocuğun mutad meskeninin Türkiye'de olmadığı ve de kendi milli hukukuna göre de yaş küçüklüğünün vesayeti gerektirmediği durumlarda; örneğin İngiliz vatandaşı olup İstanbul'a iki günlüğüne tatile gelen 17 yaşındaki bir çocuğun vesayet altına alınmasının gerektiği hallerde, İngiliz çocuk hakkında vesayet kararı verilemeyebilir. Böyle bir ihtimalde, yaşının yanında içinde bulunduğu durum ve de üstün menfaati, çocuğun vesayet altına alınmasını gerektiriyor ise, kamu düzeni istisnasını devreye sokarak, İngiliz vatandaşı çocuk hakkında vesayet kararı verilebilecektir.

1996 tarihli Lahey Sözleşmesi öncesi duruma bakıldığında; Türk mahkemesi, yukarıda verdiğimiz örnek kapsama giren yabancı bir çocuk hakkında mutlaka bir vesayet kararı vermesine gerek görmeyip; MÖHUK'un 10/3 fıkrasına istinaden Türk hukukunu uygulayarak, TMK. 346 gereğince çocuğun korunması için gerekli koruma

84 Tiryakioğlu (n 16) 75

85 Doktrinde özellikle doğrudan vesayet zikredilmemiş olsa da soybağının tesisinde atfın uygulanmaması gerektiği önerilmekte ve eleştirilmektedir. Bkz. Dardağan-Kibar (n 69) 550; Ayfer Uyanık-Çavuşoğlu, 'Yeni MÖHUK'a Göre Soybağı İlişkisine Uygulanacak Hukuk Sorunu' (2018) (2) Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 319

86 Çelikel and Erdem (n 21) 216 vd.; Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 67) 117; Doğan (n 34) 361 vd.; Nomer (n 34) 289 vd.; Tekinalp and Uyanık (n 34) 197 vd.; Rona Aybay and Esra Dardağan, *Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması* (2nd edn, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008) 190-191; Hacı Can and Ali Gümrak Tokar, *Milletlerarası Özel Hukuk Ders Kitabı* (2nd edn, Adalet Yayınevi, 2016) 184-187

tedbirlerini alabilme veya TMK. 347 gereğince çocuğun bir aile yanına veya kuruma geçici olarak yerleştirilmesine karar verebilme imkanına sahiptir.

1996 tarihli Lahey Sözleşmesi sonrası ise; yabancı çocuğun vatandaşı olduğu devlet hukuku veya mutad meskeninin Türkiye’de olmaması sebebiyle, yaşının küçüklüğü vesayeti gerektirmiyor olsa bile; çocuğun içinde bulunduğu acil durum koruma tedbiri alınmasını zorunlu kılıyor ise, Sözleşmenin 11. maddesi uygulama alanı bularak, çocuğun bulunduğu devlet sıfatıyla Türk mahkemesi (Sözleşme madde 15/1 hükmüne istinaden) kendi hukukunu uygulayarak çocuk hakkında gerekli tedbir ve önlemleri alabilecektir.

Türk hukukuna göre, çocuğun vesayet altına alınabilmesi için velayeti altında bulunan anne ve babasının deneyimsiz olması, hasta olması, engelli olması, başka bir yerde bulunması veya benzeri sebeplerden ötürü velayet sorumluluğunu yerine getiremeyecek kişilerden olması gerekir. Keza anne ve babanın, kendi çocuklarına yeterli ilgi göstermemesi veya ona karşı yükümlülüklerini ağır şekilde savsaklaması durumu da, çocuk ile ana baba arasındaki velayet ilişkisini sona erdirip, vesayet altına alınmasını gerektirir.

Ayrıca Türk Medeni Kanunu m.404/1 hükmü gereğince, velayet altında bulunmayan her küçüğün, vesayet altına alınacağı ilkesi benimsenmiştir. Şu halde, velayetin sona ermesini gerektiren haller söz konusu olduğunda, çocuğun vesayet altına alınması gerekir. O kadar ki, çocuğun vesayet altına alınmasını gerektiren bir halin varlığını öğrenen makam ister nüfus memuru ister idari makam, ister noter, ister mahkeme olsun, çocuğun bu durumunu derhal vesayet makamına bildirmekle (m. 404/2 gereğince) mükelleftir.

Türkiye’de bulunan yabancı devlet vatandaşı çocuk, velayet altında olmakla beraber şayet velisi, deneyimsiz veya ağır hasta veya engelli olmasına<sup>87</sup> rağmen; çocuğun vatandaşı olduğu devletin milli hukuku, çocuğun vesayet altına alınmasına imkan vermiyor ise, çocuk vesayet altına alınamayacaktır. Böyle bir ihtimalde, istisna hükmüne başvurulacak ve mutad meskeninin Türkiye’de olup olmadığına bakılacaktır. Şayet mutad meskeni de Türkiye’de değil ise, çocuğun üstün yararı ilkesinden hareket edilerek, kamu düzeni (MÖHUK m. 5) istisnası devreye sokularak, Türk maddi hukukundaki vesayet sebepleri dikkate alınarak, hakkında vesayet kararı verilebilecektir. 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi sonrası, bu kapsamdaki çocuklar hakkında da uygulama alanı bulacak ve Sözleşmenin 11. ve 15/1. hükümleri uyarınca haklarında koruma tedbiri alınabilecektir.

Mülteci çocukların vesayeti hakkında 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi’nin 6. maddesindeki yetkili makam, yani çocuğun ülke topraklarında bulunduğu devletin yetkili makamı, re’sen harekete geçerek, çocuğun mutad mesken hukuku yerine, kendi

87 Kimi ülke hukukunda da, çocuğun velisinin ağır engelli duruma gelmesi, velayeti sona erdiren sebeplerden biri kabul edilmektedir. Ancak engelliliğe bağlı olarak çocuk üzerindeki velayet sorumluluğu tümüyle veya kısmen sona erebilmektedir. Mesela, ABD Tennessee eyaletinde engelli bir veli, velayetten kaynaklanan haklarını tümüyle değil, bir kısmını yitirirken; Güney Carolina, Oklahoma eyaletlerinde ise veliler, engelli olmaları sebebiyle velayet haklarını tümüyle yitirebilmektedir.



hukukunu uygulayarak (m.15/1) çocuk hakkında koruyucu tedbir kararı veya vesayet kararı alabilecektir. Türkiye’de bulunan mülteci çocuklar bakımından, yetkili hukuk, buldukları ülke hukuku olan Türk maddi hukuku olacaktır.

Sözleşmenin, mülteci çocukları münhasıran 6. madde hükmüyle güvence altına almasının asıl sebebi, bu çocukların durumunun acil önlem alınmasını gerektirdiği düşüncesine dayanmaktadır<sup>88</sup>. Akit devletlerin makamlarına takdir hakkı bırakmaksızın, mülteci çocuklar hakkında acil koruma tedbirlerin alınması gerektiğini ve yetkili hukukun, çocuğun bulunduğu devletin hukuku veya vesayetini sürdürülmesi veya sona erdirilmesi bakımından ise mutad meskeni devleti hukuku olacağı belirtilmiştir. Sözleşme kapsamına giren mülteci çocukların akit devlet vatandaşı olmaları veya akit devletlerden birinde mutad meskenlerinin olması gerekmez. Her ne kadar, mülteci kavramı hukuki ve teknik bir kavram olsa da, Çocuk Hakları Sözleşmesi aynı şart ve koşullar altında bulunan çocuklar bakımından ayrımcılığı yasakladığı için (m.2/1) şartlı mülteci, ikincil koruma veya geçici koruma statüsünde bulunan çocuklar bakımından da madde hükmü uygulama alanı bulacaktır. 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi’nin 6.madde hükmü, özellikle refakatsiz çocuklar bakımından önem arz etmektedir. Refakatsiz çocukların uluslararası koruma başvuruları değerlendirilirken, içinde bulunduğu konum gereği ihtimam gösterilmesi gerektiğinden öncelikle görüşü dikkate alınarak Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı tarafından, uygun konaklama yerlerine veya yetişkin akrabalarının veya koruyucu bir ailenin yanına yerleştirilecektir<sup>89</sup>. Ayrıca bu çocukların başvurularının hızlandırılmış olarak değerlendirilmeyeceği de güvence altına alınmıştır<sup>90</sup>. Ayrıca, insan ticaretine konu olan çocuklar bakımından da, çocuğun bulunduğu akit devlet hukuku uygulanacaktır. Türkiye’de bulunan ve insan ticaretine konu olan yabancı çocuğun, yaşça çocuk olup olmadığı incelemesi devam ederken, söz konusu inceleme bitinceye kadar çocuk olduğu kabul edilecektir<sup>91</sup>. Mağdur olarak tanımlandığı vakit ise, üstün yararı gözetilerek, 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu kapsamına alınacak ve Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığının ilgili birimlerine teslim edilecektir.

Sözleşme uygulamasına baktığımızda, özellikle Avrupa Birliği üyesi devletler, sınırları dışından gelen kimsesiz veya refakatsiz çocukları önce göçmen olarak değerlendirmekte sonrasında onlara vasi atamaktadır. Oysa bu tutum haklı olarak eleştirilmekte; çocuğun göçmen statüsünün belirlenmesi aşamasındayken bile kendilerine vasi atanması gerektiği ileri sürülmektedir<sup>92</sup>.

88 Lagarde (n 15) paragraf 44, 555

89 Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu m. 66/1/c

90 Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu m. 79/4

91 Bkz. İnsan Ticaretiyle Mücadele ve Mağdurların Korunması Hakkında Yönetmelik m. 24 RG: 17.03.2016/29656.

92 Örneğin Alman hukukunda, Sosyal Hizmetler Kurumu, göçmen çocuğu koruma altına aldığı aşama ve süreçte çocuğa vasi olarak atanmamakta sadece davalar ve hukuki işlemler bakımından temsil yetkisine sahiptir (Bkz. Art. 42a SGB VIII). Diğer tarafta, Hollanda, Fransa, Belçika ve İtalya ise sınırları dışından gelen ve kimsesiz veya refakatsiz çocukları bir yandan koruma altına alırken eş zamanlı olarak kendilerine vasi de atamaktadır. Hollanda hukukunda, ise çocuğun göçmenlik statüsü belirlenirken, üç ay süreyle geçici olarak vesayet altına alınmaktadır. Bkz. Children On the Move: A Private International Law Perspective Legal Affairs; (PE 583.158, Directorate General for Internal Policies of the Union Policy Department for Citizens’ Rights and Constitutional Affairs, 2017) 39-40

Türkiye’de bulunan kimsesiz çocuklar bakımından da aynı prensibin geçerli olduğunu, Sözleşmenin 11.maddesi ile 15/1. maddesine istinaden, gerekli acil koruma tedbirleri alabileceğini söyleyebiliriz. Ancak kimsesiz çocuklar bakımından Türk Vatandaşlığı Kanununun<sup>93</sup> 8. maddesi uygulama alanı bulacağından, Sözleşme hükümlerine gidilmeksizin, Türk maddi hukuku uygulanarak koruma sağlanacaktır.

19 Ekim 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi’nin 3/1/c. maddesi, vesayet, kayımlık ile çocuğun korunmasına ilişkin benzer hukuki ilişkiler hakkında sözleşme hükümlerinin uygulanacağını açıkça belirtmiştir. Ayrıca, 2. maddesi gereğince, Sözleşme hükümleri çocuğunun doğumundan başlayarak 18 yaşını tamamlayıncaya kadar uygulanacaktır. Şu halde, doğumundan başlayarak 19 yaşından gün almayıncaya kadar<sup>94</sup> çocuğa ilişkin vesayet talepleri hakkında sözleşme hükümleri uygulama alanı bulacaktır<sup>95</sup>. Ne var ki; vasi ile çocuk arasındaki vesayet ilişkisinin kurulmasına ilişkin talepler, 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi’nin kapsamı dışında kalmaktadır<sup>96</sup>. Zira Sözleşmenin 4/a bendinde, ebeveyn-çocuk ilişkisinin kurulmasını ilişkin talepler ile böyle bir ilişkiye itirazlar hakkında sözleşmenin uygulanmayacağı ifade edilmiştir. Ayrıca sözleşmenin 1/2 maddesinde velayet sorumluluğu tanımlanmış ve bunun kapsamına vesayet ilişkisinin girdiği özellikle belirtildikten hemen sonra; 3/1/a maddesinde sözleşmenin, sadece bu sorumluluğun niteliği, kullanımı, sonlandırılması, kısıtlanması veya başkasına devri konularıyla sınırlı olduğunu belirtmiş olması sebebiyle; vesayet ilişkisinin kurulması (tesisi) konusunun sözleşmenin kapsamı dışında tutulduğu açıkça anlaşılmaktadır.

1996 tarihli Lahey Sözleşmesi, vesayet ilişkisinin kurulmasını kapsam dışı bırakmıştır. Nitekim açıklayıcı raporda, velayet ve vesayetin kurulması yerine bu sorumluluğun başkalarına tevdi edilmesi (attribution) veya yüklenmesi ifadesi kullanılmıştır<sup>97</sup>. Bunun bilinçli bir tercih olduğu zira çocuk ile herhangi bir otorite ilişkisinin kurulmasının Sözleşmenin konusuna girmediği ancak mevcut olan velayet veya vesayet sorumluluğunun başka bir kişiye veya mercie tevdi edilmesinin, yüklenmesinin, devredilmesinin sözleşmenin kapsamına girdiği belirtilmiştir<sup>98</sup>.

Yukarıda yaptığımız açıklamaya ilave olarak, Türk hukuku bakımından, vesayet ilişkisinin kurulmasına ilişkin talepler hakkında Sözleşme’nin 16. madde fıkralarının uygulanması pek mümkün görülmemektedir. Zira Türk hukukunda, adli veya idari makamın müdahalesi olmaksızın çocuk hakkında vesayet kararı verilmesi mümkün değildir. Sözleşmenin 16. madde hükmü, velayet sorumluluğunu ve de özellikle hukuka aykırı olarak yeri değiştirilen çocuğu esas alarak kaleme alındığından, vesayet

93 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu için bkz. RG: 12.06.2009/27256

94 Sözleşmeye göre çocuğun evlenmesinin, kendisini ergin kılıp kılmayacağı, sözleşmenin kapsamı dışında kalan konulardır. Bkz. Açıklayıcı Rapor, paragraf 30, 549

95 m. 2

96 Farklı görüş için bkz. Elçin (n 26) 33.

97 Lagarde (n 15) paragraf 98, 577

98 Lagarde (n 15) paragraf 98, 577

sorumluluğu açısından son derece dar bir uygulama imkanına sahiptir. Adli ve idari makamların müdahalesi olmaksızın, kanundan doğan<sup>99</sup> vesayet sorumluluğuna kısmen örnek olabilecek nadir durumlardan biri Hollanda hukukunda görülmektedir. Gerçi vereceğimiz bu örmekte dahi yine de mahkemenin kararı gerekmektedir. Hollanda hukukunda yurtdışında evlat edinilen bir çocuğun Hollanda'ya gelmesi sonrası evlatlık işlemlerinin eksik evrak sebebiyle tamamlanmadığı hallerde, kanun gereği (mahkeme kararıyla) çocuk geçici süreyle vesayet altına alınabilmektedir<sup>100</sup>.

Adli veya idari bir makamın müdahalesi olmaksızın, vesayet sorumluluğunun “kanun gereği” ve “anlaşma yahut tek taraflı bir işlem” ile kurulabileceği bir olasılık olarak sözleşmenin 16. maddesinde düzenlenmiştir. Sözleşme 16. madde hükmünde, “kanun gereği” ve “hukuki bir işlem ile tesis edilen” vesayet sorumluluğunu, 15. madde hükmünden açıkça ayırmak ve farklılaştırmak için özellikle, “adli veya idari bir makamın müdahalesi olmaksızın” tabiri kullanılmıştır. Şu halde, Sözleşme'nin 16 ila 18. maddeleri ile 15. maddesindeki kanunlar ihtilafı kurallarının uygulama alanını belirleyen en önemli kriter, vesayet sorumluluğuna ilişkin işlemlerde adli veya idari bir makamın müdahalesi olmaktadır. Vesayet sorumluluğu için şayet mahkemenin veya idari makamın müdahalesi gerekiyor ise Sözleşmenin 15. madde hükmü uygulama alanı bulacak iken; şayet böyle bir makamın müdahalesi gerekmiyor ise 16 ila 18. madde hükümleri uygulanacaktır.

Sözleşmenin 16. madde hükmünün, vesayet ilişkisinin tesisine uygulanamayacak olmasının diğer bir sebebi, vesayet sorumluluğunun niteliğinden kaynaklanmaktadır. Her ne kadar, 16. madde hükmü, farklı hukuk sistemleri veya farklı hukuk düzenlemelerine sahip devletler, dikkate alınarak tanzim edilmiş ise de, vesayet ilişkisinin kurulması için ana prensip, adli ve idari bir makamın müdahalesinin gerekliliğidir. Kimi ABD eyalet hukukunda, çocuğun velisi, önceden yaptığı bir vasiyetname ile geride bıraktığı çocuğu için vasi olacak kişiyi seçebilmektedir. Keza, çocuğun velisi, hapis cezasına çarptırıldığı hallerde de, vasi olabilecek kişiyi önceden kendisi seçebilmektedir. Ancak vasiyi seçme yetkisinin, kanun gereği, velinin tek taraflı işlemine bırakılmış olması, vesayet ilişkisinin tesisi anlamına gelmemektedir. Vasi olabilecek kişi veli tarafından bizzat seçilebiliyor olsa bile, o kişinin vasi olarak atanabilmesi için yine de adli veya idari bir makamın izni gerekir. Bu makam, çocuğun üstün menfaatini gözeterek, çocuk için en uygun olan kişi veya kurumu vasi olarak atayacaktır. Bu nedenle, adli veya idari bir makamın müdahalesi olmaksızın vesayet ilişkisinin kanundan doğması pek mümkün değildir. Olsa bile son derece istisnaidir.

Keza sözleşmenin 16/2 hükmü, vesayet ilişkisinin kurulmasının, sözleşmenin bünyesine uygun düşmemesinin bir diğer göstergesidir. Zira adli veya idari makamın

99 Burada ifade edilen kanun, çocuğun mutad meskeni devleti kanunudur. Madde hükmünün Sözleşmenin 5. maddesiyle birlikte ele alınması gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. Bilgin Tiryakioğlu (n 26) 403-404.

100 Practical Handbook on The Operation of The 1996 Hague Child Protection Convention (n 23) paragraf 13.42

müdahalesi olmaksızın bir anlaşma veya tek taraflı işlem ile çocukla bir vesayet ilişkisinin kurulması veya sona erdirilmesi vesayetin tabiatına uygun düşmemektedir. Nitekim, “Çocukların Alternatif Korunmasına İlişkin BM. Kılavuzu” da, ana ve babası belli olmayan veya ana ve babasının velayet sorumluluğunu yerine getirememesi sebebiyle hakkında alternatif koruma tedbirleri alınması gereken çocuklar bakımından, söz konusu tedbirlerin ancak adli veya idari makamlar tarafından alınabileceğini ifade etmiştir<sup>101</sup>. Türk hukukuna bakılacak olduğunda, yabancı bir çocuğun vesayet altına alınabilmesi için mutlaka mahkemeden karar alınması gerekir. Gerek 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi kapsamına giren ve çocuğun korunmasını gerektiren koruma tedbirleri yönünden gerekse vesayet kararı bakımından, yetkili mahkeme, MÖHUK madde 42 gereğince çocuğun sakin olduğu yer, sakin değil ise mallarının bulunduğu yer mahkemesidir. Görevli mahkeme ise, Sulh Hukuk mahkemesidir<sup>102</sup>.

1996 tarihli Lahey Sözleşmesi’nin 16. maddesi, 1961 tarihli Lahey Sözleşmesi’nin akit devletlerde yaşattığı sorunları dikkate alarak, vesayet sorumluluğunun 3.kişiye veya başka bir kuruma tevdi edilmesi sebepleri hakkında, çocuğun mutad meskeni devleti hukukunu yetkili kılmıştır. Oysa Küçüklerin Korunması Konusunda Makamların Yetkisine ve Uygulanacak Kanununa Dair 1961 tarihli Sözleşmenin 3. maddesi, çocuk ile mevcut olan bir otorite ilişkisinin, diğer bütün akit devletlerde tanınmasını sağlamaktaydı<sup>103</sup>. 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi de bu durumu dikkate alarak, vesayete ilişkin kararların olabilir ki, akit devletlerde herhangi bir adli veya idari makamın müdahalesi olmaksızın tanınması söz konusu olabilir düşüncesiyle, vesayetin tevdi edilmesini gerektiren sebepler hakkında, çocuğun mutad meskeni devleti hukukunu yetkilendirmiştir. 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi’nin 16. madde hükmü bir an için böyle yorumlansa bile, yine de vesayet ilişkisi bakımından uygulama alanı bulmayacaktır. Zira Sözleşmenin tanıma ve tenfiz hükümlerini düzenleyen IV. Bölümüne baktığımızda, gerçekten de çocuk hakkında akit devletler arasında alınan tedbirlerin kanun gereğince kendiliğinden tanınacağı esası kabul edilmiştir (m.23/1). Başka bir ifadeyle, çocuğun korunmasına ilişkin diğer akit devletlerde alınan tedbirlerin tanınması ana kural bunların reddedilmesi ise istisnadır ve bunun için tanımanın reddi davası açılması gerekir. Çocuğun, koruma tedbiri olarak bir kuruma yerleştirilmesi veya vesayetinin başka bir kişiye tevdi edilmesi için tesliminin gerektiği haller bakımından 23/1.maddesinin işletilmesi mümkün değildir. Zira Sözleşmenin 26. maddesi gereğince, bir akit devlette alınan ve orada uygulanan bir önlemin başka bir akit devlette uygulanması söz konusu olduğu vakit, bunun için sonraki devletin hukukunun öngördüğü usule uygun şekilde beyanda bulunulması veya kayıt altına alınması gerekir. Görüldüğü üzere, çocuğun vesayetine ilişkin tedbirler bakımından

101 Guidelines for the Alternative Care of Children (64/142, General Assembly of United Nations, 2010) paragraf 101, 15 ([https://www.unicef.org/protection/alternative\\_care\\_Guidelines-English.pdf](https://www.unicef.org/protection/alternative_care_Guidelines-English.pdf))

102 Bkz. TMK m. 411 ve TMK m. 397 ve Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun, Kanun Numarası: 4787, Kabul Tarihi: 9.1.2003, m.4/1.

103 Aynı anlayış, 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi’nin 23/1. maddesinde hayat bulmuştur.

otomatik veya kendiliğinden tanıma mekanizması mümkün olmayıp, 26. madde gereğince, söz konusu tedbirin beyan veya kayıt altına alınma zorunluluğu vardır ki; bu işlemi yapacak olan makam da şüphesiz, çocuğun bulunduğu devletin yetkili makam veya mahkemesi olacaktır.

Yukarıda yaptığımız açıklamalar neticesinde, çocuk ile vasi arasında bir vesayet ilişkisinin kurulmasına ilişkin talepler ile bu ilişkinin kurulmadığına yönelik itirazlar hakkında 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi uygulama alanı bulmayacaktır. Ayrıca, sözleşme kapsamına giren çocuk, daha önce bir şekilde vesayet altına alınmış ise, bu çocuk hakkında vesayet ilişkisi kurulurken bu ilişkinin hukuka uygun olarak tesis edilip, edilmediği söz gelimi önceden görülüp karara bağlanmış olan vesayet davası sırasında çocuğa kayyım atanmış olup olmadığı, görüşünün alınıp, alınmadığı gibi hususlar<sup>104</sup>, sözleşmenin kapsamı dışında tutulmuştur. Keza çocuğun evlilik içi veya evlilik dışı olup olmadığına ilişkin itirazlar da yine sözleşmenin konusu dışında bırakılmıştır.

Buna karşılık, Sözleşme, vesayet ilişkisinin sürdürülmesi, bir başka kişi veya kuruma tevdi edilmesi sebepleri ile sona erdirilmesine ilişkin talepler hakkında herhangi bir kısıtlama getirmemiştir. Tekrar belirtelim ki, çocuğun vesayet altına alınmasını gerektiren sebepler ve bu hususa ilişkin talepler hakkında 19 Ekim 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi uygulama alanı bulmayacak iken; buna karşılık vesayetın sürdürülmesi, bir başka kişi veya kuruma tevdi edilmesi veya vesayet talebinin kaldırılması veya sona erdirilmesi talepleri hakkında Sözleşme hükümleri dikkate alınacaktır.

Sözleşme hükümlerinin detaylı olarak açıklandığı raporda, sözleşmenin 4/a maddesiyle ilgili olarak, çocuk ile ebeveyn arasındaki (soybağı) ilişkisinin tesisinin neden sözleşme kapsamı dışında tutulduğuna özel olarak yer verilmiştir. Bu durumun gerekçesi, çocuğun evlilik içi veya evlilik dışı olduğuna ilişkin tespitler ile bu duruma bağlı olarak çocuk üzerinde kimlerin yasal hak ve sorumluluk sahibi olacağı, diğer bir ifadeyle soybağı meseleleri her devletin kendi kanunlar ihtilafı kurallarına göre çözümlenmelidir anlayışından kaynaklanmaktadır. Vesayetın gerekliliği, bir yönüyle, çocukla ana ve babası arasında geçerli bir soybağının kurulamamış olmasının bir sonucudur. Çocuklar bakımından kural, ana ve babasıyla soybağının kurulmasıdır ancak bu hukuki bağ bir şekilde kurulamıyor ise; bu taktirde çocuğun üstün menfaati onun esenliği ve korunması için bir an önce kendisinin vesayet altına alınmasıdır (ÇHS. m.3/2). 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi çocuk ile kurulacak olan vesayet ilişkisini düzenlemeyip bunu devletlerin iç hukuklarına yani kanunlar ihtilafı kurallarına bırakmıştır. Sözleşme, vesayet ilişkisi bakımından çocuğun izninin aranıp aranmayacağı veya vesayet için hangi yaş sınırının bulunması gerektiği sorularını cevaplamaktan özellikle imtina etmiş ve bunları her devletin kendi kanunlar ihtilafı kurallarına

104 Bkz. Lagarde (n 15) paragraf 27, 549

bırakmıştır<sup>105</sup>. Ancak acil tedbir mahiyetinde olup vesayet niteliğinde olmayan koruma tedbirlerini ve buna uygulanacak hukuku ise düzenlemiştir (m.11 ve m.15).

1996 tarihli Lahey Sözleşmesi, evlat edinme kararı ile birlikte bu kararın iptali veya feshi (m.4/b) kararlarını da kapsamı dışında tutmuştur.

Yukarıda yaptığımız açıklamalara binaen, vesayet ilişkisinin kurulmasını gerektiren sebepler hakkında, diğer bir ifadeyle çocuk hakkında vesayet kararı verilmesi talepleri hakkında, 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi hükümleri uygulanmayacağından, vesayet altına alınmasını gerektiren sebepler hakkında MÖHUK madde 10'un gösterdiği kanunlar ihtilafı kuralları dikkate alınacaktır. 10. madde hükmüne göre, çocuklar bakımından vesayet kararının verilmesini gerektiren sebepler hakkında çocuğun milli hukuku uygulanacaktır. Vesayet kararı, aile hukukuna ilişkin bir mesele olduğundan, uygulanacak hukukun kanunlar ihtilafı kuralları dikkate alınacaktır. MÖHUK'un 2/3. maddesi aile ve şahsın hukukuna ilişkin meselelerde tek dereceli atfı kabul ettiği için çocuğun vesayet altına alınmasını gerektiren sebepler hakkında, yabancı hukukun maddi hukuk hükümleri değil, kanunlar ihtilafı kurallarının gösterdiği yetkili hukukun hükümleri dikkate alınacaktır. Bir örnek vermek gerekirse, Türk mahkemelerinde görülen davada, Alman vatandaşı çocuk hakkında vesayet altına alınma kararı talep ediliyor ise, bu durumda Alman hukukunun kanunlar ihtilafı kurallarının gösterdiği hukuka bakarak hüküm tesis edilecektir. Diğer bir ifadeyle, Alman çocuğun vesayet altına alınmasını gerektiren sebeplerin neler olduğu Alman medeni kanununa göre değil, Alman kanunlar ihtilafı kurallarının gösterdiği yetkili hukukun maddi hükümlerine bakılarak karar verilecektir.

Yabancı çocuğun milli hukukuna göre vesayet kararı verilmesinin mümkün olmadığı hallerde ise<sup>106</sup>, MÖHUK istisna bir düzenleme getirmiştir. MÖHUK m.10/2 gereğince yabancı çocuğun milli hukukuna göre vesayet kararının verilemediği hallerde, şayet çocuğun mutad meskeni Türkiye'de ise, bu taktirde Türk hukukunun aradığı şartlar gerçekleşmiş ise vesayet kararı verilebilecektir. Buna mukabil, yabancı çocuğun milli hukukuna göre vesayet kararı verilememekle birlikte, çocuğun mutad meskeni Türkiye dışında ise, bu durumda yetkili yabancı hukukun hükümlerinin Türk kamu düzenine aykırı olup olmadığı mahkemece re'sen değerlendirilmelidir. Kural olarak yabancı hukuk hükmünün Türk hukukundan farklı olması, kamu düzeni müdahalesini gerektirmemekle birlikte; çocuğun üstün menfaati kendisinin içinde bulunduğu şartlar itibarıyla vesayet altına alınmasını zorunlu tutmasına karşın yetkili yabancı hukuk buna cevaz vermiyor ise, bu durumda MÖHUK m.5 gereğince kamu düzeni müdahalesi istisnai olarak devreye girecek ve Türk Medeni Kanunu uygulama alanı bulacaktır.

105 Lagarde (n 15) 549

106 Örneğin ABD hukukunda, çocuğun vesayet altına alınmasını gerektiren sebepler hakkında mutad meskeni eyaleti hukuku uygulanmaktadır. Bkz. Peter Hay, Patrick J. Borchers and Symeon C. Symeonides, *Conflict of Laws* (5th edn, West Publish, 2010) 1322

Çocuğun vesayeti konusunda, Türk kamu düzeni müdahalesini gerektiren önemli kriterlerden biri, çocuğun üstün menfaatidir. Çocuğun üstün menfaati, Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin<sup>107</sup> 3/1. maddesinde güvence altına alınmıştır. Buna göre, kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları, çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerinde, “çocuğun yararını” temel düşünce olarak dikkate alacaklardır. Bu anlayıştan hareketle, çocuğun yüksek yararı kriteri, 2010 yılında yapılan değişiklikle Anayasa'nın 41. maddesinin 3.fikrasında<sup>108</sup> da hayat bulmuştur.

Şu halde, çocuğun vesayet altına alınması talebine yabancı bir hukuk uygulanacak olduğunda, Türk mahkemesi, uygulayacağı yabancı kanun hükmünün mutlaka çocuğun üstün menfaatine hizmet edip etmeyeceğini denetlemek yükümlülüğündedir.

Kanaatimizce, çocuğu vesayet altına alınması taleplerine uygulanacak hukuku düzenleyen MÖHUK'un 10.maddesinin 2.fikrasında yer alan “mutad meskeni Türkiye’de ise” ifadesinin değiştirilmesi gerekir. Zira “mutad mesken”, hukuki bir kavram olmamakla birlikte, çocuğun yaşam merkezini ve yaşamını düzenli olarak devam ettirdiği yeri ifade etmesi bakımından vesayet ilişkisinin mahiyetine çok uygun düşmemektedir. Bunun yerine, çocuğun sakin olduğu yer ifadesinin kullanılması daha doğru olacaktır.

Bir örnek vermek gerekirse, Hollanda ve kimi ABD eyalet hukukunda uyuşturucu kullanımı belli oranlarda serbest bırakılmıştır. Uyuşturucu kullanan Hollanda vatandaşı anne ve babanın, çocuğuyla birlikte dört günlüğüne Türkiye’ye gelip tatilini geçirdiği bir zaman zarfında, uyuşturucu kullanmaları ve tutuklanmaları sebebine bağlı olarak çocuğun vesayet altına alınması ihtimal dahilindedir. Böyle bir durum söz konusu olduğunda, çocuğun vatandaşı olduğu Hollanda hukuku, anne ve babasının uyuşturucu kullanıyor olmasını, velayetin sona ermesini gerektiren bir sebep olarak görmeyebilir. İşte bu ihtimalde, MÖHUK 10/2’deki istisna kuralı devreye girecek olup çocuğun mutad meskenin Türkiye’de bulunup bulunmadığına bakılacaktır. Türkiye’ye ailesiyle birlikte dört günlüğüne gelen bir çocuğun mutad meskenin Türkiye olduğunu söylemek mümkün değildir. İşte bu gibi ihtimallerin önüne geçmek adına, “çocuğun mutad meskeni” yerine, “çocuğun sakin olduğu yer” bağlama noktası olarak düzenlenir ise, çocuk derhal Türk hukukuna göre vesayet altına alınabilecektir. Kaldı ki, böyle bir düzenleme MÖHUK’un 42. maddesindeki yetki hükmüyle de tutarlılık ve uyum gösterecektir.

Aksi taktirde, mutad meskeni Türkiye’de bulunmayan Hollanda vatandaşı çocuk hakkında, kamu düzeni kriteri referans alınmadıkça vesayet kararı verilemeyecektir; ki bu durum Çocuk Hakları Sözleşmesi gereği, çocuğun üstün menfaatine aykırılık oluşturacaktır.

107 RG: 27.01.1995/22184.

108 Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir.

### **C. Vesayet Yetkisinin Kullanılmasına Uygulanacak Hukuk**

1996 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin 3/a maddesi, vesayet yetkisinin kullanılmasına ilişkin talepler hakkında sözleşme hükümlerinin uygulanacağını belirtmiştir. Sözleşmenin 17. maddesi gereğince, vesayet sorumluluğu hakkında, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu devletin hukuku uygulanacaktır. Bu hukukun maddi hukuk hükümleri uygulanacaktır. Zira Sözleşme'de yer alan kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca uygulanacak devlet hukukunun sadece iç maddi hukuk kuralları uygulanacak olup; kanunlar ihtilafı kurallarının dikkate alınmayacağı açıkça hükme bağlanmıştır(m.21). Şayet çocuğun mutad meskeni değişir ise, yeni mutad mesken devleti hukuku uygulanacaktır.

Vesayet sorumluluğu yürütülürken, çocuk hakkında hangi işlemler için vesayet makamından izin alınmasının gerekeceği hangileri için gerekmediği sorusunun cevabı ise, Sözleşmenin 17. maddesi gereği, çocuğun mutad meskeni hukukuna bakılarak cevaplanacaktır. Keza vesayet altına alınan çocuğun hangi işlemleri vasinin izni ile veya katılması ile yapacağı da vesayetin yürütülmesine uygulanacak hukuka göre belirlenecektir.

Çocuğun mutad meskeninin değişmesi halinde, vesayet sorumluluğu, yeni mutad meskeninin bulunduğu devletin hukukuna tabi olacaktır. Sözleşmenin 20. maddesine istinaden, vesayet sorumluluğuna ilişkin kanunlar ihtilafı kuralları, sözleşmeye taraf olmayan devletler bakımından da uygulanacaktır. Bir diğer ifadeyle, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu devlet, 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi'ne taraf olmayan bir devlet dahi olsa, yetkili makam ve merciler, çocuğa ilişkin vesayet sorumluluğu hakkında, çocuğun mutad meskenin bulunduğu devletin maddi hukuk kurallarını (m.21) uygulayacaktır.

Şu halde, 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin yürürlüğe girmesinden sonra, çocuk hakkında mevcut ve önceden kurulmuş olan vesayet sorumluluğunun sürdürülmesi talepleri hakkında, MÖHUK'un 10. madde hükmü değil, 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin 17.maddesi yani çocuğun mutad meskeni hukuku uygulanacaktır.

### **D. Vesayetin Başka Kişiyे Devredilmesini (Tevdi Edilmesini) Gerektiren Sebeplere Uygulanacak Hukuk**

Sözleşmenin 3/a maddesi gereğince, vesayet sorumluluğunun bir başkasına devri, tevdi edilmesi de sözleşmenin kapsamı içerisindedir. Vesayet altındaki çocuktan sorumlu olan vasinin, Türk hukukunun öngördüğü şartları sonradan yitirmesine bağlı olarak, azli veya istifası sebebiyle vesayetin sona ermesi durumunda, çocuğa yeni bir vasi atanabilir. İşte bu gibi ihtimaller dikkate alınarak, vesayetin hangi hal ve şartlarda bir başka kişiyе devredilmesinin gerekeceği, diğer bir ifadeyle vesayetin devredilmesini gerektiren sebeplere hangi hukukun uygulanacağını ikili bir ayrıma



tabi tutarak değerlendirmek gerekir. Hemen belirtelim ki, çocuk için atanan vasinin değişecek olması, vesayetın sona ermesi değil bilakis vesayetın devamına ilişkin bir meseledir. Diğer bir ifadeyle vasi değişikliği, vesayet sorumluluğunun uygulanmasına, devamına ilişkindir. Vasi değişikliği sebeplerine uygulanacak hukuk bakımından iki ihtimal söz konusu olabilir. Birinci ihtimal, vasi değişikliğine uygulanacak hukuk hakkında Sözleşmenin 17. maddesinin uygulanmasıdır. Zira Sözleşmenin 17. maddesi, vesayet sorumluluğunun uygulanmasına uygulanacak hukuku düzenlemekte ve yetkili hukuku, çocuğun mutad meskeni hukukuna tabi tutmaktadır. Şayet, çocuğun mutad meskeni değişecek olur ise, yetkili hukuk çocuğun yeni mutad meskeninin bulunduğu devlet hukuku olacaktır. Söz konusu düzenleme, Sözleşmenin 15/3 maddesini dikkate almakta ve onunla uyumluluk göstermektedir<sup>109</sup>.

Şu halde, Türkiye’de bulunan ve yabancılık unsuru taşıyan vesayet ilişkisi bakımından vasinin değişmesi gerektiren bir durum söz konusu olur ise, artık MÖHUK madde 10/3 hükmüne istinaden Türk maddi hukuku yetkili olmayıp, onun yerine (1996 tarihli) Sözleşme gereği çocuğun mutad mesken hukuku dikkate alınacaktır. Çocuğun mutad meskeni devleti hukukunun maddi hukuk hükümleri uygulanacaktır zira Sözleşmenin 21/1 hükmü gereğince atıf reddedilmiştir<sup>110</sup>.

İkinci ihtimal ise, vesayet yetkisinin başka bir kişiye devredilmesinin, “vesayetın uygulanması koşullarında değişiklik” olarak nitelendirilmesidir. Böyle bir nitelendirme yapılacak olur ise, Sözleşmenin 18. maddesinin 16. maddesine yaptığı açık atıf gereğince, adli veya idari bir makamın müdahalesi olmaksızın vasinin değiştirilmesini gerektiren sebepler, kanundan doğabilir veya vasinin görevi kanun gereğince sona erebilir. Bunların dışında, bir anlaşma veya tek taraflı işlem ile de vasinin görevi sona erebilir. Tüm bu ihtimallerde de yine çocuğun mutad meskeninin bulunduğu devlet hukuku uygulanacaktır (m.16/1). Keza, vesayet sorumluluğunu yerine getiren vasinin, tek taraflı hukuki işlemi olan istifasına bağlı olarak 3. bir kişinin vasi olarak atanmasının gerektiği hallerde ise, sözleşmenin 16/2 hükmü gereğince, vasinin istifasının yürürlüğe girdiği tarihte çocuğun mutad meskeninin bulunduğu devletin hukuku uygulanacaktır.

Görüldüğü üzere vasinin değişmesi veya vesayetın başka bir kişiye devredilmesini gerektiren sebeplere uygulanacak hukuk bakımından Sözleşme tahtında ister 17. madde hükmü ister 18. madde hükmü dikkate alınsın herhangi bir farklılık yaratmayacak ve yetkili hukuk, çocuğun mutad meskeni hukuku olacaktır.

Türk hukukunda, vasi değişikliği halinde, çocuğa atanacak yeni vaside bulunması gereken özellikler, TMK madde 413’te sayılmıştır. Buna göre vesayet makamı, bu görevi yapabilecek yetenekte olan ergin bir kişiyi vasi olarak atayacaktır. Vasi, birden

109 Lagarde (n 15) 581

110 Lagarde (n 15) 583

fazla kişi olabilir. Vasi ancak tam ve fiil ehliyetli ergin kişi olabilir. Vasi olmaya engel sebepler TMK. madde 418'de sıralanmıştır. Buna göre, kısıtlılar veya kamu hizmetinden yasaklılar veya haysiyetsiz hayat sürenler veya vasinin menfaati ile çocuğun menfaati önemli ölçüde çatışanlar veya çocukla arasında düşmanlık bulunanlar veya çocuğun bağlı bulunduğu vesayet daireleri hâkimleri vasi olarak atanamazlar. Şayet yabancı çocuğun vesayeti bakımından, bu nitelikteki olan kişiler, şayet sözleşme gereğince uygulanacak hukuk olan çocuğun mutad meskeni devleti hukuku gereğince vasi olarak atanabilecek kişilerden sayılır ise, kamu düzeni müdahalesi (Sözleşme madde 22) gereği, yabancı hukukun ilgili o hükmü uygulanmayacaktır. Diğer yandan, Türk hukukunda vasi tayininde mahkemenin dikkat etmek zorunda olduğu iki husus vardır. Bunlar, vasi tayininde çocuğun ana ve babasının, isteğinin göz önünde tutulması (TMK. 415) diğeri de TMK 414 hükmü uyarınca, vasi atamasında, vesayet altına alınacak çocuğun yakın kan hısımlarına öncelik verilmesidir. Vesayet altına alınmış yabancı çocuk için vasi değişikliği hakkında çocuğun mutad meskeni hukuku, şayet TMK. 414 ve 415 hükümlerinin içeriğine benzer düzenlemeler ihtiva etmiyor ise bu durum kanaatimizce Türk kamu düzeninin müdahalesine sebebiyet vermeyecektir. Hakimin, çocuğun vesayet işlerinde, kamu düzeninden olarak dikkate alması gereken hususlar; çocuk idrak çağında ise kendisinin görüşünü alması ve onu bilgilendirmesi ve de atanacak olan yeni vasinin özelliklerinin, çocuğun üstün menfaatinin gözetildiği değerlerle çelişiyor olmasıdır.

Vesayetin diğer bir kişiye geçmesini gerektiren durum, vasilik görevinin süre yönünden sona ermesinden de kaynaklanabilir. Bu hususta da, Sözleşmenin 17. maddesi uygulanacak ve vesayet altındaki yabancı çocuğun mutad meskeni hukuku, vasinin görev süresini belirleyecektir. Şayet bu süre, sona ermiş ise, Sözleşme gereğince yetkili mahkemeler, çocuk vasi atama işlemi yenileyeceklerdir. Türk hukukunda TMK. 456 gereğince vasi iki yıl için atanmaktadır ancak bu süre kamu düzeninden değildir. Şu halde, vesayet altındaki yabancı çocuk hakkında, vasinin görev süresini belirleyecek olan çocuğun mutad meskeni hukukunun öngördüğü sürenin iki yıldan fazla veya az olması (Sözleşme m.22'ye istinaden) Türk kamu düzeni müdahalesini gerektirmeyecektir. Ancak çocuğun öznel durumu ve yaşı dikkate alındığında, özellikle vasinin görev süresini çok kısa tutan yabancı hukuk hükmü, çok sık aralıklarla vasi değişikliğine sebebiyet verecek ise ve bu durumun çocuğun üstün menfaatine hizmet etmeyecek olması sebebiyle kamu düzeni müdahalesini haklı kılabilir.

Vasiliğin devir ve teslimi de, vesayet sorumluluğunun uygulanmasının bir yönünü oluşturması sebebiyle, bunun usulü de çocuğun mutad meskenin devleti hukukuna bakılarak yürütülecektir.

Vasinin sorumluluğunu ve görevini sona erdiren hallerden biri de hiç şüphesiz, vasinin vefat etmesidir. Ancak vasinin vefat etmesi, çocuk üzerindeki vesayetin sona

ermesi demek değildir. Vasinin vefat etmesi çocuğa yeni vasi atanmasını gerektiren bir durum olması sebebiyle, 1996 tarihli Sözleşmenin 11/1 ve 15. madde hükümleri birlikte ele alınarak, çocuğun bulunduğu devletin hukuku uygulanacaktır. Türkiye’de bulunan vesayet altındaki yabancı bir çocuk için atanan vasinin vefat etmesi durumunda, yeni vasi atanması hakkında yetkili hukuk, Sözleşmenin 15/1. maddesine istinaden Türk hukuku olacaktır. Sözleşmenin mevcut düzenlemesinin MÖHUK’un 10.maddesinin 3.fıkrasına bu yönden bir etki yaratmadığını söyleyebiliriz. Her ne kadar sözleşme hükmü öncelikli uygulanacak olsa da, MÖHUK’un mevcut (m.10/3) düzenlemesi, Sözleşmeyle paralel ve uyumlu bir düzenleme olduğundan, mahkeme uygulamasında herhangi bir tereddüt yaratmayacak ve de yabancı hukuk hükmünü araştırmasına gerek kalmayacağından, yargılama hızı da kesilmemiş olacaktır. Diğer yandan, yukarıda yaptığımız açıklamalara paralel olarak, vasi değişikliği, şayet vesayet sorumluluğunun uygulama koşullarında değişiklik olarak nitelendirilecek olur ise, bu taktirde, Sözleşmenin 16. madde hükümleri dikkate alınarak, çocuğun mutad meskeni devleti hukuku uygulanarak; vasinin vefat etmesinin çocuğun vesayeti üzerindeki etkisi hakkında karar verilecektir.

### **E. Çocuk Hakkında Verilen Vesayet Kararının Kaldırılması veya Sona Erdirilmesi Sebeplerine Uygulanacak Hukuk**

Sözleşmenin 16. madde hükmü, vesayetin sona ermesi veya kaldırılmasıyla sınırlı olarak ele alınması gerektiğinden; vesayet sorumluluğunun, adlî veya idarî makamın müdahalesi olmaksızın, sona ermesi talepleri hakkında, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu devlet hukuku uygulanacaktır. (m.16/1). Vesayet sorumluluğunun, adlî veya idarî makamın müdahalesi olmaksızın, bir anlaşma veya tek taraflı işlem ile sona ermesi durumunda ise, anlaşma ya da tek taraflı işlemin yürürlüğe girdiği sırada çocuğun mutad meskeninin bulunduğu devletin hukuku uygulanacaktır (m.16/2). Bu duruma örnek olarak çocuğun ergin olmasını gösterebiliriz. Çocuk mutad meskeni devleti hukukuna göre, çocuk ergin olduğu yaşa bastığında, kanunen vesayet ilişkisi sona erebilir. Nitekim Türk hukuku da aynı anlayışı benimsemiş ve küçük üzerindeki vesayetin, onun ergin olmasıyla kendiliğinden sona ereceğini kabul etmiştir<sup>111</sup>.

Sözleşme gereğince, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu devletin hukuku uyarınca mevcut olan vesayet sorumluluğu, mutad meskenin bulunduğu yerin diğer devlet olarak değişmesinden sonra da varlığını sürdürmeye devam edecektir(m.16/3).

1996 tarihli Lahey Sözleşmesi prensip olarak yetkili kanunlar ihtilafı kuralı bakımından atfî reddetmekle birlikte, istisnai olarak çocuk üzerindeki vesayet sorumluluğunun adli veya idari makamın müdahalesi olmaksızın kanun gereği veya

111 Türk Medenî Kanunu m. 470/1

hukuki işlemle sona ermesi durumunda dikkate almaktadır. Sözleşmenin 21. maddenin 2. fıkrası; “atfı”, şartlı olarak, adli veya idari bir makamın müdahalesi olmaksızın vesayet sorumluluğunun kanun gereği veya hukuki bir işlem sona ermesine uygulanacak hukukun, Sözleşme’ye akit olmayan bir devletin hukuku olması halinde kabul etmiştir. Buna göre; 16. maddedeki kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca yetkili akit olmayan devlet hukukunun kanunlar ihtilafı kuralları; bir başka akit olmayan devletin hukukuna atfı yapması ve bu atfı yapılan akit olmayan devletin kendi hukukunun uygulanmasını öngörmesi halinde dikkate alınacak ve atfı yapılan (ikinci) akit olmayan devletin maddi hukuk kuralları uygulanacaktır. Ancak atfı yapılan (ikinci) akit olmayan devletin kanunlar ihtilafı kuralları kendi hukukunun uygulanmasını öngörmüyor ise, atfı reddedilecek ve 16. madde uyarınca yetkili akit olmayan devletin iç maddi hukuku uygulanacaktır<sup>112</sup>.

Vesayetin sona ermesini gerektiren sebebe uygulanacak hukuka ilişkin ikinci ihtimal ise, söz konusu değişiklik için adli veya idari makamın müdahalesinin gerekmesidir. Şayet vesayetin diğer bir kişiye devredilmesi, adli veya idari makamın müdahalesini gerektiriyor ise, bu taktirde Sözleşmenin 15. maddesi dikkate alınarak, çocuğun bulunduğu devletin hukuku (15/1) veya 15/2 hükmü gereğince, çocuğun şahsının korunması bakımından somut bağlantısı bulunan diğer bir devlet hukuku uygulanabilir. Bu taktirde yetkili hukuk belirlenirken, ilgili devlet hukukunun kanunlar ihtilafı kurallarına bakılacaktır. Bu duruma örnek olarak, çocuğun erginliğine mahkemece karar verilmesi durumu gösterilebilir. Bu durumda, yabancı çocuk hakkında Türk mahkemesi MÖHUK madde 9/1 hükmünü uygulayarak, küçüğün hangi tarihte ergin olacağını tespit edebilir.

## F. Vesayet Altındaki Çocuğun Temsiline Uygulanacak Hukuk

Türkiye, 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi’ne taraf olmamış olsaydı, çocuğu temsil eden kişinin yetkilerine uygulanacak hukuk MÖHUK’taki kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirlenecekti. Diğer bir ifadeyle, vasinin, çocuğu temsil hakkına uygulanacak olan hukuk vesayete uygulanacak olan hukuka göre belirlenecekti<sup>113</sup>.

1996 Tarihli Lahey Sözleşmesi sonrası ise, çocuğu temsil eden kişi veya kurumların yetkilerinin kapsam ve sınırları (m.3/d) sözleşmenin düzenlediği kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirlenecektir<sup>114</sup>. Çocuğun temsili, Sözleşmenin 17. maddesi uyarınca vesayet sorumluluğunun yürütülmesinin kapsamına girdiğinden, çocuğun mutad meskeni hukuku uygulanacaktır.

112 Ulusu-Karataş (n 22) 971; Nihal Uluocak, ‘Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Tedbirleri Hakkında Yetkiye, Uygulanan Kanuna, Tanıma ve Tenfize ve İşbirliğine Dair Sözleşme Tasarısının Değerlendirilmesi’ (1996) 16 (1-2) MHB 123

113 Çelikel and Erdem (n 21) 453

114 Bkz. Lagarde (n 15) paragraf 14, 545; Practical Handbook on The Operation of The 1996 Hague Child Protection Convention (n 23) 27

### **G. Vasinin Gerçekleştirdiği İşlemler Bakımından İşlem Güvenliği İlkesi**

Sözleşme’de, çocuğun mutad meskeninin değiştiği hallerde, önceki mutad mesken hukukuna göre alınan koruma tedbiri kararları (m. 15/3) ile önceki mutad mesken hukukuna göre kanun gereği veya hukuki bir işlem ile tesis edilen vesayet sorumluluğunun (m. 16/3) yürürlüğünü devam ettirmesine ilişkin kuralların benimsenmesi; yeni mutad mesken devletinde faaliyet gösteren iyi niyetli üçüncü kişilerin, çocuğun hukuken gerçek yasal temsilcisinin kim olduğu veya hangi yetkilere sahip olduğu konusunda şüpheye düşebilmeleri riskini de beraberinde getirmektedir<sup>115</sup>.

Sözleşme’nin 19. maddesinde; işlem güvenliğini tesis etmek adına, “hukuki işlemin yapıldığı ülke hukukuna göre” çocuğun yasal temsilcisi olma yetkisine sahip kişiler ile hukuki işlem gerçekleştiren üçüncü kişilerin iyi niyetini korumaya yönelik bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre; iyi niyetli üçüncü kişiler ile gerçekleştirilen işlemlerin geçerliliğine, hukuki işlemin yapıldığı ülke hukukuna göre çocuğun vasisi olarak hareket etmeye yetkili kişinin, gerçekte, 15 ila 18. maddeler uyarınca uygulanacak hukuka göre yetkili olmadığı gerekçesiyle itiraz edilemeyeceği ve üçüncü kişinin bu gerekçeyle sorumlu tutulamayacağı hüküm altına alınmıştır<sup>116</sup>.

Sözleşme’nin 19. maddesi uyarınca, “hukuki işlemin yapıldığı ülke hukukuna göre” çocuğun yasal temsilcisi olma yetkisine sahip vasi ile hukuki işlem gerçekleştiren üçüncü kişilerin korunabilmesi için aranan şartlar; (i) üçüncü kişinin, vesayet sorumluluğunun Sözleşme’nin 15 ila 18. maddelerinde gösterilen hukuka tabi olduğunu bilmemesi veya bilebilecek durumda olmaması (iyiniyetli olması) ve (ii) söz konusu işlemin, aynı devlet ülkesinde bulunan kişiler arasında gerçekleştirilmiş olmasıdır (m. 19/2)<sup>117</sup>.

### **X. Çocuğun Vesayetine Uygulanacak Hukuka Kamu Düzeni Müdahalesi**

Çocuğun şahsının ve malvarlığının korunması için vesayet altına alınmasının hukuki dayanağının bir diğer sütununu şüphesiz, çocuğun üstün menfaati oluşturmaktadır.

Çocuğun vesayetiyle ilgili her işlem ve aşamada; ister vesayet altına alınma sebebi olsun ister vesayetin sürdürülmesi olsun ister vesayetın sona ermesini gerektiren haller olsun; adli ve idari makamlar, Türk kamu düzeninin vazgeçilmez değerlerinden olan, “çocuğun üstün menfaati”ni her daim gözetmelidirler<sup>118</sup>. Çocuğun üstün menfaatini gözetmekle yükümlü tutulan vesayet makamı, şayet görüşünün alınacağı

115 Tiryakioğlu (n 26) 407; Uлуу-Karataş (n 22) 969 vesayete uyarlanarak naklen.

116 Uлуу-Karataş (n 22) 969 vesayete uyarlanarak naklen.

117 Uлуу-Karataş (n 22) 969 vesayete uyarlanarak naklen.

118 Çocuk Hakları Sözleşmesi madde 3/1; Engelli Hakları Sözleşmesi madde 7/2

yaş ve olgunlukta ise çocuğun vesayetiyle ilgili konularda çocuğun kendisini ifade etmesine imkan tanınmak zorundadır<sup>119,120</sup>. Çocuğun üstün menfaatinin kapsamına, şüphesiz, vesayet altındaki çocuğun istikrarlı bir ortamda gelişme ve büyümesinin sağlanması da girmektedir. Çocuk Hakları Sözleşmesi gereğince de, çocuğun vesayetine ilişkin kamu düzeninden sayılacak dört temel ilke vardır. Bunlar: a) çocuğun vesayetine ilişkin her işlem ve konuda çocuğun üstün menfaatinin esas olduğu (m.3) b) çocuğun vesayetine ilişkin konularda ayrımcılık yapılamayacağı (m.2) c) çocuğun vesayetine ilişkin kararlarda, idrak edebilecek yaş ve olgunlukta ise, kendi görüşünün alınması ve bu görüşüne mümkün mertebe değer atfedilmesinin gerektiği (m.12) d) vesayet altına alınacak çocuğun, kendini geliştirme hakkına saygı duyulması gerektiğidir (m.6).

Türk mahkemesi, yabancılik unsuru içersin veya içermesin vesayete ilişkin hususlarda bu dört temel ilkeyi her zaman ve her işleminde gözetmelidir. Şayet yabancı çocuğun vesayetine uygulanacak yetkili hukuk, yukarıda saydığımız dört temel değer ile çelişirse, yabancı hukuktaki ilgili düzenleme dikkate alınmayıp, Türk maddi hukuku uygulanacaktır. Bu aynı zamanda 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin 22. maddesinin de gereğidir.

### **XI. 1996 Tarihli Lahey Sözleşmesinin Yürürlüğe Girmesinden Önce Açılmış ve Derdest Olan Çocuğun Vesayetine İlişkin Davalar Üzerinde Sözleşme Hükümlerinin Olası Etkisi**

1996 tarihli Lahey Sözleşmesi, Türk hukuku bakımından 1.02.2017 tarihi itibariyle yürürlük kazanmıştır<sup>121</sup>. Şu halde, sözleşmenin yürürlüğe girmesinden önce yabancı çocuk hakkında vesayet kararı verilmiş olmakla birlikte; vesayet ilişkisi devam ederken, vesayette ilişkin tedbirlerde değişiklik yapılması veya sona erdirilmesi gerekiyor ise; ve de bu süreç zarfında Sözleşme yürürlüğe girmiş ise artık 1996 tarihli Sözleşme hükümleri uygulanacaktır. Nitekim, madde 53/1 gereğince, Sözleşme kapsamında çocuğa ilişkin alınan tedbirlerin, ancak sözleşmenin o devlette yürürlüğe girmesinden sonra uygulanabileceği hüküm altına alınmıştır.

Yukarıda yaptığımız açıklama, vesayet ilişkisinin sona ermesi bakımından da geçerlidir.

119 Vesayet işlemleri ve kanuni temsil işlemlerinde çocuğun görüşünün alınması gerektiği hakkında bkz. UN Committee on the Rights of the Child, *General Comment No. 6 (2005) Treatment of Unaccompanied and Separated Children Outside Their Country of Origin* (CRC/GC/2005/6, 2005) paragraf 25, 9. Ayrıca Guidelines for the Alternative Care of Children (n 101) 100

120 Çocuk vesayet altında olsa da, tıbbi müdahale gerektiren durumlarda, vasinin izni alınmış olsa bile, anlatılanları anlayabileceği ölçüde, çocuğun dinlenmesi suretiyle mümkün olduğu kadar bilgilendirme sürecine ve tedavisi ile ilgili alınacak kararlara katılımı sağlanmalıdır. Hasta Hakları Yönetmeliği madde 24/2. RG: 01.08.1998/23420.

121 Bkz. dn 74'te yapılan açıklamalar.

## **XII. Vesayete İlişkin İki Taraflı Adli Yardım Anlaşmalarının 1996 Tarihli Lahey Sözleşmesine Etkisi**

Türkiye'nin çeşitli devletlerle imzaladığı iki taraflı adli yardım anlaşmaları bulunmaktadır. Bu anlaşmaların bazılarında çok nadir olarak, bazı hayat ilişkilerine dair kanunlar ihtilafı kuralları düzenlenmiştir. Bu duruma örnek anlaşmalardan biri, Türkiye ile Ukrayna arasında hukuki konularda adli yardımlaşma ve işbirliği anlaşmasıdır<sup>122</sup>. Anlaşmanın 26. maddesi vesayet ve kayımlığı düzenlemektedir. Buna göre, akit devlet vatandaşları hakkında vasi tayini gerekiyor ise; bu hususta yetkili hukuk, anlaşmada aksi öngörülmedikçe vasi tayini gerekli görülen kişinin vatandaşı olduğu devlet hukuku olacaktır.

Ukrayna<sup>123</sup> da Türkiye de 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi'ne taraftır. 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi hükümlerinin, söz konusu adli yardım sözleşmesi üzerindeki etkisi, Sözleşmenin 52/3. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, iki taraflı adli yardım anlaşması hükümleri, 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi hükümlerinin uygulanmasını etkilemeyecektir. Diğer bir ifadeyle, Türkiye'de bulunan Ukrayna vatandaşı bir çocuk hakkında şayet vesayet kararı alınması gerekiyor ise, bu hususta çocuğun vatandaşı olduğu devlet hukuku uygulanacaktır. Buna mukabil, hakkında daha önce vesayet ilişkisi tesis edilmiş olan Ukraynalı çocuk hakkında vesayetin sürdürülmesi, bir başkasına tevdi edilmesi veya sona erdirilmesi sebepleri hakkında yetkili hukuk, Sözleşme hükümleri olacak olup, bu hukuk da çocuğun mutad meskeni devleti hukuku olacaktır.

## **XIII. Çocuğun Korunmasının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesiyle Olan İlişkisi**

Çocukların korunması, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin taraf devletlere yüklediği bir sorumluluktur. Bu husus, Sözleşmenin 8. maddesinden kaynaklanan çocuğun özel hayatına ve aile hayatına saygı ilkesinin bir yansımasıdır. Çocukların korunması ve gözetimi, velayet altındaki çocuklar bakımından anne ve babalarının sorumluluğunda olmakla birlikte bu sorumluluğun gereği gibi yerine getirilmediği durumlarda, akit devlet makamları, çocuğun korunmasına yönelik tedbirleri almakla yükümlü tutulmuşlardır. Nitekim, Avrupa İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek-7 Nolu Protokol<sup>124</sup>'ün 5.maddesinde, çocukların menfaati için gerekli tedbirlerin akit devlet makamlarınca alınacağı hüküm altına alınmıştır.

122 RG: 22.12.2003/25324

123 Ukrayna, Sözleşmeyi, 3.04.2007 tarihinde tasdik edip, onaylamıştır. Sözleşme, 1.02.2008 tarihinde Ukrayna'da yürürlüğe girmiştir. Bkz. <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=70>

124 RG:8.4.2016 – 29678.

AİHM'e konu olan bir uyuşmazlıkta<sup>125</sup>, Mahkeme, Fransız makamlarının, Cezayir hukukuna göre (kafala) müessesesine tabi olan Cezayir vatandaşı çocuğun, Fransa'da evlat edinilmesine ilişkin talebinin reddedilmesini, AİHS'nın 8. maddesinin gözettiği aile hayatına saygı ilkesinin bir ihlali olarak görmemiştir. Zira AİHM'e göre, kafala müessesesi, çocuğun bakıcısı tarafından, tıpkı öz babasının davranacağı şekilde yetiştirilmesine, bakılmasına, eğitimine ve korunmasına imkan sağladığından ve de Cezayir mahkemesince verilen kafala kararı, Fransız hukukunda -nitelik olarak- evlat edinme kabul edilmemesine karşılık, velayet, vesayet veya benzeri bir müesseseye denk tutulmuş olması sebebiyle, başvurucunun menfaati ile toplum arasında adil bir dengesizlik meydana gelmemiştir. Bu sebeple AİHS'in güvence altına aldığı 8. madde hükmünün ihlal edilmediğine karar vermiştir.

### Sonuç ve Öneri

1996 tarihli Lahey Sözleşmesi, Türk Milletlerarası Özel Hukukunda önemli etkileri olan ve mahkemeler arasında adli işbirliğini gerektiren aynı zamanda velayet ve vesayete ilişkin kimi kanunlar ihtilafı kurallarında değişiklikler getiren çok yönlü bir sözleşmedir. Sözleşmenin esas konusu velayet olmakla birlikte, velayet sorumluluğunun kapsamına vesayet sorumluluğu da girmektedir. Makalemizde, 1996 tarihli Sözleşme hükümleri, çocuğun vesayetiyle sınırlı olarak incelemiştir. Vesayet kararlarında, mahkemelerin yetkisi ile yabancı vesayet kararlarının diğer akit devletlerde tanınması ve tenfizi konusu, çalışmanın kapsamı dışında tutulmuştur.

Çocuk ile vasi arasındaki vesayet sorumluluğuna uygulanacak hukukun, çeşitli yönleri bulunmaktadır. Yabancı unsur taşıyan hayat ilişkisi bakımından çocuğun vesayet altına alınmasını gerektiren sebepler hakkında MÖHUK'un 10. maddesi uygulanmaya devam edecektir. Zira sözleşmenin 16. madde hükmü; çocuğun velayeti esas alınarak düzenlendiğinden; herhangi bir adli veya idari makamın müdahalesi olmaksızın çocuğun vesayet altına alınmasının pek mümkün olmayacağını düşünmekteyiz. Vesayet ilişkisinin tesisi bakımından adli ve idari bir makamın müdahalesinin gerekli ve zorunlu olması çocuğun üstün menfaatinin bir gereğidir. Soybağı, çocuğun annesi ve babasıyla prensip olarak doğum yoluyla kurulduğundan ve pek çok devlet hukukunda da bunun dayanağı kanuni düzenlemede yer alıyor olmasına karşılık; aynı şeyi vesayet ilişkisinin tesisi bakımından söylemek mümkün değildir. Kaldı ki, vesayet ilişkisinde çocuk ile vasi arasında herhangi bir soybağı ilişkisi de kurulmamaktadır. Bu nedenle, adli veya idari bir makamın müdahalesi olmaksızın çocuğun vesayet altına alınması Türk hukuku bakımından mümkün değildir. Bu hususun, kamu düzeninden olduğunun kabulü gerekir. Nitekim vesayet ilişkisinin düzenlendiği TMK'nın Aile Hukuku Kitabının 3.Kısımında, gerek vesayetin tesisinde gerekse vesayete ilişkin önem arz

125 *Harroudj v. Fransa* App no 43631/09 (ECtHR, 4 November 2012) paragraf 51; İlyas Arslan, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Milletlerarası Özel Hukuka Etkisi* (Adalet Yayınevi, 2019) 820



eden hususlarda vesayet makamının veya hakimnin izninin alınması bir şart olarak aranmıştır. Çocuğun esenliği için vesayet altına alınmasının gerektiği hallerde, TMK. kendiliğinden bir kişi veya kuruma vesayet sorumluluğunu vermemiş; bilakis çocuğun üstün menfaatini gözeterek çocuk hakkında bu sorumluluğun en iyi şekilde yerine getirilmesinin izin ve denetimini, vesayet makamına veya hakime bırakmıştır. Ayrıca belirtelim ki; Çocuğun Korunmasına İlişkin Alternatif Tedbirler başlıklı BM Tavsiye Kılavuzu da çocuk hakkında vesayet ilişkisinin kurulmasında mutlaka adli veya idari makamın müdahalesini şart koşmuştur.

Yabancı çocuk hakkında vesayet ilişkisinin kurulması sebepleri hakkında her ne kadar MÖHUK'un 10. maddesi uygulanacak olsa da, söz konusu hükmün eksik yönleri daha doğru ifadeyle yetersiz kaldığı durumlar da bulunmaktadır. 10.madde hükmü sırasıyla iki tane bağlama noktası belirlemiştir. Öncelikle çocuğun vesayet altına alınmasını gerektiren sebepler hakkında çocuğun milli hukuku uygulanacaktır. Şayet bu hukuka göre, çocuk vesayet altına alınamıyor ise, mutad meskeninin Türkiye'de bulunup bulunmadığına bakılacaktır. Şayet mutad meskeni Türkiye'de bulunuyor ise hakimnin takdirine göre çocuk hakkında vesayet kararı verilebilecek veya verilemeyecektir. Söz konusu takdir hakkının, hayat ilişkisi bakımından yetkili hukuku düzenleyen kanunlar ihtilafı sistemi ve mantığıyla ne kadar uyumlu olduğunu bir yana bırakacak olursak, esas sorun, çocuğun kısa bir süre için Türkiye'de bulunduğu durumlarda ortaya çıkacaktır. Sözgelimi çocuğun, anne ve babasının dört günlüğüne İstanbul'a geldiği turistik bir gezide trafik kazası geçirip vefat etmesi ihtimalinde, çocuğun bir an önce vesayet altına alınmasında hem hukuki hem de üstün menfaati vardır. İşte böyle bir durumda, çocuğun mutad meskeni Türkiye'de bulunmadığından, çocuk ancak, kamu düzeni istisnası devreye sokularak vesayet altına alınabilecektir. Oysa çocuğun vesayeti gibi önemli bir konuda, mahkeme uygulamaları bakımından bile yeknesaklığın sağlanmadığı kamu düzeni kavramına meselenin çözümünü bırakmak hukukun temel prensip ve ilkelerinden olan öngörülebilirlik ilkesine aykırılık oluşturmaktadır.

Bu nedenle, MÖHUK'un 10. maddesine, (zorunlu olmaksızın) çocuğun Türkiye'de bulunması ihtimalinin de eklenmesini önermekteyiz. Kaldı ki, vesayet işlerinde yetkiyi düzenleyen MÖHUK'un 42. maddesi dikkate alınacak olduğunda önerimizin, madde hükmüyle de uyumluluk sağlayacağını söyleyebiliriz.

MÖHUK'un 10. maddesine yeni bir fıkra eklenerek, "Türkiye'de bulunan yabancı devlet vatandaşı kimsesiz çocuklar ile içinde bulunduğu durum gereği acil koruma altına alınması gereken çocuklar hakkında Türk hukuku uygulanır." gibi bir hükmün eklenmesini önermekteyiz. Gerçi, 10/3 hükmünün de buna imkan verdiği söylenebilirse de, vesayet dışında koruma tedbiri olarak çocuğun barınması ve sağlığı için acil tedbirlerin alınması gereken durumlarda, Türk hukukunun açıkça uygulanmasını

öngören bir kanunlar ihtilafı kuralının kanunda yer alması, davaya bakan mahkeme ve hakime kolaylık ve hız kazandıracak olup, 1996 tarihli sözleşme hükümlerini araştırmak durumunda bırakmamış olacaktır. Aksi taktirde Türk mahkemesi, yabancı çocuk hakkında, acil koruma tedbirleri bakımından Sözleşme hükümlerine gitmek durumunda kalacak ve de Sözleşmenin 15.maddesini dikkate alarak, yetkili hukuk olan, çocuğun bulunduğu devlet hukukunu uygulayacaktır. Ki; bu hukuk da MÖHUK'un 10/3 gereği Türk hukuku olacaktır. Ancak bu yöntem, hakime hız kaybettirmiş olacaktır.

Çocuğun vesayet altına alınmasını gerektiren sebepler bakımından kanunda ikili bir ayırımının açıkça yapılması gerektiği kanaatindeyiz. Özellikle küçüğün, kimsesiz çocuklardan olduğu veya anne ve babasının vefat ettiği hallerde çocuğun hızlıca (geçici olsa dahi) vesayet altına alınması gerektiği kanaatindeyiz. Kaldı ki; çocuğun üstün menfaati de kendisinin bir an önce, hukuki bir koruma altına alınmasını gerektirmektedir. Bu hukuki korumanın en hızlı şekilde tesisi için hakimin hukukunun uygulanması gerektiği kanaatindeyiz. Nitekim, TMK.'nın, 404. maddesinde yer alan, velayet altında bulunmayan her çocuğun vesayet altına alınacağını güvence altına alan hükmünün, Milletlerarası Özel Hukuk bakımından, çocuğun üstün menfaatini dikkate alan, kamu düzeninden bir hüküm olduğunu söylemek mümkündür. Bu kapsamda olmayan çocukların, vesayet altına alınma sebepleri hakkında ise, MÖHUK'un 10. maddesi uygulanacaktır.

1996 tarihli Lahey Sözleşmesi sonrası, vesayet ilişkisinin devamına veya uygulanmasına ilişkin meselelere uygulanacak hukuk hakkında Sözleşmenin 17. madde hükmü dikkate alınacaktır. Bu hukuk, çocuğun mutad meskeni devleti hukukudur. 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin vesayet ilişkilerine uygulanacak hukuka ilişkin düzenlediği kanunlar ihtilafı kuralları, akit olmayan devlet hukuklarını da dikkate almakta ve (istisnai hâl hariç) bu hukukun maddi hukuk hükümlerini uygulamaktadır.

Yabancı çocuğun vesayet ilişkisinin sona ermesini gerektiren sebepler hakkında ise, yetkili hukuk belirlenirken ikili bir ayırım yapılması gerektiği kanaatindeyiz. Şayet çocuk, geçici koruma tedbiri olarak vesayet altına alınmış ancak mahkemenin yaptığı değerlendirmeye istinaden vesayet altına alınmasını gerektiren sebepler sonradan ortadan kalkmış ise, bu durumda Sözleşmenin 15. maddesi gereğince, çocuğun bulunduğu devletin hukukuna yani Türk hukukuna göre çocuk ile vasi arasındaki vesayet ilişkisi sona erdirilecektir. İkinci bir ihtimal ise, adli veya idari bir makamın müdahalesi olmaksızın kanun gereğince (mesela çocuğun ergin olması) veya bir anlaşma veya tek taraflı bir işleme istinaden vesayet ilişkisinin sona erecek olmasıdır; bu taktirde Sözleşmenin 16. madde hükümleri dikkate alınarak, çocuğun mutad meskeni devleti hukukuna bakılarak, vesayet sona ermesini gerektiren sebeplerin var olup olmadığı araştırılacaktır.

Tüm bu açıklamalar çerçevesinde vesayete uygulanacak hukukun düzenlendiği 5718 sayılı MÖHUK'un 10. maddesine aşağıdaki gibi bir değişikliğin yapılmasını ve de çocuklara ilişkin özel bir hükmün Kanuna ilave edilmesini önermekteyiz.

*Yabancıнын millî hukukuna göre vesâyet veya kısıtlılık kararı verilmesi mümkün olmayan hâllerde, bu kişinin mutad meskeni veya sakin olduğu yer Türkiye'de ise Türk hukukuna göre vesâyet veya kısıtlılık kararı verilebilir veya kaldırılabilir. Kişinin zorunlu olarak Türkiye'de bulunduğu hâllerde de Türk hukuku uygulanır."*

*Türkiye'de bulunan vatansız veya yabancı devlet vatandaşı kimsesiz çocuklar ile içinde bulunduğu durum gereği acil koruma altına alınması gereken çocuklar hakkında Türk hukuku uygulanır.*

**Hakem Değerlendirmesi:** Dış bağımsız.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

**Finansal Destek:** Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.

**Conflict of Interest:** The author has no conflict of interest to declare.

**Grant Support:** The author declared that this study has received no financial support.

## Bibliyografya/Bibliography

Akıncı Z and Gökyayla CD, *Milletlerarası Aile Hukuku* (Vedat Kitapçılık, 2010).

Akıntürk T, *Aile Hukuku* (7th edn, Beta Basım, 2002).

---- and Ateş-Karaman D, *Türk Medenî Hukuku, Aile Hukuku* (17th edn, Beta Basım, 2015).

Akyüz E, *Çocuk Hukuku* (3rd edn, Pegem Akademi, 2013).

Arslan İ, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Milletlerarası Özel Hukuka Etkisi* (Adalet Yayınevi, 2019).

Aybay R and Dardağan, *Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması* (2nd edn, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008).

Aygül M, 'Yabancı Mahkemen Verilen Vesâyet Kararlarının Tanınması (Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun Bir Kararının Değerlendirilmesi)' (2012) Prof. Dr. Tuğrul Arat'a Armağan 135-159

Can H and Toker AG, *Milletlerarası Özel Hukuk Ders Kitabı* (2nd edn, Adalet Yayınevi, 2016).

Children On the Move: A Private International Law Perspective Legal Affairs; (PE 583.158, Directorate General for Internal Policies of the Union Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs, 2017).

Çelikel A and Erdem BB, *Milletlerarası Özel Hukuk* (16th edn, Beta Basım, 2020).

Çetiner SB, *Velâyet Hukuku* (Yetkin Yayınları, 2000).

Dardağan-Kibar E, 'Uluslararası Özel Hukukta Soybağı ve Velâyet İlişkin Sorunlar' (2011) (Prof. Dr. Atâ Sakmar'a Armağan) GÜHFD.

Doğan V, *Milletlerarası Özel Hukuk* (6th edn, Savaş Yayınları, 2020).

Ekşi N, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi* (1st edn, Beta Basım, 2011).

- Elçin D, 'Vesâyet ve Kısıtlılık Kararı Verilmesine veya Sona Ermesine ve Vesâyetin Yürütülmesine Uygulanacak Hukuk, Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi ve Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması' (2018) 67 (2) AÜHFD 317-337
- Giray FK, 'Milletlerarası Sözleşmelerde Evlat Edinme', (1999-2000) 19-20 (1-2) MHB.
- Guardianship Systems For Children Deprived of Parental Care in The European Union (European Union Agency for Fundamental Rights,, Publications Office of the European Union, 2015).
- Hay P, Borchers PJ and Symeonides SC, , *Conflict of Laws* (5th edn, West Publish, 2010).
- Helvacı İ, *Gerekçeli – Karşılaştırmalı – İçtihatlı – Notlu Türk Medeni Kanunu* (On İki Levha Yayıncılık, 2013) Cilt II.
- Kegel G and Schurig K, *Internationales Privatrecht*, (9th edn, C.H.BECK, 2004).
- Lagarde P, *Explanatory Report on the 1996 Hague Child Protection Convention*, (HCCH Publications, 1998).
- Lowe N, Everall M and Nicholls M, *International Movement of Children* (Jordan Publishing, 2004).
- Nomer E, *Devletler Hususî Hukuku* (22nd edn, Beta Basım, 2017).
- Özel S, 'Uluslararası Evlat Edinme' (2011) (Prof. Dr. Ata Sakmar'a Armağan) GÜHFD.
- Öztan B, *Aile Hukuku* (6th edn, Turhan Kitabevi, 2015).
- Öztekin-Gelgel G, 'Türk Devletler Özel Hukukunda Velayet ve Vesayet Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Bazı Problemler' (2015) 35 (2) MHB 107-138.
- Özğür Aİ, *Velayet - Vesayet - Soybağı -Evlat Edinme Hukuku- Diğer Eşin Rıza ve Onamına Bağlı İşlemler* (Adalet Yayınevi, 2010).
- Practical Handbook on The Operation of the 1996 Hague Child Protection Convention (The Hague Conference on Private International Law Permanent Bureau, 2014).
- Pürselim-Arning HS, *Türk, Alman ve İsviçre Milletlerarası Özel Hukuklarında Ad*, (1st edn, Adalet Yayınevi, 2014).
- Ruhi AC, *Türk Hukukunda Evlat Edinme* (Seçkin Yayıncılık, 2003).
- Şanlı C, Esen E and Ataman-Figanmeşe İ, *Milletlerarası Özel Hukuk*, (7th edn, Beta Basım, 2019).
- Şensöz-Malkoç E, *Aile Hukukuna İlişkin Yabancı Kararların Tanınması* (On İki Levha Yayıncılık, 2017).
- Tekinalp G, Uyanık A, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları* (12th edn, Beta Basım, 2016).
- Tiryakioğlu B., *Çocukların Korunmasına İlişkin Milletlerarası Sözleşmeler ve Türk Hukuku*, (T.C. Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu Başkanlığı, Bilim Serisi 7, 1991)
- Tiryakioğlu B., *Milletlerarası Özel Hukukta Çocuklara İlişkin Kurallar*, (T.C. Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu Başkanlığı, Bilim Serisi 6, 1991)
- Tiryakioğlu B, 'Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunmasına İlişkin Önlemler Hakkında Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Sözleşme' (Beta Basım, 1999) Nihal Uluocak'a Armağan 381-424.
- Tokat H, 'Gaipliğin Aile Hukuku Yönünden Sonuçları' (2017) 25 (2) SÜHFD.
- Uluocak N, 'Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Tedbirleri Hakkında Yetkiye, Uygulanacak Kanuna, Tanıma ve Tenfize ve İşbirliğine Dair Sözleşme Tasarısının Değerlendirilmesi' (1996) 16 (1-2) MHB.

Ulus-Karataş AE, ‘Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Uygulama Alanı’ (2017) 37 (Prof. Dr. Yücel Sayman’a Armağan) MHB 911, 1003.

Uyanık Çavuşoğlu, A, Ayfer Uyanık-Çavuşoğlu, ‘Yeni MÖHUK’a Göre Soybağı İlişkinine Uygulanacak Hukuk Sorunu’ (2018) (2) Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 319.

Zevkliler A, Acabey B and Gökyayla E, *Zevkliler Medenî Hukuk* (6th edn, Seçkin Yayıncılık, 1999).





## Tahkim Anlaşmasının Yetkisiz Temsilci Tarafından Yapıldığına İlişkin İddiaların Dürüstlük Kuralı Çerçevesinde Değerlendirilmesi

### The Allegations on Representative's Lack of Authority to sign an Arbitration Agreement and Good Faith

Mehmet Murat Inceoğlu\* , Cemile Demir Gökyayla\*\* 

#### Öz

Bazı hukuk sistemlerinde vekilin asil adına tahkim anlaşması yapabilmesi için özel olarak yetkilendirilmesi gerekmektedir. Milletlerarası tahkim uygulamasında, özel olarak yetkilendirilmeyen kişilerce imzalanan tahkim anlaşmalarına dayanarak dava açılmaktadır. Bu davalarda, davalı, tahkim anlaşmasını imzalayan kişinin bu konuda özel olarak yetkilendirilmediğine dayanarak tahkim anlaşmasının geçersiz olduğunu iddia edebilmektedir. Hakemler, yetkisiz temsilci tarafından imzalanan tahkim anlaşmasının dürüstlük kuralından hareketle geçerli olduğuna karar vermektedir. Hakem kararının Türkiye'de tenfizi talep edildiğinde tenfize itiraz eden davalı tahkim anlaşmasının yetkisiz kişilerce imzalandığına dayanarak tahkim anlaşmasının geçersiz olduğunu iddia etmektedir. Bu durumda, hâkim yetkisiz temsile uygulanacak hukuku tespit etmelidir. Yargıtay, Türk hukukunu uyguladığı bazı kararlarında tahkim anlaşmasını imzalayan kişi tahkim anlaşması yapmak için özel olarak yetkilendirilmemişse yabancı hakem kararının Türkiye'de tenfizini reddetmiştir. Bazı Yargıtay kararlarında ise tahkim anlaşmasının yetkisiz kişilerce imzalandığının tahkimde hiç ileri sürülmemiş ilk defa Türkiye'de tenfiz davasında ileri sürülmesinin dürüstlük kuralına aykırı olduğu sonucuna varılmış ve hakem kararları tenfiz edilmiştir. Tahkim anlaşmasının yetkisiz kişi tarafından imzalanması gerekçesiyle tahkim anlaşmasının geçersiz olduğuna ilişkin iddialar hem hakem heyetleri hem de tenfiz ya da iptal davasına bakan mahkeme tarafından dürüstlük kuralı dikkate alınarak incelenmelidir. Somut olayın özelliğine göre katlanma temsili veya görünüşte temsil olduğu sonucuna varılabiliyorsa tahkim anlaşmasının asili bağladığı sonucuna varılmaz.

#### Anahtar Kelimeler

Tahkim, Temsil Yetkisi, Katlanma Temsili, Görünüşte Temsil, Tenfiz, Tahkim Anlaşması

#### Abstract

In a number of the jurisdictions, including Turkey, any representative needs to have a special authority to enter into an arbitration agreement on behalf of the principal (TTC Art 504/3). It is not rare that, in respect of the international commercial contracts, the representative lacks the required special authority to sign the arbitration agreement under the applicable law. Once the arbitration commences, the principal (respondent) objects to the tribunal jurisdiction based on the representative's lack of special authority. In many instances, the international arbitral tribunals reached the conclusion that the arbitration agreement is valid and binding on the principal as the principal's behaviors during the contract negotiations, thereafter and in arbitration proceedings violate the good faith principle. Once the tribunal decides that they have the jurisdiction, they issue an award on the merits. The unsuccessful principal does not comply with the award voluntarily, and either starts annulment proceedings in the seat of arbitration or resists in the enforcement

\* Mehmet Murat Inceoğlu (Prof.), İstanbul Bilgi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye. E-posta: murat.inceoglu@bilgi.edu.tr  
ORCID: 0000-0001-6452-5226

\*\* Sorumlu Yazar: Cemile Demir Gökyayla (Doç. Dr.), İstanbul Bilgi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye.  
E-posta: cemile.gokyayla@bilgi.edu.tr ORCID: 0000-0001-6506-9808

Atf: Inceoglu MM, Demir-Gökyayla C. "Tahkim Anlaşmasının Yetkisiz Temsilci Tarafından Yapıldığına İlişkin İddiaların Dürüstlük Kuralı Çerçevesinde Değerlendirilmesi" (2020) 40(1) PPIL 401. <https://doi.org/10.26650/ppil.2020.40.1.0021>



proceeding based on the invalidity of the arbitration agreement because of the lack of the special authority. The state court should first determine the law applicable to the representation. The Turkish Supreme Court, in a number of cases, applied Turkish law to representation, and refused the enforcement of the award based on the grounds that the arbitration agreement is invalid because of the lack of the special authority. In its recent cases, the Supreme Court enforced the awards based on the fact that the principal did not raise the lack of authority argument in the course of the arbitration proceedings. The Supreme Court concluded that raising the special authority argument for the first time in the enforcement proceedings before the Turkish courts is against the good faith principle. Turkish law well recognizes the apparently authority. Therefore; the principal may be bound by the arbitration agreement if the conditions of the apparent authority have been met.

**Keywords**

Arbitration, Special Authority, Apparently Authority, Arbitration Agreement, Enforcement of Foreign Arbitral Awards

**Extended Summary**

Article 504 of the Turkish Code of Obligations requires a representative who signed an arbitration agreement to have a special authority to sign the arbitration agreement on behalf of the principal. Not only Turkish law, but other jurisdictions, for example Switzerland and the United Arab Emirates, require the representative to have the special authority to sign arbitration agreement. In a number of international arbitration cases, once the counter party started the arbitration, the principal objected to the tribunal jurisdiction based on the fact that the signatory lacked the required special authority to sign the arbitration agreement under Turkish law. Although the arbitral tribunal dismissed the objection based on the principles of good faith, apparent authority, obligation to tolerate or inconsistent behaviors of the principal, the unsuccessful respondent does not comply with the award voluntarily and applies for annulment of the award in the seat of arbitration or raises the same lack of special authority objection before the enforcement court. Ultimately, the state courts decided regarding the arbitration agreement signed by the unauthorized representatives.

The state court should first determine the law applicable to the representation of the principal. There are different approaches to the law applicable to the representation. Some international arbitral tribunals and Turkish scholars are of the opinion that the law applicable to the representation is the law applicable to the arbitration agreement. Some of the Turkish scholars stated that the Turkish court should apply the conflict of law rules provided in Art. 30 of the Turkish International Private and Procedural Law to determine the law applicable to the representation, which we concur with.

Art. 30 states that; *“(1) The representative authority which arises from the legal relation between representative and principal is subject to the law which governs the relation between the parties. (2) The conditions required to place the principal under commitment against third parties with an act committed by the representative are subject to the law of the representative’s work place. In cases where the representative does not have a work place or where third parties are unaware of such work place or*



*where the representative authority is used beyond the work place, the representative authority is subject to law of state where the authority is virtually practiced. The relation between the parties in case of representative without authority is also subject to this provision. (3) If there is an employment relation between the representative and principal, and if the representative does not have a work place, the representative authority is governed by the law of state where the work place of principal is located.”<sup>1</sup>* The last sentence of Paragraph 2 provides the law applicable to unauthorized representation. Therefore, the law governing the special authority requirement for arbitration agreement is the law of the representative’s work place.

In some cases, the Supreme Court applied Turkish law to the representation of the principal, and concluded that the arbitration agreement is invalid as the validity of the arbitration agreement is separable from the main agreement. Therefore, even if the main agreement became binding on the principal, as the principal performed the obligations under the main agreement, this does not validate the arbitration agreement<sup>2</sup>. In these decisions, the Supreme Court did not discuss the effect of the good faith principle provided under Article 2 of the Turkish Civil Code on the belated objection by the principal at the enforcement stage.

In its recent decisions, the Turkish Supreme Court stated that extending the objection of the invalidity of the arbitration agreement based on unauthorized representation should be first raised before the arbitral tribunal. If not, the belated objection before the enforcement court was against the good faith principle if the contract was performed by the parties.<sup>3</sup> The question is if the tribunal concludes that the arbitration agreement is binding on the principal, as the objection based on lack of authority is against good faith whether the enforcement court should consider the good faith principle at the enforcement stage and reject the principal objection.

There are some Turkish lower court decisions which concluded that the arbitration agreements are valid based on the good faith principle. Turkish law recognizes the principles of the apparent authority and obligation to tolerate based on the good faith principle provided under Art 2 of the Civil Code. Therefore, under Turkish law, the principal may be bound by the arbitration agreement if the conditions of the apparent authority have been met.

1 “Act on Private International and Procedural Law (Act No. 5718) translated by Stephan Wilske and Ismael Esin” (Jafbase, Base de Données du DIP Applicable Devant le JAF Français) <<http://jafbase.fr/docAsie/Turquie/Private%20international%20law%20Turkey.pdf>> Erişim Tarihi 18 April 2020.

2 Yargıtay 19 HD, 3763/4764, 01.05.2003; Yargıtay 19 HD, 7618/15719, 23.12.2015; Yargıtay 11 HD, 5901/3203, 23.03.2010; Yargıtay 19 HD, 380/5114, 21.05.2007; Yargıtay HGK, 742/82, 22.02.2012.

3 Yargıtay 19 HD, 7618/17519, 23.12.2015; Yargıtay 11 HD, 6774/375, 09.04.2004; Yargıtay 11 HD, 9903/1170, 13.02.2001; Yargıtay 15 HD, 6273/638, 26.10.2017.

## Tahkim Anlaşmasının Yetkisiz Temsilci Tarafından Yapıldığına İlişkin İddiaların Dürüstlük Kuralı Çerçevesinde Değerlendirilmesi

### I. Giriş

Türk Borçlar Kanunu'nun 504. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca, vekilin asil adına tahkim anlaşması yapabilmesi için özel olarak yetkilendirilmesi gerekmektedir. Yargıtay, tahkim anlaşmasını imzalayan kişinin tahkim anlaşması yapmak için özel olarak yetkilendirilmediği hallerde yabancı hakem kararının Türkiye'de tanınması ve tenfizini reddetmiştir.<sup>4</sup> Bazı kararlarda ise tahkim yargılamasında davalı tarafın tahkim anlaşmasının yetkisiz bir temsilci tarafından yapıldığının ileri sürülmemiş, ilk defa Türkiye'de tenfiz davasında ileri sürülmesinin dürüstlük kuralına aykırı olduğu sonucuna varılmış ve hakem kararları tenfiz edilmiştir.<sup>5</sup>

Temsilcinin tahkim anlaşması yapmak için özel olarak yetkilendirilmesi gereği sadece Türk hukukuna özgü bir durum değildir. Benzer düzenlemeler, örneğin, İsviçre ve Birleşik Arap Emirlikleri hukuklarında da bulunmaktadır. Gary Born, bu yöndeki yasal düzenlemeleri çağa uygun olmayan hükümler olarak nitelendirmiştir.<sup>6</sup>

Nitekim çeşitli devlet mahkemelerinde ve milletlerarası hakem kararlarında, tahkim anlaşması imzalayan kişinin yetkisiz olduğunun iddia edildiği hallerde, yetkili hukuk uyarınca bu temsilcilerin tahkim anlaşması yapma yetkisi olmasa bile, tahkim anlaşmasının geçersizliği iddiası çelişkili davranış yasağına ve dolayısıyla dürüstlük kuralına aykırı olduğu için veya asil tarafından tahkim anlaşmasına icazet verildiği gerekçesiyle tahkim anlaşmasının geçerli olduğu sonucuna varılmıştır.<sup>7</sup>

Yetkisizlik itirazının hakem heyeti huzurunda ileri sürülmesine rağmen hakem heyetleri, tahkim anlaşmasının geçerli olduğu sonucuna varıp uyuşmazlığın esası hakkında karar vermektedirler. Bu hakem kararlarının da Türkiye'de tanınması ve tenfizi talep edilmektedir. Yukarıda ifade ettiğimiz gibi, bazı Yargıtay kararlarında, tahkim yargılamasında temsilcinin yetkisiz olduğu gerekçesiyle tahkim anlaşmasının geçersiz olduğu ileri sürülmüş olması şartıyla -hakemler tahkim anlaşmasının geçerli olduğuna karar vermiş olsa bile- tenfiz hakiminin temsilcinin yetkisiz olduğu gerekçesiyle tenfizi reddetmesi gerektiği şeklinde anlaşılabilir ifadeler yer verilmiştir. Kanımızca, yetkisizlik itirazıyla karşılaşan iptal veya tenfiz davasını görmekte olan mahkemeler temsilcinin yetkisiz olması nedeniyle tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığını, dürüstlük kuralı çerçevesinde de değerlendirilmelidir.<sup>8</sup>

4 Yargıtay 19 HD, 3763/4764, 01.05.2003; Yargıtay 19 HD, 7618/15719, 23.12.2015; Yargıtay 11 HD, 5901/3203, 23.03.2010; Yargıtay 19 HD, 380/5114, 21.05.2007; Ziya Akıncı, *Milletlerarası Tahkim* (5th edn, Vedat Kitapçılık, 2020) 391

5 Yargıtay 11 HD, 6774/3751, 09.04.2004; Yargıtay 11 HD, 9903/1170, 13.02.2001 tarihli; Akıncı (n 4) 394

6 Gary Born, *International Commercial Arbitration* (2nd edn, Wolters Kluwer, 2014) 736

7 Born (n 6) 734

8 Tahkim anlaşması imzalama yetkisi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz; Fatih Işık, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşması Yapma Yetkisi ve Bu Yetkiye Uygulanacak Hukuk* (1st edn, On İki Levha Yayıncılık, 2015)

Bu çalışmada, konuya sadece doğrudan iradi temsil açısından yaklaşmıştır. Kanuni temsil yetkisi çalışmamızın kapsamı dışındadır. Aynı şekilde, tüzel kişilerin organları vasıtasıyla temsil edilmesi ve devletlerin temsili de bu çalışmada özel olarak tartışılmamıştır. Çalışmamız, iradi temsilcinin tahkim anlaşması yapmak için kanunen özel olarak yetkilendirilmesi gerektiği hallerde konunun dürüstlük kuralı çerçevesinde ele alınmasıyla sınırlı tutulmuştur.<sup>9</sup> Bununla birlikte görünüşte ve katlanma temsiline ilişkin olarak aşağıda yaptığımız açıklamalar niteliğine uygun düştüğü oranda tüzel kişilerin organları vasıtasıyla ve devletin temsiline de uygulanabilir.

## II. Tahkim Anlaşmasının Yetkisiz Temsilci Tarafından Yapıldığı İddiasının Tâbi Olduğu Hukuk

Hakem kararının iptal veya tenfizi davasında davalının, tahkim anlaşmasının yetkisiz temsilci vasıtasıyla imzalandığı için geçersiz olduğunu iddia etmesi hâlinde hâkimin, öncelikle, yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda, temsil yetkisine uygulanacak hukuku tespit etmesi gerekir.

### A. Yetkisiz Temsile Uygulanacak Hukuk

İradi, doğrudan temsil yetkisine uygulanacak hukuk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un<sup>10</sup> 30'uncu maddesinde düzenlenmektedir. 30'uncu maddede, iç ve dış temsil ilişkileri farklı bağlama kurallarına bağlı tutmuştur.<sup>11</sup> MÖHUK'un 30'uncu maddesinin birinci fıkrası uyarınca, “*temsilci ile temsil olunan arasındaki hukukî ilişkiden doğan temsil yetkisi, aralarındaki sözleşmeden doğan ilişkiye uygulanan hukuka tâbidir*”. Bu kanunlar ihtilafı kuralı, iç temsil ilişkisine uygulanacak hukuku düzenlemektedir.<sup>12</sup> Temsil olunan ile temsilci arasındaki iç temsil ilişkisine uygulanacak hukuk (MÖHUK.m.30 f. 1), yetkisiz temsil veya özel temsil yetkisi gerekip gerekmediği konularını düzenlemez, bu sorunlar dış temsil ilişkisi kapsamında mütalaa edilmektedir.<sup>13</sup> Tahkim anlaşmasının özel olarak yetkilendirilmeyen temsilci tarafından yapıldığı için geçersiz olduğu iddiası dış temsil ilişkisine uygulanacak hukuka göre çözülmelidir.

Bir işlemin temsilci vasıtasıyla yapılmasında temsilcinin bu işlemi yapma yetkisinin olup olmadığı muhatap üçüncü kişiler tarafından bilinemeyebilir. Bu nedenle, temsil dış ilişkisine uygulanacak hukuk belirlenirken, diğer tarafların menfaatleri yanında üçüncü kişilerin güvenini koruyacak bir kanunlar ihtilafı kuralı getirilmek istenmiştir. Farklı

9 Kanuni temsil yetkisine ve dolaylı temsile ilişkin kanunlar ihtilafı kuralları hakkında bilgi için bkz; Gülören Tekinalp and Ayfer Uyanık, *Milletlerarası Özel Hukukta Bağlama Kuralları* (12th edn, Vedat Kitapçılık, 2016) 103

10 Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 5718, Kabul Tarihi: 27.11.2007, RG: 12.12.2007/26728.

11 Burak Huysal, *Milletlerarası Özel Hukukta Temsile Uygulanacak Hukuk* (1st edn, On İki Levha Yayıncılık, 2015) 105

12 Huysal (n 11) 105

13 Huysal (n 11) 123

bir ifadeyle temsile uygulanacak hukuk, hem temsil yetkisinin soyut bağımsızlığıyla hem de işlem güvenliği ile uyumlu olmalıdır. Temsile uygulanacak hukuk, temsilci, temsil olunan ve muhatap üçüncü kişiyle aralarındaki ilişkilerde menfaatler dengesini en iyi koruyan objektif ve önceden bilinen bir hukuk olmalıdır.<sup>14</sup> Türk hukukunda işlem güvenliği dikkate alınarak, üçüncü kişinin menfaatlerinin korunması amacıyla dış temsil ilişkisine ve yetkisiz temsile temsilcinin işyeri hukukunun uygulanması tercih edilmiştir. (MÖHUK.m.30 f. 2)<sup>15</sup>

## B. Tahkim Anlaşması Yapma Yetkisine Uygulanacak Hukuk

Tahkim anlaşmasının asili bağlaması için temsilcinin özel olarak yetkilendirilmesi gerekip gerekmediğine -ki yukarıda ifade ettiğimiz gibi bu dış temsil ilişkisidir- uygulanacak hukuk konusunda farklı görüşler bulunmaktadır.<sup>16</sup>

Bir görüşe göre, tahkim anlaşmasını yapan temsilcinin özel olarak yetkilendirilmesi gerekip gerekmediğine, tahkim anlaşmasının esasına -temsil olunan ile üçüncü kişi arasında yapılan esas sözleşmeye- uygulanan hukuk uygulanmalıdır. Bu görüşe göre, temsil yetkisi olmayan bir temsilci tarafından tahkim anlaşması yapılması hâlinde asılın tahkim anlaşması yapma iradesi olmadığı için tahkim anlaşması geçersizdir. Bu geçersizlik tahkim anlaşmasının esasına ilişkin olduğu için temsil yetkisine tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk uygulanmalıdır.<sup>17</sup> Tahkim anlaşması yapma yetkisini tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuka tabi kılan hakem ve milli mahkeme kararları bulunmaktadır.<sup>18</sup>

Diğer bir görüş ise aynı sonuca farklı bir gerekçeyle ulaşmaktadır. Bu görüşe göre, temsilciye özel yetki verilmesi, temsilci ile üçüncü kişi arasındaki esas sözleşme veya işlemin esasına uygulanacak hukuk uyarınca kanunen bulunması gereken bir koşul ise buradaki temsil yetkisine asıl sözleşmeye uygulanacak hukuk uygulanmalıdır.<sup>19</sup> Farklı gerekçelerle de olsa, bu görüşe göre tahkim anlaşması yapmak için özel bir yetki gerekip gerekmediği konusu tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuka tabi olacaktır. Yabancı hakem kararının tanınması ve tenfizi davalarında tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk, Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesi<sup>20</sup> V.I.a maddesi uyarınca, taraflarca seçilen hukuk, hukuk seçimi yapılmamışsa tahkim yeri hukukudur. İptal davalarında ise hâkim Milletlerarası

14 Tekinalp and Uyanık (n 9) 104

15 Tekinalp and Uyanık (n 9) 108

16 Bu konuda ayrıntılı bilgi ve tartışmalar hakkında bkz. Işık (n 8) 100-120

17 Emre Esen, 'Hakem Kararının Tenfizi veya İptali Davalarında Tahkim Anlaşmasının Yetkisiz Temsilci Vasıtasıyla Akdedildiği İtirazı ve Konuya İlişkin 11.10.2000 Tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı' (2003) 23 (Prof. Dr. Gülören Tekinalp'e Armağan) MHB 377-403

18 Bu kararlar ve incelemesi için bkz; Işık (n 8) 101-104

19 Huysal (n 11) 248

20 Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun, Kanun Numarası: 3731, Kabul Tarihi: 8.5.1991, RG: 21.5.1991/20877.

Tahkim Kanunu'nun 4'üncü maddesi uyarınca taraflarca seçilen bir hukuk yoksa Türk hukukunu uygulamaladır.

Bizim de katıldığımız diğer görüşe<sup>21</sup> göre ise özel temsil yetkisi gerekip gerekmediğine MÖHUK'un 30'uncu maddesinin ikinci veya üçüncü fıkrası uyarınca dış temsil yetkisine uygulanacak hukukunun uygulanması gerekir.<sup>22</sup>

Esas itibarıyla, uzun yıllar önce yetkisiz temsile, temsil olunan ile üçüncü kişi arasındaki esas ilişkiye uygulanan hukukun uygulanması önerilmiştir. Ancak, esas ilişki olan tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun temsil ilişkisine, yani yetkisiz temsile de uygulanması temsil ilişkisinin bağımsız ve soyut niteliğini zedelediği için kabul görmemiştir.<sup>23</sup> Yetkisiz temsile asıl sözleşmeye uygulanacak hukukun uygulanmasının ret edilmesinin gerekçeleri, yetkisiz temsilcinin başkasının adına hareket ederken kullandığı yetkinin sözleşme öncesi nitelikte olması fakat o sözleşmenin özüne bağlı bir işlem olarak kabul edilmemesi, tam tersine esas ilişkiden ayrı ve bağımsız olmasıdır.<sup>24</sup> Yetkisiz temsil nedeniyle tahkim anlaşmasının geçersiz olması tahkim anlaşmasının esasına ilişkin bir hal olarak mütalaa edilebilse de, kanaatimizce bu durum yetkisiz temsile tahkim anlaşmasının esasına uygulanan hukukun uygulanmasını haklı kılmayacaktır. Aksinin kabulü hâlinde, ehliyet ve şekil gibi tahkim anlaşmasının geçersizliğine neden olan diğer hallerin de tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuka tabi olması gerekirdi ki bu durumda sözleşmenin geçerliliğine ilişkin bütün hususların *lex contractus* tabi olmasına neden olurdu. Oysa sadece Türk hukukunda değil Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde, İsviçre hukuku ve sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuku düzenleyen AB Roma I Tüzüğünde ehliyet ve şekil kendi statülerine tabi tutulmuştur.<sup>25</sup>

Tahkim anlaşması yapma yetkisine, tarafların ehliyetine uygulanacak hukukun uygulanması gerektiği de ileri sürülmüş ve bu yönde hakem ve yabancı mahkeme kararları verilmişse<sup>26</sup> de ehliyet ve yetki birbirinden farklı müessesler olup farklı iki kanunlar ihtilafı kurallarıyla düzenlenmektedir. MÖHUK'un 30'uncu maddesinin açık hükmüne rağmen MÖHUK'un 9'uncu maddesi uyarınca ehliyete uygulanacak hukukun temsil yetkisine uygulanması kanuna aykırı bir uygulama olacaktır.

21 Cemal Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (7th edn, Beta Basım, 2019) 450. Ayrıca bkz; Sibel Özel, *Millîterarası Ticari Tahkimde Kanun İhtilafı Meseleleri* (1st edn, Legal Yayıncılık, 2008) 77-79; Sibel Özel, "Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizine Engel Bir Durum: Tahkim Sözleşmesinin Geçersiz Olması" (2017) 23 (1) MÜHF HAD 303-312; İsviçre hukukunda baskın görüşün ve Federal Mahkeme kararlarının genellikle bu yönde olduğu ifade edilmiştir. Bkz; Işık (n 8) 120, n. 435. Tahkim anlaşması yapma yetkisine temsil statüsünü uygulayan yabancı hakem ve mahkeme kararları için bkz; Işık (n 8) 114-122

22 Huysal (n 11) 245

23 Gülören Tekinalp, *Türk Devletler Hususi Hukukunda Temsil Yetkisi* (1st edn, İstanbul Fakülteler Matbaası, 1977) 34

24 Tekinalp (n 23) 85

25 592/2008 Sayılı, 17 Haziran 2008 Tarihli Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma I Tüzüğü. (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).

26 Bu görüş hakkında bilgi için bkz; Işık (n 8) 8-17, 104-114

Münferit bazı hakem ve mahkeme kararlarında, temsil yetkisine, tahkim yerine uygulanacak hukukun uygulandığı da görülmüştür.<sup>27</sup> Ancak, tahkime yeri ile temsil yetkisi arasında herhangi bir irtibat olmayabileceği gibi tahkim yeri kurumsal tahkimde Divan ya da ad hoc tahkimde hakemler tarafından belirlenmiş ve tamamen tesadüfi bir yer de olabilir.

### III. Türk Hukukunda Tahkim Anlaşması Yapma Yetkisinin Verilmesi

#### A. Temsil Yetkisinin Zımnî Davranışlarla Verilmesi

Türk Borçlar Kanunu'nun 504. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca “*vekil, özel olarak yetkili kılınmadıkça (...) hakeme başvuramaz*”. Maddede zikredilen “hakeme başvuramaz” ifadesi, temsilcinin özel olarak yetkilendirilmedikçe temsil olunan adına tahkim anlaşması yapamayacağı şeklinde anlaşılmaktadır.<sup>28</sup> Bu durumda tahkim anlaşması yapma konusunda özel yetkinin nasıl verileceği sorunu ortaya çıkmaktadır.

Türk Borçlar Kanunu'nun 41. maddesinin 2. fıkrasına göre, “*temsil yetkisi üçüncü kişilere bildirilmişse temsil yetkisinin içeriği ve derecesi, bu bildirimde göre belirlenir*”. Hatta üçüncü kişilere karşı açık bir bildirim mevcut olmasa dahi, doktrinde temsil olunanın üçüncü kişide bir hukuki görünüş yaratan fiili davranışlarının temsil yetkisinin verilmesine yol açabileceği kabul edilmektedir.<sup>29</sup> Temsil olunanın fiili davranışları da bu kapsamda değerlendirilmekte ve temsil yetkisinin bu gibi hareketlerden doğabileceği ifade edilmektedir.<sup>30</sup> Bunun için temsil olunanın fiili davranışlarının güven teorisi uyarınca temsil yetkisinin verildiği şeklinde yorumlanabilmesi gerekmektedir.<sup>31</sup> Önemli olan kendisi ile işlem yapılan üçüncü kişide bir güven uyandırılmış olmasıdır. Diğer bir ifade ile üçüncü kişinin temsil yetkisinin varlığı konusundaki görünüşe olan güveni korunmaktadır ve burada bir güven sorumluluğu mevcuttur.<sup>32</sup> Temsil olunanın bu davranışları hareketsiz kalma şeklinde pasif davranışlar olarak da karşımıza çıkabilir.

Sonuç olarak temsil olunanın, bir kimsenin kendi temsilcisiymiş gibi davrandığını ve üçüncü kişilerin de buna dayanarak bir temsil yetkisinin bulunduğu sonucunu çıkarabileceklerini bilmesine ve bu durumu önleme imkanının bulunmasına rağmen, bu duruma itiraz etmeyip, olayların akışına katlandığı durumlarda bir katlanma temsilinden

27 Işık (n 8) 103-104

28 Yargıtay HGK, 609/656, 10.10.2006; Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (2nd edn, Vedat Kitapçılık, 2012) 136

29 Huysal (n 11) 222; Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu and Atilla Altop, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler* (7th edn, Filiz Kitabevi, 1993) 173; Turhan Esener, *Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Bakımından Salahiyete Müstenit Temsil* (1st edn, Ajans Türk Matbaası, 1961) 49; M. Murat Inceoğlu, *Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil* (1st edn, On İki Levha Yayıncılık, 2009) 117

30 Inceoğlu (n 29) 117; Esener (n 29) 50

31 Eugen Bucher, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht* (2nd edn, Schulthess, 1988) 613; Walter Fellmann, *Berner Kommentar, Band VI: Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband: Der einfache Auftrag (Art.394-406 OR)* (1st edn, Staempfli, 1992) Art. 396, n. 88; Inceoğlu (n 29) 118

32 Hans Wolfgang Waldeyer, *Vertrauenshaftung kraft Anscheinsvollmacht bei anfechtbarer und nichtiger Bevollmächtigung*, Dissertation (1969) 1; Inceoğlu (n 29) 118

söz edilmektedir<sup>33</sup>. Bu hallerde temsil olunan yaratmış olduğu bu görünüşün sonuçlarına katlanmak zorunda kalır ve temsilcisi olarak hareket eden kimsenin üçüncü kişilerle yapmış olduğu işlemler ile Türk Borçlar Kanunu'nun 41. maddesinin 2. fıkrası uyarınca bağlı tutulur. Nitekim Yargıtay'ın 1994 tarihli bir kararına göre,

*“adı geçen Genel Müdür bu yetkisine dayanarak tek başına şirketi temsilen 18.2.1987 tarihli sözleşmeyi imzalamıştır. Bu sözleşmeden sonra bütün işlemleri aynı kişi kendi imzası ile yürütmüş ve bu yöne hiç bir itiraz vaki olmamıştır. Bütün bu eylemli durum karşısında davacı şirketin, adı geçen Genel Müdürün tek başına temsile yetkili olduğu konusunda sözleşmenin diğer tarafı olan İdarede kanaat uyandırdıktan sonra bu eylemli duruma aykırı olarak daha sonra aynı kişinin birden çok dilekçe ile vaki feragatinin Şirketi bağlamayacağı yolundaki savunması çelişkili davranış olup MK.nun 2. maddesindeki dürüstlük ve ticari işlerdeki güven ve istikrar kuralı ile bağdaşmaz”.*<sup>34</sup>

Katlanma temsilinden söz edebilmek için üçüncü kişinin dürüstlük kuralına göre temsilcinin yetkisinin bulunduğu sonucunu çıkarmakta haklı olması gerekir.<sup>35</sup> Bir kimsenin kendi temsilcisiymiş gibi davrandığını ve üçüncü kişilerin de buna dayanarak bir temsil yetkisinin bulunduğu sonucunu çıkarabileceklerini bilmesine ve bu durumu önleme imkanının bulunmasına rağmen, hiç sesini çıkarmayıp, olayların akışına katlanması dahi başlı başına temsil olunana isnat edilebilecek olan bir durumdur. Bu konuda doktrinde verilen klasik örnek, kendisinin hazır bulunduğu bir ortamda kocasının kendisi adına sözleşme yapmasına ses çıkarmayan eşin, gerçekte bir temsil yetkisi verme iradesi mevcut olmasa dahi, yaratmış olduğu bu görünüşün sonuçlarına katlanmak zorunda kalmasıdır.<sup>36</sup>

Aynı sonuca tahkim anlaşmasının yapılmasına ilişkin olarak temsil yetkisinin verilmesi açısından da ulaşılmış gerektiği açıktır. Temsil olunanın, bir kimsenin tahkim anlaşması yapma yetkisine sahipmiş gibi davrandığını ve üçüncü kişilerin de buna dayanarak tahkim anlaşması yapma konusunda bir temsil yetkisinin bulunduğu sonucunu çıkarabileceklerini bilmesine ve bu durumu önleme imkanının bulunmasına rağmen, bu duruma itiraz etmeyip, olayların akışına katıldığı durumlarda, tahkim anlaşması yapma yetkisinin mevcut olduğu kabul edilmelidir.

## **B. Konunun Hakın Kötüye Kullanılması Yasağı Açısından Değerlendirilmesi**

Yukarıda ifade edildiği üzere tahkim anlaşması yapma konusunda yetkinin dürüstlük kuralı gereği, temsil olunanın zımnî davranışlarından da doğması mümkündür. Ancak

33 Karl Larenz and Karl Manfred Wolf, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts* (9th edn, C.H: Beck, 2004) 48, n. 22; Rolf Watter and Yves Schneller, *Basler Kommentar, Obligationenrecht, Art.1-529 OR* (4th edn, Auflage Helbing Lichtenhahn, 2007) Art. 33, n. 16; Andreas von Tuhr and Hans Peter, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Erster Band* (3rd edn, Mohr, 1974) 357, n. 17; Georg Zikos, *Die Vollmacht nach schweizerischem Recht*, Dissertation (1966) 36; İnceoğlu (n 29) 118-119; Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt: Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme* (4th edn, Filiz Kitabevi, 2008) 46, n. 15.

34 Yargıtay 15 HD, 409/2051, 05.04.1994.

35 İnceoğlu (n 29) 120; Şener Akyol, *Türk Medeni Hukukunda Temsil* (1st edn, Vedat Kitapçılık, 2009) 249

36 Dieter Medicus, *Allgemeiner Teil des BGB* (9th edn, Heidelberg, 2006) n. 930; Akyol (n 35) 176; İnceoğlu (n 29) 121

böyle bir temsil yetkisi doğmamış olsa dahi, tenfize itiraz eden tarafın, temsilcinin tahkim anlaşması yapma yetkisi olmadığına ilişkin iddialarının Türk Medeni Kanunu'nun ikinci maddesinde ifade edilen hakkın kötüye kullanılması yasağı ve her hakkın dürüstlük kuralına uygun kullanılması açılarından da değerlendirilmesi gerekir.

Çelişkili davranış yasağına aykırılık, hakkın kötüye kullanılmasının tipik bir örneğini oluşturmaktadır. Özellikle tahkim anlaşması kaydını da içeren bir sözleşmede yer alan tahkim anlaşmasına uzun süre itiraz etmeyen, tam tersine sözleşmeden kaynaklı haklarını kullanan ve borçlarını ifa eden bir tarafın daha sonra tahkim anlaşmasının geçersiz olduğunu ileri sürmesi bu nitelikte görülebilecektir. Nitekim Yargıtay da, aleyhine tenfiz istenen tarafça tenfiz engelinin ileri sürülmesinin dürüstlük kuralına uygun olup olmadığını, diğer bir ifadeyle hakkın kötüye kullanılması teşkil edip etmediğini incelemektedir.<sup>37</sup>

#### **IV. Hakem ve Mahkeme Kararlarında Tahkim Anlaşması İmzalayan Kişinin Yetkisiz Olduğuna İddiasına Yaklaşım**

##### **A. Milletlerarası Tahkim Uygulaması**

Temsilcinin, tahkim anlaşması yapma yetkisinin olmaması nedeniyle tahkim anlaşmasının geçerli olmadığına ilişkin iddialar milletlerarası tahkim davalarında dürüstlük kuralı, görünüşte temsil yetkisi, tahkim anlaşmasına icazet verilip verilmediği çerçevesinde ele alınmıştır.<sup>38</sup> Milletlerarası bir hakem kararında, dürüstlük kuralı ve görünüşte temsil kuramının açıkça yetkilendirilmemiş olan bir temsilci tarafından yapılan tahkim anlaşmalarının geçerli kabul edilebilmesi için sağlam bir gerekçe teşkil ettikleri konusunda büyük ölçüde fikir birliği olduğu ifade edilmiştir.<sup>39</sup>

Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Kurallarına tabi olarak verilen 1985 tarihli hakem kararına konu olan uyuşmazlıkta tahkim anlaşması yetkisiz temsilci tarafından imzalandığı için bu anlaşmanın geçersiz olduğu iddia edilmiştir. Hakem heyeti yetkisiz temsile ilişkin itirazı dürüstlük kuralına aykırı olduğu gerekçesiyle reddetmiştir. Hakem heyetine göre temsil olunanın temsilcinin tahkim anlaşması yapma yetkisinin olmadığı tahkim anlaşmasının yapılmasından önce diğer tarafa bildirmesi gerekirdi.<sup>40</sup>

Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Kurallarına tabi olarak verilen 2001 tarihli başka bir kararda ise hakemler, sözleşmeyi şirket adına imzalayan kişinin sözleşmeyi imzaladığı sırada, şirketin bir yöneticisinin de hazır bulunmasını, temsil olunanın, sözleşmeyi imzalayan kişinin şirketi temsile yetkili olduğunu kabul ettiği şeklinde yorumlamış ve davalı şirketin tahkim anlaşması ile bağlı olduğuna karar vermiştir.<sup>41</sup>

37 Örneğin: Yargıtay 11 HD, 6774/3751, 09.04.2004; Yargıtay 11 HD, 9903/1170, 13.02.2001; Yargıtay 15 HD, 6273/3638, 26.10.2017.

38 Born (n 6) 734.

39 Milletlerarası Ticaret Odası (ICC) Dava No. 13954; benzer hakem kararları için bkz. Born (n 6) 735, 736

40 Milletlerarası Ticaret Odası (ICC) Dava No. 5080, Der. II 80; *aktaran*; Işık (n 8) 125.

41 Milletlerarası Ticaret Odası (ICC) Dava No. 10982, Der. V 672; *aktaran*; Işık (n 8) 127.



Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Kurallarına tabi olarak 2007 yılında verilen bir hakem kararında, tahkim anlaşmasının yetkisiz temsilci tarafından imzalandığı iddiası, Türk Borçlar Kanunu'nun 504'ün maddesinin üçüncü fıkrasının mehzazını teşkil eden İsviçre Borçlar Kanunu'nda 396'ncı maddesi çerçevesinde ele alınmıştır. İsviçre hukukunda da tahkim anlaşması yapmak için vekile özel yetki verilmesi gerekmektedir. Hakem, İsviçre hukukunda tahkim anlaşması yapmanın özel bir yetki gerektirmesine rağmen İsviçre hukukunda kendisinin yetkili olduğuna dair bir görünüm yaratan kişinin tahkim anlaşmasını imzalaması hâlinde tahkim anlaşmasının temsil olunamı bağladığına karar vermiştir. Zira uyuşmazlığa konu olan olayda, davalı bir aile şirkettir ve sözleşmeyi imzalayan kişi şirketin önemli hissedarlarından birisidir. Hakem mahkemesi, temsilcinin önemli bir hissedar olduğunu, dolayısıyla davacıda yetkili olduğuna ilişkin bir izlenim yarattığına, dolayısıyla tahkim anlaşmasının geçerli olduğuna karar vermiştir.<sup>42</sup>

Sadece hakem mahkemeleri değil, Devlet mahkemeleri de yetkisiz temsilin ileri sürülmesinin dürüstlük kuralına aykırı olabileceği sonucuna varmıştır. Örneğin Paris İstinaf Mahkemesi 1999 tarihli bir kararında, sözleşmenin müzakere edilmesi, imzalanması ve ifa edilmesine ilişkin olguların dikkate alınması sonucunda sözleşmeyi imzalayan kişinin yetkili görüldüğünü ifade ederek tahkim anlaşmasını geçerli kılmıştır.<sup>43</sup>

Birleşik Arap Emirlikleri Medeni Usul Kanunu'nun<sup>44</sup> 58'inci ve 203'üncü maddesinin 4'üncü fıkrası uyarınca, vekilin asil adına tahkim anlaşması yapabilmesi için özel olarak yetkilendirilmesi gerekir. Yetkisiz temsilci tarafından yapılan tahkim anlaşması Dubai mahkemeleri tarafından geçersiz kabul edilmekteydi.<sup>45</sup> Dubai Yüksek Mahkemesi, 2015 yılından itibaren yetkisiz kişilerce imzalanan tahkim anlaşmasının geçersizliğine ilişkin iddiaları görünüşte temsil kavramına dayanarak ret etmeye başlamıştır<sup>46</sup>. Dubai Yüksek Mahkemesi dışında, Dubai International Financial Center Court (DIFC)<sup>47</sup>, 2016'da verdiği bir kararında tahkim anlaşmasını imzalayan kişinin yetkisiz olduğu gerekçesiyle hakem kararının iptali talebini görünüşte tahkim anlaşması imzalama yetkisinin varlığı gerekçesiyle ret etmiştir.<sup>48</sup>

42 Milletlerarası Ticaret Odası (ICC) Dava No. 14540/AVH/EC- 2.

43 *Société Russanglia v. Société Delom*, Cour d'appel de Paris, 07.10.1999, Revue de l'arbitrage (2006) (1) 210-213; *aktaran*: Işık (n 6) 129.

44 UAE Federal Law No. (11) of 24 February 1992, Concerning Issuance of the Civil Procedures Code.

45 Nick Carnell, 'Arbitration agreements: do not sign without the requisite authority' (*Lexology*, 20.06.2016) <<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=81bdfaac-a9e4-417f-914d-a13929fc55a6>> Erişim Tarihi 1 March 2020.

46 *Palm Jebel Ali LLC v. Alan Stenet*, Appeal No. 54/2014, Dubai Court of Cassation 21.10.2015; *Middle East for Development LLC v. Safir Real Estate Investments LLC*, Appeal No. 293/2015, Dubai Court of Cassation 27.02.2016; *Al-Firjan LLC v. JNR development Limited*, Case No.310/2015, Dubai Court of Cassation 27.04.2016.

47 *Dubai International Financial Centre Courts*, <<https://www.difccourts.ae/>> Erişim Tarihi 1 March 2020.

48 *Ginette Pjsc v (1) Geary Middle East FZE (2) Geary Limited* (2016) DIFC CA -005, 09.10.2016; Karar hakkında ayrıntılı bir inceleme için bkz.; Caroline Kehoe and Janine Mallis, 'Agreeing to Arbitrate in the UAE: 'Apparent Authority' and Article 25 of the UAE Commercial Companies Law' (*Herbert Smith Freehills Arbitration Notes*, 15.08.2016) <<https://hsfnotes.com/arbitration/2016/08/15/agreeing-to-arbitrate-in-the-uae-apparent-authority-and-article-25-of-the-uae-commercial-companies-law/>> Erişim Tarihi 1 March 2020.

Dubai Yüksek Mahkemesi'nin yetkisiz temsile ilişkin yaklaşımını bu şekilde değiştirmesi, Dubai'nin tahkim dostu bir Emirlik olmaya başladığı anlamına geldiği ifade edilmiştir.<sup>49</sup> Bu ifade, özellikle bölgesel tahkim merkezleri arasındaki rekabet dikkate alındığında oldukça önemlidir.

## B. Türk Hukukunda Uygulama

Sadece milletlerarası hakem mahkemeleri ve yabancı devlet mahkemeleri değil Türk mahkemeleri de tahkim anlaşması imzalayan temsilcinin yetkisiz olduğunun ileri sürülmesinin dürüstlük kuralına aykırı olduğuna dair çeşitli kararlar verilmişlerdir. Örneğin İstanbul 6. Asliye Ticaret Mahkemesi 1986 yılında verdiği bir kararda yetkisiz olduğunu bilerek tahkim anlaşması imzalayan kişinin tahkim masraflarından sorumlu olduğuna karar vermiştir. Mahkeme, gerekçesinde, tahkim anlaşmasının muhatabının tahkim anlaşmasını imzalayan kişinin yetkisiz olduğunu bilemeyeceğini ifade etmiştir.<sup>50</sup>

İstanbul 6. Asliye Ticaret Mahkemesi 1989 yılında verdiği bir diğer kararında da tahkim anlaşmasının yetkili kişi tarafından imzalanmadığına ilişkin iddianın dürüstlük kuralına uygun olup olmadığı incelenmiştir. Karar yayınlanmamış olmakla birlikte Prof. Esen tarafından aktarıldığı kadarıyla davalının acentesi temsilci sıfatıyla navlun sözleşmesi imzalamıştır. Navlun sözleşmesinde bir tahkim anlaşması yer almaktadır. Davalı tahkim anlaşması hariç diğer maddelerin gereğini yerine getirmiş, sözleşmeyi fiilen icra etmiştir. Tahkim anlaşmasına dayanarak kendisine karşı dava açıldığında davalı anlaşmanın yetkisiz temsilci tarafından imzalandığı gerekçesiyle geçersiz olduğunu iddia etmiştir. İstanbul 6. Asliye Ticaret Mahkemesi, davalının diğer sözleşme maddelerini kabul etmesine rağmen tahkim anlaşmasının geçersiz olduğunu iddia etmesinin Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesinde yer alan dürüstlük kuralına aykırı olduğuna karar vermiştir.<sup>51</sup>

Beyoğlu 1. Asliye Ticaret Mahkemesi de 1995 yılında benzer şekilde karar vermiştir. Karara konu uyumsuzlukta tahkim anlaşması ihtiva eden sözleşme tahkim anlaşması yapma yetkisi olmayan yönetim kurulu üyesi tarafından imzalanmıştır. Şirketin yönetim kurulu üyesi tarafından imzalanan sözleşme tahtında sözleşme konusu mallar teslim edilmiş davalının savunmasına göre malların bedeli ödenmiştir. Davacı Bulgaristan Ticaret ve Sanayi Odası nezdindeki Tahkim Divanına başvurup dava açmıştır. Davalı, tahkim yargılaması sırasında yapılan tebligatları kabul etmemiştir. Davalılar, tahkim yerinde hakem kararının iptali için bir girişimde bulunmamışlardır. Tenfiz

49 Gordon Blanke, 'Arbitration in the UAE: End of Year Round-up – From Apparent Authority and shipping arbitration under the EMAC Rules to Kompetenz-Kompetenz under the DIFC Arbitration Law (Part 2)' (*Kluwer Arbitration Blog*, 18.01.2017) <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/01/18/arbitration-in-the-uae-end-of-year-round-up-from-apparent-authority-and-shipping-arbitration-under-the-ematic-rules-to-kompetenz-kompetenz-under-the-difc-arbitration-law-part-2/>> Erişim Tarihi 1 March 2020.

50 İstanbul 6 Asliye Ticaret Mahkemesi, 136/1; *aktaran*; Esen (n 17) 392

51 İstanbul 6 Asliye Ticaret Mahkemesi, 715/34; *aktaran*; Esen (n 17) 398-400

davasında ise tahkim anlaşmasının geçersiz olduğunu iddia etmişlerdir. Mahkeme, tüm bu hususları özellikle de Bulgaristan’da iptal davası açılmamış olmasını dikkate alarak tahkim anlaşmasının geçersiz olduğunun ileri sürülmesinin dürüstlük kuralları ile bağdaşmadığı ve tahkim anlaşmasının geçerli kabul edilmesi gerektiği sonucuna varmıştır.<sup>52</sup>

Sadece yerel mahkemelerin değil, Yargıtay’ın da bu doğrultuda kararları mevcuttur. Örneğin Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’ne göre, “*Davalı vekilince ileri sürülen temyiz itirazları ve uyuşmazlığın kaynaklandığı 07.07.1998 tarihli kontenjan sözleşmesi davalı şirketin yetkili temsilcisince imzalanmamış, olmasından dolayı davalıyı bağlayıcılık değeri kazanmamış olduğu düşünülebilirse de, davalıya ait otelin Ön büro Müdürü Burhan Han tarafından imzalanan bu ve davalı tarafça HUMK’nın 519. maddesine uygun biçimde anılan sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların tahkim yolu ile halledilemeyeceği konusunda dava açarak, bu hususta bir karar verilmesini sağlamamış bulunmasına göre, davalı vekilinin tüm temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir*”.<sup>53</sup> Yargıtay kararının gerekçesinden tahkim anlaşmasının yetkisiz temsilci tarafından imzalandığının bilinmesine rağmen davalının bu tahkim anlaşmasının geçersiz olduğunun tespiti için herhangi bir girişimde bulunmamasına rağmen tahkimde kendisine karşı dava açılınca yetkisizliğin ileri sürülmesinin uygun bulunmadığı anlaşılmaktadır.

İstanbul Bölge Adliye Mahkemesinin verdiği aynı yöndeki bir karar da yakın bir tarihte Yargıtay tarafından onaylanmıştır. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 20.05.2019 tarihli kararında, “*davalı tarafından inkar edilemeyen sözleşmenin yetkisiz kişilerce imzalandığının ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması kapsamında dürüstlük kuralı ile bağdaşmadığı*” yönünde verilen Bölge Adliye Mahkemesi kararını onamış ve tahkim anlaşmasının geçersizliğinin ileri sürülmüş olmasının dürüstlük kuralı ile bağdaşmadığını belirtmiştir.<sup>54</sup> Yargıtay kararında yetkisiz temsil iddiasının tahkimde ileri sürülüp sürülmediği hiç tartışılmadan yetkisiz temsil iddiası dürüstlük kuralına aykırı bulmuştur.

## V. Sonuç

Tahkim davasında tahkim anlaşmasını imzalayan kişinin yetkisiz olduğu gerekçesiyle hakemlerin yargılama yetkilerine itiraz edildiği birçok uyuşmazlıkta hakem heyetleri, tahkim anlaşmasını imzalayan kişi yetkisiz olsa bile yetkisizlik itirazının dürüstlük kuralına aykırı olması nedeniyle tahkim anlaşmasını geçerli kabul edip uyuşmazlığın esası hakkında karar vermişlerdir. Bu kararlara karşı, temsilcinin yetkisiz olmasına rağmen tahkim anlaşmasının geçerli olduğu şeklinde karar verildiği

52 Beyoğlu 1 Asliye Ticaret Mahkemesi, 571/391; aktaran; Esen (n 17) 398-400

53 Yargıtay 11 HD, 3961/8257, 18.05.2012.

54 Yargıtay 11 HD, 2577/3958, 20.05.2019.

oysa taraflar arasında geçerli bir tahkim anlaşması olmadığı gerekçesiyle iptal davaları açılmış ya da bu kararların tenfizinin ret edilmesi talep etmiştir.

Bu durumda mahkeme önce temsil yetkisine uygulanacak hukuku tespit etmelidir. İptal ve tenfiz davalarında mahkeme MÖHUK'un 30'uncu maddesine istinaden yetkili hukuku tespit etmeli ve tahkim anlaşmasını yapan temsilcinin temsil yetkisi olup olmadığını bu hukuka göre belirlemelidir.

Ancak bu noktada tahkim anlaşması yapma konusundaki temsil yetkisinin temsil olunanın zımni davranışlarından da doğmasının mümkün olduğuna dikkat çekmek gerekir. Özellikle temsil olunanın, bir kimsenin tahkim anlaşması yapma yetkisine sahipmiş gibi davrandığını ve üçüncü kişilerin de buna dayanarak tahkim anlaşması yapma konusunda bir temsil yetkisinin bulunduğu sonucunu çıkarabileceklerini bilmesine ve bu durumu önleme imkanının bulunmasına rağmen, bu duruma itiraz etmeyip, olayların akışına katıldığı durumlarda, tahkim anlaşması yapma yetkisinin mevcut olduğu kabul edilmelidir.

Ayrıca temsil yetkisine Türk hukukunun uygulanması hâlinde tahkim anlaşmasının geçersizliğine ilişkin itirazın dürüstlük kuralına uygun olup olmadığının somut olayın özellikleri çerçevesinde incelenmesi gerekmektedir. Karşı tarafta temsilcinin tahkim anlaşması yapma yetkisi olduğuna dair haklı bir güven oluşturan tarafın, taraflar arasında uyumsuzluk çıktığında tahkim anlaşmasının geçerli olmadığını ileri sürmesi çelişkili bir davranış niteliği taşıyabilir. Tahkim anlaşması yapma yetkisi olmamasına rağmen tahkim anlaşması imzalayan kişinin, tahkim anlaşması yapma yetkisi olmadığını, bu duruma uzun süre itiraz edilmeyip, sözleşmenin ifasından çok sonra, ilk kez tahkim yargılaması sırasında ileri sürülmesi çelişkili davranış yasağının ve böylece hakkın kötüye kullanılmasının tipik bir örneğini teşkil edebilir. Bu nedenle tenfize itiraz eden tarafından tahkim anlaşmasının geçersizliğinin ileri sürülmesinin Türk Medeni Kanunu'nun ikinci maddesinin ikinci fıkrası çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir.

---

**Hakem Değerlendirmesi:** Dış bağımsız.

**Çıkar Çatışması:** Yazarlar çıkar çatışması bildirmemiştir.

**Finansal Destek:** Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.

**Conflict of Interest:** The author has no conflict of interest to declare.

**Grant Support:** The author declared that this study has received no financial support.

---

## Bibliyografya/Bibliography

Akıncı Z, *Milletlerarası Tahkim* (5th edn, Vedat Kitapçılık, 2020).

Akyol Ş, *Türk Medeni Hukukunda Temsil* (1st edn, Vedat Kitapçılık, 2009).

- Blanke G, ‘Arbitration in the UAE: End of Year Round-up – From Apparent Authority and shipping arbitration under the EMAC Rules to Kompetenz-Kompetenz under the DIFC Arbitration Law (Part 2)’ (*Kluwer Arbitration Blog*, 18.01.2017) <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/01/18/arbitration-in-the-uae-end-of-year-round-up-from-apparent-authority-and-shipping-arbitration-under-the-ematic-rules-to-kompetenz-kompetenz-under-the-difc-arbitration-law-part-2/>> Erişim Tarihi 1 March 2020.
- Born G, *International Commercial Arbitration* (2nd edn, Wolters Kluwer, 2014).
- Bucher E, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht* (2nd edn, Schulthess, 1988).
- Carnell N, ‘Arbitration agreements: do not sign without the requisite authority’ (*Lexology*, 20.06.2016) <<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=81bdfaec-a9e4-417f-914d-a13929fc55a6>> Erişim Tarihi 1 March 2020.
- Gümüş A, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (2nd edn, Vedat Kitapçılık, 2012).
- Esen E, ‘Hakem Kararının Tenfizi veya İptali Davalarında Tahkim Anlaşmasının Yetkisiz Temsilci Vasıtasıyla Akdedildiği İtirazı ve Konuya İlişkin 11.10.2000 Tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı’ (2003) 23 (Prof. Dr. Gülören Tekinalp’e Armağan) MHB 377-403.
- Esener T, *Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Bakımından Salahiyete Müstenit Temsil* (1st edn, Ajans Türk Matbaası, 1961).
- Fellmann W, *Berner Kommentar, Band VI: Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband: Der einfache Auftrag (Art.394-406 OR)* (1st edn, Staempfli, 1992) Art.396, N.88.
- Huysal B, *Milletlerarası Özel Hukukta Temsile Uygulanacak Hukuk* (1st edn, On İki Levha Yayıncılık, 2015).
- İşık F, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşması Yapma Yetkisi ve Bu Yetkiye Uygulanacak Hukuk* (1st edn, On İki Levha Yayıncılık, 2015).
- İnceoğlu M, *Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil* (1st edn, On İki Levha Yayıncılık, 2009).
- Kehoe C and Mallis J, ‘Agreeing to Arbitrate in the UAE: ‘Apparent Authority’ and Article 25 of the UAE Commercial Companies Law’ (*Herbert Smith Freehills Arbitration Notes*, 15.08.2016) <<https://hsfnotes.com/arbitration/2016/08/15/agreeing-to-arbitrate-in-the-uae-apparent-authority-and-article-25-of-the-uae-commercial-companies-law/>> Erişim Tarihi 1 March 2020.
- Kocayusufpaşaoğlu N, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt: Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme* (4th edn, Filiz Kitabevi, 2008).
- Larenz K and Wolf K, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts* (9th edn, C.H: Beck, 2004).
- Medicus D, *Allgemeiner Teil des BGB* (9th edn, Heidelberg, 2006).
- Özel S, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanun İhtilafı Meseleleri* (1st edn, Legal Yayıncılık, 2008).
- Özel S, ‘Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizine Engel Bir Durum: Tahkim Sözleşmesinin Geçersiz Olması’ (2017) 23(1) MÜHF HAD 303-312.
- Şanlı C, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (7th edn, Beta Basım, 2019).
- Tekinalp G, *Türk Devletler Hususi Hukukunda Temsil Yetkisi* (1st edn, İstanbul Fakülteler Matbaası, 1977).
- Tekinalp G and Uyanık A, *Milletlerarası Özel Hukukta Bağlama Kuralları* (12th edn, Vedat Kitapçılık, 2016).

Tekinay S, Akman S, Burcuoğlu H and Altop A, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler* (7th edn, Filiz Kitabevi, 1993).

Tuhr A and Peter H, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Erster Band* (3rd edn, Mohr, 1974).

Waldeyer H, *Vetrauenshaftung kraft Anscheinsvollmacht bei anfechtbarer und nichtiger Bevollmächtigung*, Dissertation (1969).

Watter R and Schneller Y, *Basler Kommentar; Obligationenrecht, Art.1-529 OR* (4th edn, Auflage Helbing Lichtenhahn, 2007) Art.33, N.16.

Zikos G, *Die Vollmacht nach schweizerschem Recht*, Dissertation (1966) 36.



# Public and Private International Law Bulletin

RESEARCH ARTICLE / ARAŞTIRMA MAKALESİ

## Screening of Foreign Investment in the Context of Turkmenistan's FDI (Foreign Direct Investment) Regime

Türkmenistan Doğrudan Yabancı Yatırım Rejimi Kapsamında Yabancı Yatırımların Taranması

Farruhbek Muminov\* , Alp Emre Varol\*\* 

### Abstract

Since the fall of the USSR, Turkmenistan has made some progress in the development of its national economy and its ability to attract foreign investment. Although Turkmenistan is considered an attractive destination due to its rich natural resources, the country's FDI regime, including its admission procedures, lacks transparency and predictability. From the perspective of foreign investors, the host state's FDI regime plays a crucial role. Without considering a host state's FDI regime, foreign investors may be at risk of losing their investment due to lack of transparency or an unpredictable legal environment. Requirements related to the admission of foreign investment may differ between countries. Unlike most countries, which usually limit the scope of admission requirements (national security concerns), Turkmenistan's FDI regime imposes stricter requirements on foreign investors during the entry process. It is understandable that Turkmenistan may expect to maximize the benefit of foreign investment while minimizing its negative effects on the national economy. However, a lack of clear and transparent admission requirements leaves a large amount of discretion with various administrative bodies. This makes admission requirements unpredictable and dissuades foreign investors from investing in the host country. This article scrutinizes the admission requirements related to foreign investment in the entry stage in the Turkmenistan FDI regime.

### Keywords

Foreign investment, Admission requirement, Lack transparency and predictable legal environment

### Öz

Sovyetler Birliği'nin parçalanmasından sonra Türkmenistan'ın ulusal ekonomisinin kalkınması ve yabancı yatırım çekme konusunda belirli bir ilerleme kaydettiği söylenebilir. Her ne kadar Türkmenistan; doğal zenginlikler bakımından zengin ülke konumunda olsa da ülkenin doğrudan yabancı yatırıma ilişkin yasal rejimi özellikle yabancı yatırımların kabulüne ilişkin şartlar şeffaf ve öngörülebilir değildir. Günümüzde birçok ev sahibi ülke yabancı yatırımların kabulünde ancak ulusal güvenlik endişelerinden dolayı kısıtlarken Türkmenistan yabancı yatırımların kabulü aşmasında daha sıkı koşullar getirmektedir. Türkmenistan'ın; yabancı yatırımlardan beklenen yararı maksimize ederken, yatırımların ulusal ekonomi üzerindeki olumsuz etkilerini en aza indirmek istemesi anlaşılabilir bir durumdur. Ancak ev sahibi ülkenin yabancı yatırımların kabulüne ilişkin şartların açık olmaması ve şeffaflıktan yoksun olması yabancı yatırımların kabulünü idari makamların takdir yetkisine bırakmaktadır. Bu durum ev sahibi ülkenin yabancı yatırım kabulüne ilişkin şartlarını öngörülemez hâle getirmekte ve yabancı yatırımcıları ev sahibi ülkeye yatırım yapmaktan caydırabilmektedir. Bu makale Türkmenistan DYY rejimi bağlamında yabancı yatırımların kabulüne ilişkin koşullar incelenmektedir.

### Anahtar Kelimeler

Yabancı yatırım, Yatırımların kabulüne ilişkin şartlar, Şeffaf ve öngörülebilir yasal ortam

\* **Correspondence to:** Farruhbek Muminov (Ph.D. Candidate), Anadolu University, Faculty of Law, Department of Private Law, Eskişehir, Turkey. E-mail: f.muminov@hotmail.com ORCID: 0000-0002-1559-3879

\*\* Alp Emre Varol (Ph.D. Candidate), Anadolu University, Faculty of Law, Department of Private Law, Eskişehir, Turkey. E-mail: aevarol@gmail.com ORCID: 0000-0002-4306-0607

**To cite this article:** Muminov F, Varol AE, "Screening of Foreign Investment in the Context of Turkmenistan's FDI (Foreign Direct Investment) Regime" (2020) 40(1) PPII 417. <https://doi.org/10.26650/ppil.2020.40.1.0025>



## Introduction

It is generally recognized that host countries are better able to attract foreign investment with a combination of investment, technology, and know-how. The race to attract foreign investment pressures host countries to liberalize their foreign investment frameworks. A dramatic process of liberalization has motivated countries to replace the screening and authorization requirements related to the admission of foreign investment with more flexible provisions, including freedom of entry and sectoral exceptions<sup>1</sup>. Currently, most host countries (such as South Korea, Turkey<sup>2</sup>, and Japan) have no admission requirement for foreign investors while a few host countries (Tajikistan, Turkmenistan) impose strict admission requirements because of national security concerns and, environmental and health regulations. In the case of Turkmenistan, Turkmenistan's Foreign Investment Law contains strict admission requirements. According to Article 7 of Turkmenistan's Foreign Investment Law, "*Investment projects with foreign investment shall be subject to mandatory state examination, including the observance of standards of earthquake resistance, fire, explosion, environmental and sanitary requirements*"<sup>3</sup>. The main difficulty with such requirements is a lack of certainty and transparency. Among host countries, the common problem with certainty and transparency in the general legal framework, including bureaucrats and protectionists, is that it will likely be used as a Trojan horse<sup>4</sup> against foreign investors due to uncertainty regarding environmental or other requirements. While high standards do not discourage foreign investors from investing in host countries, uncertainty and frequent changes in regulatory frameworks may

- 1 Giorgio Sacerdoti, 'Admission and Treatment of Foreign Investment Recent Bilateral and Regional Treaties' (2000) 1(1) *The Journal of World Investment and Trade* 106; Sornarajah Muthucumaraswamy, *the International Law on Foreign Investment* (3th edn, Cambridge University Press 2010) 105; Peter Muchlinski, Federico Ortino and Christoph Schreuer, *the Oxford Handbook of International Investment Law* (1th edn, Oxford University Press 2008) 229; Andrew Newcombe and Lluís Paradell 'Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment' (Kluwer Law International 2009) 132; Amokura Kawharu, 'The Admission of Foreign Investment under TPP and RCEP', (2015) 16(2) *The Journal of World Investment and Trade*, 1058, 1061; Salacuse Jeswald "BIT by BIT: the Growth of Bilateral Investment Treaties and Their Impact on Foreign Investment in Developing Countries" (1990) 24 *The International Lawyer* 3, 666; August Reinisch, *Standards of Investment Protection* (Oxford University Press 2008) 11; Jean-Yves Steyt, 'Comparative Foreign Direct Investment Law: Determinants of the Legal Framework and the Level of Openness and Attractiveness of Host Economy', LLM Graduate Research Paper, 76(2006); OECD, 'Foreign Direct Investment Restriction in OECD Countries' (2015) <<https://www.oecd.org/eco/reform/2956455.pdf>> accessed 4 February 2019; OECD, 'FDI Regulatory Restrictiveness Index' (2018) <[https://stats.oecd.org/Index.aspx?datasetcode=FDIINDEX&\\_ga=2.175271777.298301915.1549266976-167128608.1541492600#](https://stats.oecd.org/Index.aspx?datasetcode=FDIINDEX&_ga=2.175271777.298301915.1549266976-167128608.1541492600#)> accessed 4 February 2019.
- 2 See in more detail, in accordance with Article 3/a of Turkey's Foreign Direct Investment Law, Law number: 25205; Date of acceptance: 17.06.2003; Article 4/1 of Korea's Foreign Investment Act, Law number: 5559; Date of acceptance: 16.09.1998.
- 3 See also in accordance with Article 4/3 of Law of Turkmenistan on Foreign Concessions "*Concession projects and programs as well as feasibility studies shall be subject to the state expert examination including their environmental, sanitary and hygienic qualifications*", Law of the Republic of Uzbekistan on Foreign Concessions, 1993, No.386-V, *Journal of Majlis of Republic of Turkmenistan*, 1993, No.9-10, Art.54; According to Article 8/1 of Law of Turkmenistan Investment Activities in Turkmenistan "*In cases and orders established by Turkmenistan legislation an investor is obliged to obtain the results of the State Expertise on investment projects concerning observance of standards and rules of seismic, fire, explosive, sanitary-hygienic, ecological and city-building requirements*". Law of Turkmenistan Investment Activities in Turkmenistan, 1993, No.184-111, *Journal of Majlis of Republic of Turkmenistan*, 1993, No.4, Art.34. It can access all Turkmenistan's legislations <[http://minjust.gov.tm/ru/mmerkezi/doc\\_view.php?doc\\_id=6116](http://minjust.gov.tm/ru/mmerkezi/doc_view.php?doc_id=6116)> accessed 21 November 2019.
- 4 Thomas Waelde and Abba Kolo, 'Environmental Regulation, Investment Protection and "Regulatory Taking" in International Law' (2001) 50(4) *The International and Comparative Law Quarterly* 812.



be problematic<sup>5</sup>. From this point of view, there is no guidance to define admission requirements in the context of Turkmenistan's Foreign Investment Law. On the other hand, it is common practice for host countries to take measures to protect domestic investors and maximize the benefits of foreign investment during the entry of that foreign investment. In the process of state examination, host countries have the opportunity to evaluate potential negative effects that investment projects may have on environmental or public health. At this stage, it is possible to reject an investment project or to accept it on the condition that additional requirements will be fulfilled to minimize the project's negative effects. However, as stated above, the effectiveness of state expertise depends on the certainty and transparency of the guidelines that are regulated throughout the whole process by the state's examination.

The motives of Foreign Direct Investment screening procedures differ among countries (such as control of strategic sectors or granting foreign investment incentives). Most countries often apply screening procedures to control the entry and establishment of foreign investment. These screening procedures may create unnecessary barriers for foreign investors. Generally, a special government authority carries out screening and approval procedures. Foreign investors often complain that such screening procedures and approval processes are highly discretionary, and lack transparency and effective juridical review. There are three primary scenarios for the application of FDI screening procedures. In the first scenario, all foreign investment established in the host country is subject to a screening procedure. In the second scenario, only specific or strategic sectors are subject to a screening procedure. In the third scenario, foreign investment in some host countries (Jordan, Egypt, and Bahrain) is subject to a screening procedure to grant certain investment incentives<sup>6</sup>.

This article scrutinizes the screening grounds at the entry of foreign investors in the context of Turkmenistan's Foreign Investment Law. Part I reviews comparative analyses of the admission of foreign investment in investment laws and recent developments. Part II provides a comprehensive review of the grounds given by state expertise for the entry of foreign investors. Part III examines provisions related to the admission of foreign investment in Turkmenistan BITs. Part IV considers non-discrimination treatments at the stage of entry in light of Turkmenistan's Foreign Investment Law and BITs.

## **I. Comparative Analyses of Admission of Foreign Investment**

It is generally accepted that understanding the restrictions on foreign investment (approval mechanisms, sectoral restrictions, performance requirements, local content

5 Gaetan Verhoose, 'Foreign Direct Investment and Legal Constrains on Domestic Environmental Policies: Striking Reasonable Balance Stability and Change' (1998) 29 *Law and Policy in International Business* 453.

6 OECD, 'Investment Climate and Regulation of International Investment in MENA Countries: Assessment of Available Information and General Recommendations' (2005) 14.

rules, etc.) is crucial to evaluate the attractiveness of a host country. By removing screening procedures, host countries send a positive message to foreign investors. Moreover, the removal of screening procedures is considered an important step toward the liberalization of a host country's national economy<sup>7</sup>.

Many countries, especially developing countries, have introduced special laws to regulate the treatment of foreign investment in their territory. These laws are called investment laws, and they cover domestic and foreign investors. The admission of foreign investment is one of the main provisions of these laws. Most investment laws contain sector-specific limitations (defense, extractive industries, energy, etc.). It is also common for investment laws to include some provisions regarding general safeguards (in the case of, for instance, national security, public order, environmental protection, and public health). However, although these general safeguard requirements of the host country are crucial in the registration and screening procedures for foreign investment, detailed guidelines about them are rarely provided<sup>8</sup>. In this regard host countries have a broad policy space to apply such general safeguards due to their flexibility and uncertainty. Traditionally, there are two models related to the admission of foreign investment in investment treaties. The controlled entry model keeps policy space for host countries to regulate the admission of foreign investment into their territory. From this perspective, foreign investment projects in the context of some host countries' FDI regime are subject to screening and approval by government authorities. In contrast, the full liberalization model contains no requirements for the admission of foreign investment<sup>9</sup>. In the process of massive liberalization, most host countries have removed their foreign investment restrictions, including their screening procedures. For example, Turkey introduced a new Foreign Investment Law in 2003, which changed their process from a screening system to a notification system. Some degree of restriction on foreign investment<sup>10</sup> is common practice in many FDI regimes, with particular focus on both national security and cultural factors<sup>11</sup>. The latest trends in international foreign investment law indicate that host countries have started to be more restrictive of foreign investments, especially with regard to state-owned enterprises (SOEs). There is a fear that, in some cases, foreign investors

7 OECD, 'Foreign Direct Investment and Economic Developments: Lesson from Six Emerging Economies' (1998) 38.

8 UNCTAD, 'Investment Laws: A Widespread Tool for the Promotion and Regulation of Foreign Investment, Investment Policy Monitor' (2016) <[https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2016d5\\_en.pdf](https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2016d5_en.pdf)> accessed 10 February 2019.

9 Ignacio Gomez-Palacio and Peter Muchlinski, 'Admission and Establishment' in Peter Muchlinski, Federico Ortino and Christopher Shreuer (eds), *The Oxford Handbook of International Investment Law* (1th edn, OUP 2008)10.

10 UNCTAD, Measuring Restrictions on FDI in Services in Developing Countries and Transition Economies <[https://unctad.org/en/Docs/iteiia20061\\_en.pdf](https://unctad.org/en/Docs/iteiia20061_en.pdf)> accessed 25 February 2019.

Golub Stephen, 'Measuring of Restrictions on Inward Foreign Direct Investment for OECD countries' OECD Economic Department Working Papers <<https://www.oecd.org/eco/reform/2956455.pdf>> accessed 25 February 2019.

11 OECD, 'Freedom of Investment, National Security and Strategic Industries' <<https://www.oecd.org/investment/investment-policy/40473798.pdf>>; OECD, 'Guidelines for Recipient Country Investment Policies Relating to National Security' <<https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/43384486>> accessed 25 February 2019.

could be controlled directly or indirectly by foreign governments, and thus, used as political tools against the host country. To prevent these cases, most host states take measures to bar certain types of foreign investment. The inevitable consequence of such reviews of foreign investment is a lack of transparency and consistency<sup>12</sup>. Concerns over foreign investment, especially that of state-owned enterprises, often create pressure in host states to adopt laws to restrict foreign investments. Several states (notably Australia, the United States, Japan, Canada, China, and Russia)<sup>13</sup> have already implemented review systems in which foreign investment in areas of critical infrastructure is subject to review. For example, the U.S.'s Committee on Foreign Investment (under the purview of the U.S. Treasury Department) has broad authority over foreign investment in the country and can restrict such investment due to national security<sup>14</sup> or other concerns. Likewise, in 2017, Russia adopted new rules related to restrictions on foreign investments. According to these amendments, the Governmental Commission may demand prior approval of transactions related to any Russian company (not only companies that are considered to be strategic).

## II. Admission of Foreign Investment

### A. Sectoral Restrictions for Foreign Investment

Generally, sector-specific restrictions on foreign investment are the most common although the current trend suggests a significant reduction in formal investment restrictions, which are usually limited to industrial policies. In the case of Korea and Taiwan, it is usually applied to liberal policies in order to attract foreign investment in labor-intensive sectors, whereas technological industries are subject to strict requirements. The investment policy of these countries is to be building local technological capabilities<sup>15</sup>. These restrictions often target transportation, media, and utility sectors due to their political sensitivity<sup>16</sup>. Restrictions on foreign investment are a widely used technique to control foreign investment. These restrictions often take the form of a share of a company's equity capital or the restriction of ownership in certain sectors. It is considered as a sectoral restriction for foreign investment even

12 Justin O'Brien, 'Barriers to Enter: Foreign Direct Investment and the Regulation of Sovereign Wealth Funds' (2008) 42 *The International Lawyer* 1231.

13 See, for more detail, comparative study of restriction of foreign investment regulations: Laura Fraedrich, Chase Kaniecki and Sara Rafferty, 'Foreign Investment Control Heats Up: A Global Survey of Existing Regimes and Potential Significant Changes on the Horizon' (2018) 13 *Global Trade and Customs Journal* 141; Pim Jansen, 'Industrial Policy and in the Context of Merger and Foreign Investment Control' (2018) 24 *Columbia Journal of European Law* 157; Fabio Bassan, 'Host States and Sovereign Wealth Funds' (2010) 5 *EBLR* 165; Jackie Van Der Meulen and Michael J. Trebilcock, 'Canada's Response to Foreign Sovereign Investment: Operationalizing National Security Exceptions' (2009) 47 *Canadian Business Law Review* 392.

14 The Foreign Investment and National Security Act of 2007, (P.L 110-49, 121, Stat 246).

15 Rajneesh Narula and Sanjaya Lall 'Understanding FDI-Assisted Economic Development' (1th edn, Routledge 2006), 261.

16 UNCTAD, 'World Investment Report' (2018) 177 < [https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2018\\_en.pdf](https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2018_en.pdf) > accessed 26 February 2019.

though statutory state monopoly is not targeted to restrict on foreign investment<sup>17</sup>. From a Central Asian state's perspective, Kazakhstan<sup>18</sup>, Kyrgyzstan<sup>19</sup>, Tajikistan<sup>20</sup>, and Uzbekistan<sup>21</sup> do not apply strict procedures to the admission of foreign investment, while Turkmenistan<sup>22</sup> does. However, it is common practice in Central Asian states to remain absolute or quasi-monopolies in certain economic sectors. In the case of Uzbekistan, for example, the list of state assets that cannot be privatized includes oil transportation, oil production, gas and gas pipelines, the production and transportation of electricity, rail, public mail service, water and sewer servicing, air navigation services, and ports and airports<sup>23</sup>. Similar laws and regulations exist in the legal frameworks of Kazakhstan<sup>24</sup>, Kyrgyzstan<sup>25</sup>, Tajikistan<sup>26</sup>, and Turkmenistan<sup>27</sup>. Although there is no entry barrier for foreign investment in Tajikistan's legal framework, some economic sectors are de facto closed to FDI. Restrictions on formal ownership by foreign investors are not present, apart from the existence of some requirements in the financial sector. However, a lack of transparency in the registration of entities (a single - window system) may be seen as an informal restriction on foreign investors. Tajikistan has no comprehensive plan to abolish the majority of the state monopoly in the foreseeable future<sup>28</sup>.

The case of Turkmenistan shows that some sectors, for example, energy and extraction sectors, are a state monopoly. It is known that the oil and gas extraction sector is more open for foreign investment, whereas the energy sector is strictly

- 
- 17 OECD, 'Foreign Investment Restriction in OECD Countries' (2004) 2 <[https://www.oecd-ilibrary.org/economics/oecd-economic-outlook-volume-2003-issue-1/foreign-direct-investment-restrictions-in-oecd-countries\\_eco\\_outlook-v2003-1-38-en](https://www.oecd-ilibrary.org/economics/oecd-economic-outlook-volume-2003-issue-1/foreign-direct-investment-restrictions-in-oecd-countries_eco_outlook-v2003-1-38-en)> accessed 26 February 2019.
- 18 Law of the Republic of Kazakhstan on Investment, 08.01.2003, No.373, Journal of Parliament of the Republic of Kazakhstan, 2003, No.14, Art.274.
- 19 Law of the Republic of Kyrgyzstan on Investments in the Kyrgyz Republic, 27.03.2003, No.66, Journal of Jogorku Kenesha of the Republic of Kyrgyzstan, 2003, No.7, Art.252.
- 20 Law of the Republic of Tajikistan on Investments, 12.05.2007, No.260 Mazhlisi Oli of the Republic of Tajikistan Collection of Legislation, 2007, No.5, Art.65.
- 21 Law of the Republic of Uzbekistan on Foreign Investments, 30.04.1998, No.609-I, Journal of Oliy Majlis of Republic of Uzbekistan, 1998, No.5-6, Art.91.
- 22 Law of the Republic of Uzbekistan on Foreign Investments, 2008, No.184-111, Journal of Majlis of Republic of Turkmenistan, 2008, No.1, Art.17.
- 23 Law of the Republic of Uzbekistan about Natural Monopolies, 1999, No.9, Journal of Oliy Majlis of Republic of Uzbekistan, 1999, No.9, Art.212.
- 24 Law of the Republic of Kazakhstan On Natural Monopolies and Regulated Markets, 1998, No.272-I, Journal of Parliament of the Republic of Kazakhstan, 1998, No.16, Art.214.
- 25 Law of the Republic of Kyrgyzstan about Natural Monopolies in the Kyrgyzstan Republic 2017, No.126, Journal of Jogorku Kenesha of the Republic of Kyrgyzstan, 2011, No.7, Art.1052.
- 26 Law of the Republic of Tajikistan about Natural Monopolies, 2007, No.235, Mazhlisi Oli of the Republic of Tajikistan Collection of Legislation, 2007, No.3, Art.168.
- 27 Turkmenistan does not have a specific law to regulate competition. Fair competition is regulated by Article 17 of the Law on State Support to Small and Medium Enterprises. See: Закон Туркменистана О Государственной Поддержке Малого и Среднего Предпринимательства, 2009, №57-IV, Ведомости Меджлиса Туркменистана, 2009, № 3, ст.59 [Law of the Republic of Turkmenistan on State Support to Small and Medium Enterprises, 2009, No.57, Journal of Majlis of Republic of Turkmenistan, 2009, No.3, Art.59].
- 28 UNCTAD, Investment Policy Review, 6 (2016) (Oct.25, 2018) <[https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2016d1\\_en.pdf](https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2016d1_en.pdf)> accessed 20 March 2019.

controlled by the state. In the long - term, it is planned to privatize state entities in the energy sector<sup>29</sup>. In spite of the general framework prohibiting monopolistic activity<sup>30</sup>, there is no law to regulate market dominance and monopolistic agreements<sup>31</sup>. Except state monopoly, there is no specific restriction related to certain sectors. However, in practice, Turkmenistan's FDI regime is not classified as a low risk country for foreign investment. According to a few investor's experiences, the "government chooses foreign investors selectively and a close relationship with high political officials is the best guarantor of approval. The legal framework of foreign investment is non-transparent and politicized, and procedures are often cumbersome and confusing"<sup>32</sup>.

Foreign investors may be subject to strict admission rules in order to maximize the benefits of foreign investment. In this regard, the host country imposes certain commitments for foreign investment. Turkmenistan legislates limits to employment regarding foreign personnel. It is a general requirement that at least 70% of a foreign investment company's personnel must be local<sup>33</sup>. The only exceptions are for foreign executing companies and large-scale - turnkey projects. As is often seen in comparative law, host countries may impose foreign investors to certain conditions at the stage of investment entry<sup>34</sup>. Subjecting the foreign investment to the approval system or certain conditions (such as using local raw materials, providing local employment) at the entry stage of the host country can be considered as an effort to protect the national economy. However, this requirement can be seen as discouraging FDI inflow. In this regard, foreign investors may consider whether or not the necessary expertise to make their investment worthwhile is available.

Additionally, it should be noted that in 2013 Turkmenistan created the Agency for Protection from Economic Risks under the Ministry of Economy and Development of Turkmenistan<sup>35</sup>. The main task of the Agency is to analyze the potential risks that foreign investment poses to the national economy. In particular, before implementation of the investment project, any foreign company that wins government tenders is required to submit all information related to the foreign company to the Agency. Accordingly, the Presidential Degree Agency is given broad power to take measures

29 OECD, Financing climate action in Turkmenistan, <[https://www.oecd.org/environment/outreach/Turkmenistan\\_Financing\\_Climate\\_Action.Nov2016.pdf](https://www.oecd.org/environment/outreach/Turkmenistan_Financing_Climate_Action.Nov2016.pdf)> accessed 15 November 2019.

30 Article 245 of Civil Code of Turkmenistan No.294-I of July 17, 1998; Article 80 of Civil Code of Turkmenistan No.294-I of July 17, 1998.

31 Fair competition is regulated by Article 17 of the Law on State Support to Small and Medium Enterprises dated 15 August 2009, No.57-IV

32 Gundog̃ar, 'Turkmenistan: Investment for Thrill Seekers' <<http://www.gundogar.org/?0220049040000000000000013000000>> accessed 13 March 2019; The Economist, Turkmenistan: Struggling to attract non- oil investment, [http://country.eiu.com/article.aspx?articleid=261131210&Country=Turkmenistan&topic=Economy&subtop\\_7](http://country.eiu.com/article.aspx?articleid=261131210&Country=Turkmenistan&topic=Economy&subtop_7)> accessed 13 March 2019.

33 PWC, 'Doing business guide: Turkmenistan' (2010) <<https://www.pwc.com/uz/en/assets/pdf/doing-business-guide-in-turkmenistan-2012-2013.pdf>> accessed 20 March 2019.

34 Saamir Elshihabi, 'The difficulty behind securing sector-specific investment establishment rights: The case of the Energy Charter Treaty' (2001), 35 *The International Lawyer* 1, 139.

35 Journal of Majlis of Republic of Turkmenistan 03.03.2008, No.1

to manage the political, economic, financial, legal, industry, regional, and natural risks that may arise in connection with certain situations. First, it is common to take measures against foreign investment. In this case, those include the Sovereign Wealth Fund or foreign investments that have close connections with foreign countries. However, the transparency and predictability of the Agency is crucial from a foreign investor perspective. The case of Turkmenistan indicates that the Agency for the Protection from Economic Risks has no clear guidelines to follow when analyzing public investment projects. This could dissuade foreign investors from investing in Turkmenistan. Second, after a few foreign investors started investment cases against Turkmenistan that ended up in international investment arbitration, Turkmenistan has started carefully analyzing public investment projects on a case-by-case basis<sup>36</sup>. Most of these investment cases are public investment projects and the foreign investor's claim is based on unlawful expropriation, violation of non-discrimination, delayed payments, and other provisions of Turkmenistan BITs.

### **B. Grounds for Screening Foreign Investment**

Recent developments<sup>37</sup> among developed and developing countries indicate that the scope of national investment screening mechanisms has been expanding. The main reason for such restrictions is to control the planned acquisition of strategic firms, through which foreign investors may take control of critical infrastructure and technologies. Beyond that, these infrastructure and technologies can be seen as crucial for the long-term competitiveness of the national economy<sup>38</sup>.

As a rule in the context of Turkmenistan legislation, state expertise takes place in the process of registering a foreign investment. In this process, the state makes sure that the foreign investment is consistent with the standards and rules of seismic, fire, explosive, sanitary-hygienic, ecological, and city-building requirements. These is only an illustrative list of standards; the state also assesses the social and economic benefits of foreign investment. Most developing countries employ lower health, environment, and safety and labor standards as regulatory incentives<sup>39</sup>. Unlike other developing countries, Turkmenistan imposes high health, safety, and environmental standards for foreign investment during the process of admission. This phenomenon can be explained in two ways. On the one hand, Turkmenistan is more aware of protecting the environment and public interest than other developing nations. Therefore,

---

36 Seven out of ten investment cases are requested by Turkish investors. See in more detail, Investment Policy <<https://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/CountryCases/215?partyRole=2>> accessed 10 May 2019.

37 In particular, recent international investment agreements impose foreign investors for certain requirements related to protection of environment.

38 UNCTAD (n 16) 179.

39 Ibid 110; Sarianna M. Lundan, 'Definitions, Motivations and Locational Determinants of Foreign Direct Investment, Rethinking Investment Incentives: Trends and Policy Options' 56 (Ana Teresa Tavares-Lehmann, Perrine Toledano, Lose Johnson, and Lisa Sachs ed., 2016).

Turkmenistan establishes strict environmental and other standards related to public interest for foreign investment at the point entry. In this regard, Turkmenistan considers the benefits of foreign investment to national economy as well as public interest. On the other hand, there is some doubt regarding Turkmenistan's introduction of these standards for foreign investors in terms of admission. It is not common practice for foreign investors to complain about high environmental standards. Most empirical research indicates that foreign investors do not change their operations to take advantage of lower environmental standards provided by some host countries<sup>40</sup>. One of the main issues related to environmental requirements in the context of national laws is the absence of stability, certainty and transparency. In Turkmenistan, several of the environmental laws and amendments are not accessible to the public. Only some laws and regulations are available via the online newspaper *Turkmenistan: Golden Age*, and such laws are not updated often<sup>41</sup>. The Ministry of Nature Protection (MNP) is the main environmental enforcement authority. Inspectors of five regional departments of MNP scrutinize enterprises and impose sanctions that are in violation of environmental requirements.

The United Nations Economic Commissions for Europe reviewed Turkmenistan's environmental regulations and concluded a lack of consistency and certainty with international standards. According to this review, "Environmental laws contain only brief provisions on administrative, criminal, and civil liability for noncompliance. The assurance of compliance with environmental requirements is based, first of all, on the use of the command-and-control approach, since possibilities for the use of economic incentives for enterprises are very limited. The influence of administrative sanctions on the behavior of polluters (most of which are SoEs) is negligible. During the review mission, it was not possible to comprehend the link between the law enforcement activities of MoNP and decision-making on the allocation of appropriate funding for environmental protection at enterprises that do not comply with environmental requirements. The decision-making in Turkmenistan depends to a large extent on the Government". As can be seen Turkmenistan's environmental regulation is undetectable at the entry of foreign investment. Furthermore, although there are some laws<sup>42</sup> to regulate the registration of foreign investment, they provide no guidelines related to state expertise, including environmental standards. When guidelines are non-existent or very broad, it leaves broad discretion in the hands of the authorities to make evaluations. This phenomenon may compromise the transparency and predictability of

40 OECD, 'Foreign Direct Investment and Environment: An Overview of Literature (1998) 3.

41 United Nations Economic Commissions for Europe, 'Turkmenistan: Environmental Performance Reviews' (2012) 22 < [http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/epr/epr\\_studies/Turkmenistan.pdf](http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/epr/epr_studies/Turkmenistan.pdf) > accessed 20 October 2019.

42 See in more detail, Decree No.8054 (2006) of the president of Turkmenistan "On the Improvement of State Registration of Legal Entities and Investment Projects"; Resolution 5105 (2001) of the President of Turkmenistan "On measures to improve the state registration of legal entities".

state expertise<sup>43</sup>. Because of the non-existence of guidelines related to state expertise, there is no objective criteria for the government officials to follow.

It is common practice in Turkmenistan legislation that Turkmenistan's Foreign Investment Law, as well as other investment regulations, reference "their environmental, sanitary, and hygienic qualifications". These standards provide enough discretion to the authorities to evaluate the activity of foreign investment because of uncertain standards. From this point of view, Turkmenistan's state expertise (their environmental, sanitary, and hygienic standards) includes no precise criteria. Turkmenistan's legal framework for foreign investment is often seen as a complex and diverse set of barriers to the inflow of foreign investment into the country. International experience demonstrates that subjecting specific sectors to screening procedures that are clearly described in national legislation is a better approach than subjecting all foreign investment to the same screening procedures. This approach makes national legislation more predictable for foreign investors. According to this approach, non-listed sectors are not subject to review. The national legislation of host countries often excludes utilities, telecommunications, transportation, and media from their screening procedures<sup>44</sup>. It is generally recognized that all regulatory standards, such as environmental, public health, and labor standards, would positively impact a host country's income level. These standards also create policy space for host countries to regulate these matters and balance the interests of foreign investors with those of the host country. However, it should be noted that small countries could be in a weaker position to negotiate with large companies and large neighboring countries. As previously mentioned, the regulatory standards of a host country are not the main concern of foreign investors. The main concern is the predictability of a host country's legal framework. The predictability of a host country's current and future regulatory framework could decrease uncertainty and increase the attractiveness of investment<sup>45</sup>.

The foreign investor expects the host country to behave in a transparent and consistent manner without uncertainty. The fact that the legislation is foreseeable ensures that foreign investors comply with the legislation by planning their investments in advance. The inability of the host country to comply with its own manner of conduct with respect to foreign investors or investments and to the extent that it cannot provide protection to the extent that the country undertakes the investment agreements affects the ability of the foreign investor<sup>46</sup>. On the other hand, the principle of stability and predictability should not be interpreted as the fact that foreign investment legislation

---

43 OECD, 'Transparency and Predictability for Investment Policies Addressing National Security Concerns: A Survey of Practices' (2008) 3 < <https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/40700254.pdf> > accessed 2 November 2019.

44 UNCTAD (n 16)180.

45 OECD, 'Regulatory investment incentives' < <https://pdfs.semanticscholar.org/767d/afb28173d00395740bf7b9910b09ec7214ba.pdf> > accessed 10 May 2019.

46 *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A v. Mexican*, ICSID Case No: ARB/00/02, Award, para. 154.



and investment agreements can never be changed. In other words, states can often change their laws and regulations by using their own regulatory powers, taking into account the changing economic conditions or developments in the political, economic, and social fields. These changes may lead to less profitable and even unprofitable activities in certain cases<sup>47</sup>.

### **C. Do Turkmenistan's Bits Contain Any Special Provisions Related to the Admission of Foreign Investment?**

Traditionally, there is consensus that the state has the full right to allow foreign investors to enter its territory. However, over the past two decades, several countries have liberalized their investment climate and abolished entry barriers for foreign investment. Without a doubt, open and transparent admission rules for the entry of foreign investment is a crucial contributor to the inflow of foreign investment into a host country. From the point of view of the predictability and stability of a host country's investment framework, investment treaties create more secure, transparent, and predictable environments for foreign investors at the international level. Simultaneously, host countries preserve certain rights to control the entry of foreign investment to protect national and public interests (security, national economic policy, public health, and environment)<sup>48</sup>. For that reason, host countries often maintain certain provisions to create space for regulatory policy.

Generally speaking, based on the controlled entry model, a host country's BIT often includes an admission clause. In the scope of such clause, the host country has no obligation to revise its domestic legislation or preserve regulatory power during the pre-entry stage<sup>49</sup>. It should be noted that strict admission rules dissuade foreign investors from investing in host countries. In this sense, pre-established commitments could be considered a strong message to potential investors while limiting the regulatory power of a host country to admit foreign investment in its territory. Nearly all of Turkmenistan's BITs contain special provisions related to the admission of foreign investment. For example, Article 2 of the Turkmenistan-India BIT states "This agreement shall apply to all investments made by investors of either Contracting Party in the territory of the other Contracting Party, accepted as such in accordance with its laws and regulations, whether made before or after coming into the force of this Agreement". Although the language of such provisions ("admit"<sup>50</sup>, "permit"<sup>51</sup>) in the context of Turkmenistan's BIT is different, all provisions related to admission make reference to national laws. In this regard, such provisions play a role

47 Feldman v. Mexico, ICSID Case No.ARB/99/1, para 112.

48 WTO, 'Concept paper on modalities of pre-establishment, Working Group on Relationship Trade and Investment' (2002) 3.

49 Shan Wenhua, 'The Legal Protection of Foreign Investment: A Comparative Study' (Hart Publishing 2012) 30.

50 Article 2/1 of Turkmenistan-UAE BIT.

51 Article 2/1 of Turkmenistan-Uzbekistan BIT.

at two levels<sup>52</sup>. First, these provisions allow the host country to apply its admission and screening procedure in the scope of national legislation. In the case of Turkmenistan, admission and screening procedures are carried out through state expertise. In this process, Turkmenistan evaluates the consistency of foreign investment projects with general safeguard standards (environmental, sanitary, and hygienic qualification), as well as the contribution of foreign investment to the national economy. Second, these provisions allow Turkmenistan to apply discriminatory provisions to foreign investors in the context of national legislation at the entry stage. In other words, it is not possible to apply national treatment and a most favored nation clause at the stage of entry.

Principally, BITs and FTAs contain no special provisions in case the host country may have strong regulatory powers (environment and public health)<sup>53</sup>. It is not common in practice that environmental provisions do not constitute a breach of BIT. Compared with the main provisions of BIT (such as national treatment, most favored nation treatment, fair and equitable treatment), these provisions have often seen soft law in the context of IIA. Albeit international investment arbitration practice illustrates that violation of environmental provisions considers in light of general objectives and its content<sup>54</sup>. Several countries (the U.S. Model BIT 2012 and Canadian Model BIT) in recent years have started to introduce environmental and public health provisions in their national legislation as well as their BITs. Some of these provisions are symbolic rather than mandatory, while others impose certain social standards (environmental and public health standards) for foreign investors.

#### **D. Admission of Foreign Investment and “In Accordance with Host State Law”**

As previously noted, several Turkmenistan BITs require foreign investors to establish their investment in accordance with the law<sup>55</sup>. In these examples, “in accordance with host state law” constrains foreign investors to establish their investments in the scope of Turkmenistan law. In this regard, the admission of foreign investment provisions refers to a host country’s legislation. It means that foreign investors are not protected under the BIT if that foreign investor fails to admit in accordance with the host country’s law<sup>56</sup>.

52 Gomez-Palacio and Muchlinski (n 9) 11.

53 Daniel Chudnovsky ‘*Rethinking foreign investment for sustainable development: Lesson from Latin America*’, (Anthem Press 2010), 132.

54 Hoi L.Kong and L. Kinvin Wroth ‘NAFTA and Sustainable Development: History, Experience and Prospects for Reform’(Cambridge University Press 2015); Ralph Tench, William Sun and Brian Jones ‘Communicating Corporate Social Responsibility: Perspective and Practice’ (Emerald 2014), 144.

55 Article 2/1 of Turkmenistan – Switzerland BIT; Article 3/1 of Turkmenistan – India BIT; Article 2/1 of Turkmenistan – United Arab Emirates BIT; Article 2/1 of Turkmenistan – Uzbekistan; Article 2/1 of Turkmenistan – Israel.

56 See in more detail: August Reinisch ‘How to Distinguish ‘In Accordance with Host State Law’ Clauses From Similar International Investment Agreement Provisions?’ (2018) 7 Indian Journal of Arbitration Law 1, 70-83; Sam Luttrell ‘Fall of the Phoenix: New Approach Illegality Objections in Investment Treaty Arbitration’ (2018) 44 University of Western Australia Law Review 2, 121-141; Jarrod Hepburn ‘In Accordance with Which Host State Laws? Restoring the “Defense” of Investor Illegality in Investment Arbitration’ (2014) 5 Journal of International Dispute Settlement 531, 1-25; Rahim Moloo and Alex Khachaturian ‘the Compliance with the Law Requirement in International Investment Law’ (2011) 34 Fordham International Law Journal 6, 1473- 1499.

As the tribunal explained “in accordance with host state law” in this way: “*The only logical and legal sense to support the literal and teleological interpretation of the expression “in accordance with its legislation (legal provisions)” is to refer to the reservation by the Host State of the investment of its sovereignty, within the scope of the regulation of the conditions for admission of an investment made by the other contracting State, as well as regulation of its protection. Thus, a State can limit its discretion the type of investment admissible through its internal laws (for example, in the case of investments in sectors subject to State monopoly), without violating the BIT and establish freely its own internal rules suitable to protect foreign investments. These are measures of an economic nature rather than clauses limiting the consent of the Host State to the jurisdiction of the ICSID*”<sup>57</sup>.

In *Churchill Mining v. Indonesia*, the tribunal defined admission requirements as a jurisdictional issue. The tribunal explained that admission requirements are applied at the time of the entry to the host country and not during the entry of the investment project. Furthermore, the tribunal clarified the scope of “in accordance with host state law”. The tribunal noted that admission requirements in BITs are narrower than traditional legality requirements which it only limited to domestic law and not the general legal framework of the host country. In contrast, investor-state arbitration awards related to admission requirements and “in accordance with host state law” are not consistent. The tribunal in *Mytilineos Holdings SA v. Serbia* found that foreign investment requires an additional approval procedure in accordance with the 1987 ASEAN Agreement even though the BIT did not contain special provisions related to admission. The tribunal said: “*The BIT itself does not require registration of investments; rather, it covers investments made “in accordance with/consistent with the legislation of the host State”*”<sup>58</sup>. The tribunal in *Tokios Tokenes v. Ukraine*<sup>59</sup> adopted a similar approach. According to Ukraine, there were some irregularities in the foreign investor’s’ business and in some documents related to the business registration under Ukrainian law. The tribunal pointed out that foreign investor activity was within the scope of investment under the BIT, and such investment is not illegal under the law of the host state. The tribunal further suggested that minor registration irregularities are acceptable as long as they are considered as legal investment<sup>60</sup>.

As seen in the above cases, “in accordance with host state law” does not refer to the admission of foreign investment under the host country’s law. This provision is only required for the foreign investor to be legal in the scope of the host’s state law. Unlike such provisions, most of Turkmenistan’s BITs contain clear provisions related

57 *Inceysa Vallisoletana S.L v. Republic of El Salvador*, ICSID Case No: ARB/03/26, Award, para.199.

58 *Mytilineos Holdings SA v. The State Union of Serbia & Montenegro and Republic of Serbia*, PCA, Partly Award on Jurisdiction, para.140.

59 *Tokios Tokenes v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/02/18.

60 *Tokios Tokenes v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/02/18, Decision on Jurisdiction, para 74-76.

to admission. In this sense, once foreign investment is approved by Turkmenistan law, the foreign investor is protected within the scope of the BIT.

### **E. Applicability of Non-Discrimination Clause**

The non-discrimination clause is the cornerstone of international investment treaties. In this sense, international investment treaties and national investment legislation often contain national treatment and most-favored nations clauses. National treatment prohibits discrimination between foreign investors and domestic investors, whereas a most-favored nation clause provides a non-discrimination clause among foreign investors and third party investors.

From the point of view of the host country, application of a non-discrimination clause in the pre-entry stage of investment could be problematic<sup>61</sup>. First and foremost, as mentioned before in the case of Turkmenistan, the host country may have closed certain sectors to foreign investment due to concerns of strategic and political reasons. Another problem with application of a non-discrimination clause is that several developing countries provide certain preferences to domestic investors. The main reason is that host countries get worried about domestic investors who have a low chance to compete with foreign investors. In this case, it is easier for the host country to access a most favored nation clause on the entry of foreign investment rather than national treatment.

Generally speaking, international investment treaties regulate and provide protection for foreign investors after the establishment of the investment, although, some investment treaties provide protection beyond the levels of traditional protection of foreign investment and contain non-discrimination clauses for pre-entry investment. This clause requires that the host state does not discriminate against foreign investors in case of permits, licenses, authorization, and other formalities in the context of the host country's legislation. In other words, in the stages of making, acquiring, and expanding their investments, foreign investors are subject to the same applications as domestic investors as well as third-party investors.

In Central Asian states<sup>62</sup> including Turkmenistan foreign direct investment heavily concentrates in just few sectors, in particular natural resource extraction. International experience as well as recent developments indicate that natural resource extraction sectors are open to discriminatory measurements or predatory interference of the host country<sup>63</sup>. For Turkmenistan, prospective poor-quality regulations, as well

---

61 Salacuse (n 1) 667.

62 The OECD Central Asia Initiative, Promoting Investments and Job Creation in Central Asia through Business Linkage Programs, 14 (2013) <<https://www.oecd.org/global-relations/BusinessLinkageProgrammes.pdf>> accessed October 20, 2018.

63 Skovgaard Poulsen, *The Importance of BITs for Foreign Direct Investment and Political Risk Insurance: Revisiting Evidence*, Yearbook on International Investment Law and Policy 2009/2010 (Oxford University Press 2010), 547.

as inconsistent interpretation and arbitrary application of laws, continue to be a major problem for the Turkmenistan foreign investment regime. The scope of a non-discrimination clause is often restricted in the process of admission in all of Turkmenistan's BITs. Although the language of non-discrimination varies, all of Turkmenistan's BITs restrict the scope of non-discrimination in accordance with the host country. For example, Article 4/2 of the Turkmenistan-Swiss Federal Council BIT (2008) states, "...*Treatment of investors themselves as regards the management, maintenance, use, enjoyment or disposal of their investments, shall also be not less favorable than that accorded by a Contracting Party to its own investors or to investors of any third State.*" Some of Turkmenistan's BITs reference the scope of the non-discrimination clause that can be applicable once investment is established in accordance with the host state. For example, Article 2/2 of the Turkmenistan –Turkey BIT states "*Each party shall accord to these investments, once established, treatment no less favorable than that accord in similar situations investments of its investors or to investments of investors of any third country, whichever is the most favorable*". In contrast, a recent survey shows that nearly 88 % of PTAs (Preferential Trade Agreements) contain national treatment in the pre-establishment phase of investment. This provision imposes on the host country to remove all discriminatory market access measurements and treat foreign investors the same as domestic investors<sup>64</sup>.

In light of all of Turkmenistan's BITs, a non-discrimination clause in the pre-entry stage is not applicable. That means that foreign investors could be discriminated against in the process of entry. Restricting the scope of a non-discrimination clause not only covers national treatment but also most-favored nation clauses. In this sense, discrimination can occur among different states' investors.

### Conclusion

The admission of foreign investment is a crucial part of a host country's FDI regime. Clear and predictable procedures regarding the entry of foreign investment make for more favorable destinations for foreign investors. In this sense, foreign investors plan their investments based on host countries' legislation. In contrast, a lack of rules and procedures related to admission may negatively affect the inflow of foreign investment into a host country. It is generally accepted that high standards related to the protection of environmental and public health rules is not the main concern of foreign investors. The main concern is a lack of predictability and transparency in a host country's legal framework. In particular, this issue is more problematic in developing countries due to a lack of the rule of law. It is not acceptable for host countries to employ uncertain laws as a shield against foreign investors in case of disputes between a host state and a foreign investor.

64 Jo-Ann Crawford and Barbara Kotschwar "Investment Provisions in Preferential Trade Agreements: Evolution and current Trends, WTO: Economic Research and Statistics Division, ERSD 2018-14, 17.

Turkmenistan's FDI regime is often defined by a lack of transparency and predictable rules for foreign investors, including admission rules. It seems that it is difficult for Turkmenistan to attract massive amounts of foreign investment due to the country's lack of a predictable and transparent FDI regime. Furthermore, all of Turkmenistan's BITs include provisions that grant Turkmenistan the right to control the admission of foreign investment. That means that foreign investment is accepted in accordance with Turkmenistan legislation. Turkmenistan Investment Law contains special provisions to allow the application of state expertise at the point of entry of foreign investment. In other words, these provisions allow Turkmenistan to scrutinize foreign investment case by case at the entry stage. However, there are no guidelines or principles to follow in the process of applying state expertise. In the eyes of foreign investors, this makes state expertise lack transparency and predictability. In this case, Turkmenistan's application of state expertise gives the impression that Turkmenistan uses state expertise to choose foreign investors rather than to protect environmental and public health.

---

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.

**Conflict of Interest:** The author has no conflict of interest to declare.

**Grant Support:** The author declared that this study has received no financial support.

**Hakem Değerlendirmesi:** Dış bağımsız.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

**Finansal Destek:** Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

---

### **Bibliography/Bibliyografya**

- Bassan F, 'Host States and Sovereign Wealth Funds' (2010) 5 EBLR.
- Chudnovsky D, '*Rethinking foreign investment for sustainable development: Lesson from Latin America*', (Anthem Press 2010).
- Crawford JA and Kotschwar B, 'Investment Provisions in Preferential Trade Agreements: Evolution and current Trends, WTO: Economic Research and Statistics Division, ERSD 2018-14.
- Elshihabi S, 'The difficulty behind securing sector-specific investment establishment rights: The case of the Energy Charter Treaty' (2001), 35 *The International Lawyer* 1.
- Fraedrich L, Kaniecki C and Rafferty S, 'Foreign Investment Control Heats Up: A Global Survey of Existing Regimes and Potential Significant Changes on the Horizon' (2018) 13 *Global Trade and Customs Journal*.
- Gundoğar, 'Turkmenistan: Investment for Thrill Seekers' < <http://www.gundogar.org/?02200490400000000000013000000> > accessed 13 March 2019.
- Gomez-Palacio I and Muchlinski P, 'Admission and Establishment' in Peter Muchlinski, Federico Ortino and Christopher Shreuer (eds), *The Oxford Handbook of International Investment Law* (1th edn, OUP 2008).
- Hepburn J, 'In Accordance with Which Host State Laws? Restoring the "Defense" of Investor Illegality in Investment Arbitration' (2014) 5 *Journal of International Dispute Settlement* 531.

- Investment Policy <<https://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/CountryCases/215?partyRole=2>> accessed 10 May 2019.
- Jansen P, 'Industrial Policy and in the Context of Merger and Foreign Investment Control' (2018) 24 *Columbia Journal of European Law*.
- Jeswald S, "BIT by BIT: the Growth of Bilateral Investment Treaties and Their Impact on Foreign Investment in Developing Countries" (1990) 24 *The International Lawyer* 3.
- Kawharu A, 'The Admission of Foreign Investment under TPP and RCEP', (2015) 16(2) *The Journal of World Investment and Trade*.
- Kong HL and Wroth LK, 'NAFTA and Sustainable Development: History, Experience and Prospects for Reform' (Cambridge University Press 2015).
- Lundan SM, 'Definitions, Motivations and Locational Determinants of Foreign Direct Investment, Rethinking Investment Incentives: Trends and Policy Options' 56 (Ana Teresa Tavares-Lehmann, Perrine Toledano, Lise Johnson, and Lisa Sachs ed., 2016).
- Luttrell S, 'Fall of the Phoenix: New Approach Illegality Objections in Investment Treaty Arbitration' (2018) 44 *University of Western Australia Law Review* 2.
- Moloo R and Khachaturian A, 'the Compliance with the Law Requirement in International Investment Law' (2011) 34 *Fordham International Law Journal* 6.
- Muchlinski P, Ortino F and Schreuer C, *the Oxford Handbook of International Investment Law* (1th edn, Oxford University Press 2008).
- Muthucumaraswamy S, *the International Law on Foreign Investment* (3th edn, Cambridge University Press 2010).
- Narula R and Lall S, 'Understanding FDI-Assisted Economic Development' (1th edn, Routledge 2006).
- O'Brien J, 'Barriers to Enter: Foreign Direct Investment and the Regulation of Sovereign Wealth Funds' (2008) 42 *The International Lawyer*.
- OECD, 'FDI Regulatory Restrictiveness Index' (2018) <[https://stats.oecd.org/Index.aspx?datasetcode=FDIINDEX&\\_ga=2.175271777.298301915.1549266976-167128608.1541492600#](https://stats.oecd.org/Index.aspx?datasetcode=FDIINDEX&_ga=2.175271777.298301915.1549266976-167128608.1541492600#)> accessed 4 February 2019.
- OECD, 'Foreign Direct Investment and Economic Developments: Lesson from Six Emerging Economies' (1998) 38.
- OECD, 'Foreign Direct Investment and Environment: An Overview of Literature' (1998) 3.
- OECD, 'Foreign Direct Investment Restriction in OECD Countries' (2015) <<https://www.oecd.org/eco/reform/2956455.pdf>> accessed 4 February 2019.
- OECD, 'Foreign Investment Restriction in OECD Countries' (2004) 2 <[https://www.oecd-ilibrary.org/economics/oecd-economic-outlook-volume-2003-issue-1/foreign-direct-investment-restrictionsin-oecd-countries\\_eco\\_outlook-v2003-1-38-en](https://www.oecd-ilibrary.org/economics/oecd-economic-outlook-volume-2003-issue-1/foreign-direct-investment-restrictionsin-oecd-countries_eco_outlook-v2003-1-38-en)> accessed 26 February 2019.
- OECD, 'Freedom of Investment, National Security and Strategic Industries' <<https://www.oecd.org/investment/investment-policy/40473798.pdf>>
- OECD, 'Guidelines for Recipient Country Investment Policies Relating to National Security' <<https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/43384486>> accessed 25 February 2019.
- OECD, 'Investment Climate and Regulation of International Investment in MENA Countries: Assessment of Available Information and General Recommendations' (2005).

- OECD, 'Regulatory investment incentives' < <https://pdfs.semanticscholar.org/767d/afb28173d00395740bf7b9910b09ec7214ba.pdf> > accessed 10 May 2019.
- OECD, 'Transparency and Predictability for Investment Policies Addressing National Security Concerns: A Survey of Practices' (2008) 3 < <https://www.oecd.org/daf/inv/investmentpolicy/40700254.pdf> > accessed 2 November 2019.
- OECD, Financing climate action in Turkmenistan, <[https://www.oecd.org/environment/outreach/Turkmenistan\\_Financing\\_Climate\\_Action.Nov2016.pdf](https://www.oecd.org/environment/outreach/Turkmenistan_Financing_Climate_Action.Nov2016.pdf)> accessed 15 November 2019.
- PWC, 'Doing business guide: Turkmenistan' (2010) <<https://www.pwc.com/uz/en/assets/pdf/doingbusiness-guide-in-turkmenistan-2012-2013.pdf>> accessed 20 March 2019.
- Poulsen S, The Importance of BITs for Foreign Direct Investment and Political Risk Insurance: Revisiting Evidence, Yearbook on International Investment Law and Policy 2009/2010 (Oxford University Press 2010).
- Reinisch A, 'How to Distinguish 'In Accordance with Host State Law' Clauses From Similar International Investment Agreement Provisions?' (2018) 7 Indian Journal of Arbitration Law 1.
- Reinisch A, Standards of Investment Protection (Oxford University Press 2008).
- Sacerdoti G, 'Admission and Treatment of Foreign Investment Recent Bilateral and Regional Treaties' (2000) 1 The Journal of World Investment and Trade 1.
- Stephen G, 'Measuring of Restrictions on Inward Foreign Direct Investment for OECD countries' OECD Economic Department Working Papers <<https://www.oecd.org/eco/reform/2956455.pdf>> accessed 25 February 2019.
- Steyt JY, 'Comparative Foreign Direct Investment Law: Determinants of the Legal Framework and the Level of Openness and Attractiveness of Host Economy', LLM Graduate Research Paper, 76(2006).
- Tench R, Sun W and Jones B, 'Communicating Corporate Social Responsibility: Perspective and Practice' (Emerald 2014).
- The Economist, Turkmenistan: Struggling to attract non- oil investment, [http://country.eiu.com/article.aspx?articleid=261131210&Country=Turkmenistan&topic=Economy&subtop\\_7](http://country.eiu.com/article.aspx?articleid=261131210&Country=Turkmenistan&topic=Economy&subtop_7) accessed 13 March 2019.
- The OECD Central Asia Initiative, Promoting Investments and Job Creation in Central Asia through Business Linkage Programs, 14 (2013) <<https://www.oecd.org/global-relations/BusinessLinkageProgrammes.pdf>> accessed October 20, 2018.
- UNCTAD, 'Investment Laws: A Widespread Tool for the Promotion and Regulation of Foreign Investment, Investment Policy Monitor' (2016) <[https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2016d5\\_en.pdf](https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2016d5_en.pdf)> accessed 10 February 2019.
- UNCTAD, 'World Investment Report' (2018) 177 < [https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2018\\_en.pdf](https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2018_en.pdf) > accessed 26 February 2019.
- UNCTAD, Investment Policy Review, 6 (2016) (Oct.25, 2018) <[https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2016d1\\_en.pdf](https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2016d1_en.pdf)> accessed 20 March 2019.
- UNCTAD, Measuring Restrictions on FDI in Services in Developing Countries and Transition Economies <[https://unctad.org/en/Docs/iteiia20061\\_en.pdf](https://unctad.org/en/Docs/iteiia20061_en.pdf)> accessed 25 February 2019.
- United Nations Economic Commissions for Europe, 'Turkmenistan: Environmental Performance Reviews' (2012) 22 <[http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/epr/epr\\_studies/Turkmenistan.pdf](http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/epr/epr_studies/Turkmenistan.pdf) > accessed 20 October 2019.



- Van Der Meulen J and Trebilcock MJ, 'Canada's Response to Foreign Sovereign Investment: Operationalizing National Security Exceptions' (2009) 47 Canadian Business Law Review.
- Verhoose G, 'Foreign Direct Investment and Legal Constrains on Domestic Environmental Policies: Striking Reasonable Balance Stability and Change' (1998) 29 Law and Policy in International Business.
- Waelde T and Kolo A, 'Environmental Regulation, Investment Protection and "Regulatory Taking" in International Law' (2001) 50(4) The International and Comparative Law Quarterly.
- Wenhua S, *The Legal Protection of Foreign Investment: A Comparative Study* (Hart Publishing 2012).
- WTO, 'Concept paper on modalities of pre-establishment, Working Group on Relationship Trade and Investment' (2002).





## Karşılaştırmalı Hukukta Sınıraşan Taşıyıcı Annelik ile Taşıyıcı Anneden Doğan Çocukların Yasal Anne-Babalığının Kazanılma Sorunu

### Cross-Border Surrogacy Motherhood in Comparative Law and The Problem of Legal Parenthood

Cahit Ağaoğlu\*

#### Öz

Milletlerarası Özel Hukuk'ta taşıyıcı annelik konusu önemli bir yer edinmeye başlamıştır. Bunun sebepleri olarak taşıyıcı annelik konusunun hem sosyal hem de hukuki açıdan karmaşık bir konu olması ve aynı zamanda iç hukuk düzenlemelerinin bu konuda farklılık göstermesi sayılabilir. Ülkelerin bir kısmı taşıyıcı anneliği tamamen yasaklarken bir kısım ülkeler ise taşıyıcı anneliğe belli şartlarla izin vermekte, bazıları ise bu konuda hiçbir düzenleme getirmemektedir. Çalışmamızda öncelikle bu ülkeler tespit edilerek teoride getirilen düzenlemelere ışık tutulacaktır. Bu teorik çalışmalarda görülecektir ki, taşıyıcı anneliğin yasak olması bu faaliyeti durdurmamakta, tam tersine taşıyıcı anneliğin yasak olduğu ülkelerde yaşayanlar taşıyıcı anneliğin serbest olduğu ülkelere giderek orada çocuk sahibi olmaya çalışmaktadır. Bu durum da taşıyıcı anneliğe yabancılık unsuru katarak milletlerarası özel hukuk konusu haline getirdiği gibi beraberinde birçok kanunlar ihtilafı sorununa da yol açmaktadır. Uygulamada bu sorunların neler olduğu mahkeme içtihatları ve taşıyıcı annelik sürecinde yer alan aktörler ile yapılan anketler ile tespit edilmeye çalışılacaktır. Yapılan anketler ve elde edilen içtihatlar, sınıraşan bir taşıyıcı annelik uygulamasında en önemli sorunun çocuğun yasal anne ve babası kimler olması gerektiği ve buna bağlı olarak çocuğun vatandaşlığı konusunu öne çıkarmıştır. Bu sorunun gerek Kara Avrupası gerekse de Anglo-Sakson Hukuk sistemini benimseyen ülkelerdeki mahkeme kararlarıyla nasıl çözüme kavuşturulduğu konusu üzerinde de durulacaktır.

#### Anahtar Kelimeler

Taşıyıcı anne, Sınıraşan taşıyıcı annelik, Yasal ebeveynlik, Kanunlar ihtilafı, Tanıma, Lex fori

#### Abstract

Surrogacy motherhood emerges as one of the popular topics in private international law. The reasons are that surrogacy motherhood is a complex phenomenon both in social and legal aspects and domestic legal approaches differ widely between jurisdictions. Some countries disallow the surrogacy motherhood, some countries allow it with some conditions, some other countries remain unregulated. This study first determines these countries in theoretical approaches. These theoretical approaches clearly demonstrate that prohibition of surrogacy do not stop this activity. On the contrary, intended parents living in a country where surrogacy is prohibited travel to the countries where surrogacy is permitted. This situation injects foreignness to surrogate motherhood and makes it the subject of private international law and therefore brings to fore the problem of conflict of laws. This study clarifies these problems vis a vis domestic jurisprudence and with the aid of the surveys conducted with the those involved in the surrogacy process. The surveys and case-law demonstrate that the most important problem in the practice of surrogacy is who the legal parents of the child should be and consequently to determine the nationality of the child. It is emphasized how this issue is clarified both in common and civil law jurisdictions.

#### Keywords

Surrogate mother, Cross border surrogacy, Legal parenthood, Conflict of laws, Recognition, Lex fori

\* Sorumlu Yazar: Cahit Ağaoğlu (Dr. Öğretim Üyesi), Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul Türkiye.  
E-posta: cahitagaoglu@beykent.edu.tr ORCID: 0000-0002-5103-5196

Atf: Ağaoglu C, "Karşılaştırmalı Hukukta Sınıraşan Taşıyıcı Annelik ile Taşıyıcı Anneden Doğan Çocukların Yasal Anne-Babalığının Kazanılma Sorunu" (2020) 40(1) PPIL 437. <https://doi.org/10.26650/ppil.2020.40.1.0033>



### **Extended Summary**

Research in the area of assisted reproductive technology has resulted different treatment options for infertile couples. One of the most popular and actual method is in vitro fertilisation. This fertilisation is the complementary element of surrogacy motherhood. Surrogacy is a procedure in which a woman accepts to carry out a pregnancy for a period and for a couple or for another woman, either altruistically or for financial gains. She pledges to abandon the child at birth, which is to be adopted by the woman who will become the legal mother. There are different types of surrogacy: traditional surrogacy and gestational surrogacy as well as commercial surrogacy and altruistic surrogacy. In traditional surrogacy the surrogate mother becomes pregnant with the sperm of the intended father. Therefore the surrogate mother is genetically related to the child. In gestational surrogacy embryo is created with the sperm of the intended father together with the egg of intended mother. As a result there is not a genetic relation between the surrogate mother and the child.

Surrogacy attained public attention in the middle of 1980s with the cases of Baby Cotton in the UK and Baby M in the USA. Since then surrogacy has become much more popular method of assisted reproductive medicine. Although the extensive practice, surrogacy remains very problematic and leaving the parties to cross-border surrogacy arrangements at a serious and complex problems in each individual case. The main reason for this is that legislative regulations regarding surrogacy vary in various state laws. Some countries such as Turkey, Germany, Switzerland, France, China prohibit legally having children through the surrogacy, and some countries such as Ukraine, Russia, Israel, USA allow this under certain conditions, and other countries such as Belgium, Hungary, the Czech Republic, the Netherlands, India, Ireland, Japan, Spain are silent on this issue.

This complexity in the national laws begs the question of how surrogacy occurs in practice. Therefore this study focuses on the statistical data on surrogacy obtained through the surveys and interviews with those who experienced surrogacy. Statistical data on cross-border surrogacy arrangements are very rare due in part to the illicit nature of these arrangements in many jurisdictions and the lack of central registry of such arrangements at national levels, and due in part to the terms of privacy.

An important data on this is provided by Katarina Trimmings and Paul Beaumont from 2010 to 2012 funded by the Nuffield Foundation with a grant of over £112.000. This research focused on the growing social phenomenon of international surrogacy and how it could be regulated in a global level. Another important research is the one undertaken in December 2018 by the Kent University School of Law in UK together with many practitioners in the area of surrogacy. This research seeks to highlight the reality of the practice of surrogacy in the UK while recognising the problems that international surrogacy arrangements may bring.

There are important findings of these researches. First of all interdiction of surrogate motherhood never stops this activity. Furthermore there is a need for reform in countries where surrogacy is allowed. The report prepared by Kent University School of Law in UK together with many practitioners of surrogacy indicates clearly that nearly 92% of the people who attended believe that the current law in UK is out of date, 96% is of the view that there should be reform and 94% think that the current system should be improved to make surrogacy easier and more transparent and 84% think that the current system does not reflect the realities of most surrogacy arrangements.

The main problem that statistical surrogacy data proves, is the problem of nationality of the child. Generrally national laws provide for the possibility of nationality by descent. Therefore the child has an automatic right to citizenship if at least one of his or her legal parents is a national of the given state. This implies that in order to determine the issue of nationality by descent, legal parenthood must first be established. This problem has two consecutive steps. The first is the acquisition of the legal parenthood in the state of birth. Following this the intended parents will seek to take the child out of state of birth and bring him or her to their home state. In relation to this the question of legal parenthood are handled differently in civil and common law jurisdictions. Most civil law countries will apply their private international law rules on recognition whereas countries of the common law tradition will apply their internal law (*lex fori*). Some mixed law jurisdictions such as Israel formally take a more liberal approach and for nationality purposes require only a proof of a genetic link rather than a proof of the legal parenthood under internal law. Due to public policy restraints on the recognition of birth certificate, foreign judgments, legal facts or judicial acts, judicial and administrative authorities in civil law countries invented various ad hoc solutions taking into consideration the best interests of the child in accordance with European Convention on Human Rights and also partial recognition of foreign birth certificate recognising the legal parenthood of the intended father. Common law countries however, apply the laws of altruistic surrogacy to recognise the legal parenthood if relevant legal requirements are satisfied. Where legislation on altruistic surrogacy cannot be applied intended parents in cross-border surrogacy cases might be able to obtain legal parenthood through adoption.

For all these reasons, instead of prohibiting or silencing surrogate motherhood the legitimate concerns in cross-border surrogacy point towards the need to protect all actors by creating minimum standards for any cross-border surrogacy arrangement through international regulation in order to control and put a lid on the illegality. The first step may be the international agreement which is currently being drawn by the Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law.

## Karşılaştırmalı Hukukta Sınıraşan Taşıyıcı Annelik ile Taşıyıcı Anneden Doğan Çocukların Yasal Anne-Babalığının Kazanılma Sorunu

### I. Giriş

Dünyada doğal beslenme kanallarının hızla azalması insanların doğal yollarla çocuk sahibi olmalarını da etkilemektedir. Tüp bebek tedavilerinin yanıt vermemesi ve aşırı masraflı oluşu, kadının doğuştan ya da sonradan rahim ve yumurtalıklarını kaybetmesi gibi fizyolojik etkenler bir yana cinsel eğilimlerin de farklılık gösterdiği heteroseksüel veya homoseksüel kişiler de biyolojik imkansızlıkların etkisiyle çocuk sahibi olamamaktadır. Bu nedenle denenebilecek yollar arasında evlatlık, koruyucu aile olma gibi yollar olsa da bu tür imkanların yaş, cinsiyet, evlatlık ilişkisinde evlatlık olduğunu mutlaka evlatlığa bildirme zorunluluğu gibi sınırların olması çiftleri taşıyıcı annelik yoluna başvurmaya itmektedir. Diğer taraftan tıbbi gelişmelerin hız kazanmasıyla birçok olumsuz etkenin çözülebilir hale gelmesi de başvuruyu arttıran bir diğer önemli sebeptir.

Ülkelerin taşıyıcı annelik konusuna yaklaşımlarında ciddi farklılıklar bulunmaktadır. Bazı ülkeler iç hukuklarında taşıyıcı anneliği tamamen yasaklarken bazı ülkeler ise belli şartların varlığı halinde veya belli türdeki taşıyıcı anneliğe izin vermektedir. Bu durumda da taşıyıcı anneliğin yasak olduğu ülkelerde insanlar bu durumun yasak olmadığı ülkelere giderek taşıyıcı annelik metoduna başvurmaya başlamışlardır. Bu durum da taşıyıcı annelik konusunu milletlerarası özel hukuk konusu haline getirmiştir. Dolayısıyla yasaklamak, faaliyeti durduran bir unsur olmamaktadır.

Ancak taşıyıcı anneliğe izin veren ülkelerde dahi belli bazı ayrımlar ve şartlar mevcuttur. Diğer taraftan taşıyıcı annelik için başka ülkelere gidenler kendi ülkelerine döndüklerinde doğum belgesinin tanınması, yasal anne-babalık gibi başka sorunlarla da karşı karşıya kalmaktadır. Çalışmamızda taşıyıcı anneliğin dünya ülkelerindeki uygulamaları ve ortaya çıkan sorunlar bizzat bu işin aktörlerinin tespitleriyle gösterilmeye çalışılacaktır. Bu amaçla çalışmamızda öncelikle taşıyıcı anneliğin tanım ve türleri hakkında kısaca bilgi verildikten sonra yabancılık unsuru içeren taşıyıcı annelik prosedürünün istatistiki olarak uygulamada en çok yasal anne-babalık sorununu ortaya çıkardığı tespit edilerek bu sorunların gerek Kara Avrupası gerekse Anglo-Sakson ülke hukuklarına göre nasıl çözüme kavuşturulduğu üzerinde durulacaktır.

### II. Taşıyıcı Annelik Tanım ve Türleri

Üreme tıbbi alanındaki son gelişmeler ve araştırmalar, infertil çiftler için çeşitli tedavi seçeneklerinin ortaya çıkmasına neden olmuştur<sup>1</sup>. Yardımcı üreme tekniklerinden

1 Genellikle yardımcı üreme teknolojileri ve buna bağlı olarak gelişen hukuki ve etik sorunlar hakkında bkz Piotr Mostowik (ed), *Fundamental Legal Problems of Surrogate Motherhood Global Perspective* (IWS 2019); Gloria Torres, Anne Shapiro, Tim K. Mackey, 'A review of surrogate motherhood regulation in south American countries: pointing to a need for an international legal framework' (2019) 19 *BMC Pregnancy and Childbirth* <<https://bmcpregnancychildbirth>>.

en bilineni yapay döllendirme. Bu prosedür, kadının yumurtasının, bir sperm ile dışarıdan döllenerek vajına veya uterusuna suni olarak döllendiğini içerir. Daha yeni ve giderek yaygın hale gelen bir başka üreme tekniği de ‘in vitro fertilizasyondur’ (IVF). IVF sırasında yumurta bir test tüpünde veya petri kabında bir sperm ile döllendirilir. Embriyo daha sonra bir kadının rahmine aktarılır veya daha sonra implant edilmesi için sıvı azot içinde dondurulur ve saklanır. IVF genellikle taşıyıcı annelik olarak bilinen başka bir yardımcı üreme yönteminin tamamlayıcı bir unsurudur<sup>2</sup>.

Taşıyıcı anne, hamile kalmadan önce düzenlemeleri yapılan ve sadece doğumdan sonra çocuğu başka kişi veya kişilere vermek ve çocuk üzerindeki tüm haklarından feragat ederek başkalarına devretmek amacıyla taşıyan kadın olarak tanımlanabilir<sup>3</sup>.

Avrupa Konseyi İnsanlarda Yapay Döllendirme Hakkında Tavsiye Kararı’nda ise taşıyıcı anne “Başka bir kişinin isteğiyle hamilelikten önce buna razı olarak çocuğu taşıyan ve doğumdan sonra istemde bulunan kişi veya kişilere teslim eden kadın olarak tanımlanmaktadır<sup>4</sup>. Bu yönüyle iki çeşit taşıyıcı annelik vardır: geleneksel taşıyıcı annelik (traditional surrogacy) ve tam taşıyıcı annelik (gestational surrogacy)<sup>5</sup>. Geleneksel taşıyıcı annelikte taşıyıcı anne başvuran erkeğin veya bir donörün spermiyle hamile kalmaktadır (genellikle döllendirme çok nadiren de olsa cinsel ilişki yoluyla). Bu tür taşıyıcı annelikte taşıyıcı anne ile çocuk arasında genetik bağ kurulmuştur. Tam taşıyıcı annelikte ise embriyo taşıyıcı anneliğe başvuran annenin yumurtası ile (veya bir donörün yumurtası ile) taşıyıcı anneliğe başvuran erkeğin (veya bir donörün) sperminden IVF yoluyla döllendirilmesi yoluyla oluşmaktadır<sup>6</sup>. Tam taşıyıcı annelikte taşıyıcı anne ile çocuk arasında genetik bir bağ yoktur. Bu nedenle tek yaşayan ve/veya eşcinsel çiftler bakımından bu tür taşıyıcı anneliğin kullanılması mümkündür<sup>7</sup>. Bu tür özellikleri nedeniyle bu tür taşıyıcı annelikte taşıyıcı anne “taşıyıcı gebe” (gestational carrier) veya “misafir gebe” (gestational host) olarak da adlandırılmaktadır<sup>8</sup>.

biomedcentral.com/articles/10.1186/s12884-019-2182-1>, Erişim Tarihi 21 August 2019; Roman Lammers, *Leihmutterchaft in Deutschland, Rechtfertigen die Menschenwürde und das Kindeswohl ein striktes Verbot?*, (Peter Lang 2017); Cemile Turgut, *Yapay Döllendirme Taşıyıcı Annelik ve Soybağına İlişkin Hukuki Sorunlar* (XII Levha 2016); Claudia Mayer, ‘Orde public and Anerkennung der rechtlichen Elternschaft in internationalen Leihmutterchaftsfällen’, (2014) 78 *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 551 vd.; M Abdul-Kareem and A Killian (eds), *Assisted Reproductive Technologies*, 2010(11) *Georgetown Journal of Gender and the Law*, 411, özellikle 411-413; Sonia Bychkov Gree, ‘Interstate Intercourse, How Modern Assisted Reproductive Technologies Challenge the Traditional Realm of Conflicts of Law’, (2009)(24) *Wisconsin Journal of Law, Gender and Society*, 25, 25-115; Maria Kokiasmenos and Lori Mihalich, ‘Assisted Reproductive Technology’ (2004)(5) *The Georgetown Journal of Gender and the Law*, 619, 619-642.

2 Katarina Trimmings ve Paul Beaumont, ‘General Report on Surrogacy’ in Katarina Trimmings and Paul Beaumont (eds), *International Surrogacy Arrangements, Legal Regulation at the International Level*, (Hart Publishing, 2013), 439.

3 ibid 440.

4 Yasemin Erol, *Yapay Döllendirme Yöntemleri ve Taşıyıcı Annelik* (Yetkin 2012) 118; Ayşe Şimşek, ‘Yapay Döllendirme Tekniği Olarak Taşıyıcı Annelik: Hukuki ve Bıyoetik Açısından Değerlendirilmesi’ (2014) 6 *Journal of Intercultural and Religious Studies*, 27, 30 < <https://docplayer.biz.tr/2736758-Yapay-dollenme-teknigi-olarak-tasiyici-annelik-hukuki-ve-biyoetik-acidan-degerlendirilmesi.html>>, Erişim Tarihi 01 September 2019.

5 Turgut (n 1) 108-110; Trimmings ve Beaumont (n 2) 440.

6 ibid 440.

7 Bkz Jamie L. Zuckerman, ‘Extreme Makeover-Surrogacy Edition: Reassessing the Marriage Requirement in Gestational Surrogacy Contracts and the Right to Revoke Consent in Traditional Surrogacy Agreements’, (2007-2008) 32 (3) *Nova Law Review*, 661, 665.

8 Vanessa Browne-Barbour, ‘Bartering for Babies: Are Preconceptions Agreements in the Best interest of Children?’ 2004 (26), *Whittier Law Review* 429, 436.

Bu her iki tür taşıyıcı annelik arasındaki farklar çok önemli hukuki ve ahlaki sorunları da beraberinde getirmektedir. Bunlardan en önemlisi de çocuk ile taşıyıcı anne arasında genetik bağın kurulması nedeniyle geleneksel taşıyıcı anneliğe tam taşıyıcı annelikten farklı bir muamele gösterilmeli mi sorusudur<sup>9</sup>.

Taşıyıcı annelik sadece genetik bağ olup olmaması bakımından değil aynı zamanda ticari amaçla yapılan taşıyıcı annelik ile altruistik (ticari amaç taşımayan) taşıyıcı annelik olarak da sınıflandırılabilir. Altruistik taşıyıcı annelikte taşıyıcı anne sadece yapması zorunlu (tedavi, kontrol, doğum vs. masrafları gibi) masraflarını talep ederken ticari amaçla yapılan taşıyıcı annelikte taşıyıcı anne süreç için yapılması zorunlu masraf ve harcamalarını tahsil ettiği gibi aynı zamanda çektiği acı ve sıkıntılar için tazminat, maruz kaldığı iş ve ücret kaybı gibi diğer masraflarını da talep edebilmektedir<sup>10</sup>.

Ticari ve ticari olmayan ayrımı beraberinde sınıraşan taşıyıcı annelik kavramını da getirmektedir. Sınıraşan taşıyıcı anneliğin ilk ve en önemli sebebi taşıyıcı anneliğin bazı ülkelerde yasaklanmış olmasıdır. Ancak taşıyıcı anneliğe izin verilen ülkeler arasında da maliyete bağlı olarak gelişen bir taşıyıcı anne turizmi de söz konusu olabilmektedir. Zira bazı ülkelerde taşıyıcı annelik kendi ülkelerinden çok daha az maliyetli gerçekleşebilmektedir. Örneğin Hindistan'da taşıyıcı annelik yaklaşık 30.000.-ABD Doları ile gerçekleşirken bu rakam ABD'de 120.000.-ABD Doları'na kadar yükselebilmektedir<sup>11</sup>.

### III. Karşılaştırmalı Hukukta Taşıyıcı Annelik

Ülkelerin iç hukuk düzenlemelerinde taşıyıcı anneliğe bakışı son derece farklılık arz etmektedir. Taşıyıcı annelik konusunda taşıyıcı anneliğe izin veren ülke hukukları olduğu gibi taşıyıcı anneliği yasaklayan ülke hukukları da var. Ancak burada şu hususa dikkat etmek gerekir ki, taşıyıcı anneliğe izin veren hukuk sistemleri de kendi içinde bazı şartlar ve bu şartlara bağlı olarak bazı kısıtlamalar getirmektedir.

#### A. Taşıyıcı Anneliği Yasaklamayan Ülke Hukukları

Taşıyıcı anneliği yasaklamayan ülkeler kendi içerilerinde de belirli bazı kriterlere göre değerlendirmelere tabi olmaktadır. Bu kıstasları şu şekilde sıralayabiliriz:

- Ticari taşıyıcı anneliğin yasal olduğu ülkeler
- Ticari taşıyıcı anneliğin nispeten geniş çapta yerine getirildiği ülkeler
- Hukuki soybağını kurmak için taşıyıcı anneliğe başvuran çiftlere (veya en azından çiftlerden birine) hukuki sınırlamalar getiren ülkeler

9 Martha Field, 'Reproductive Technologies and Surrogacy: Legal Issues', 1991-1992 (25), Creighton Law Review 1589, 1595.

10 Piotr Rodziewicz, 'International surrogacy – conflict of laws and procedural issues of judicial cooperation in civil matters' in Piotr Mostowik (ed), *Fundamental Legal Problems of Surrogate Motherhood Global Perspective* (IWS 2019) 902.

11 Julie Munro, 'How Much Does the Surrogacy Cost?' <<https://mtqua.org/2014/09/29/commercial-surrogacy-cost/#more-6592>>, Erişim Tarihi 01 September 2019.



- Taşyıcı anneliğe başvuranlar için vatandaşlık, ikametgâh veya mutad mesken şartı aramayanlar ülkeler

Dünya’da taşyıcı anneliği yasaklamayan ülkelerin başında Hindistan, Uganda, Rusya, Ukrayna, Tabasco (Meksika) ile ABD<sup>12</sup> Eyaletlerinden Alabama, Arkansas, California, Connecticut, Illinois, Iowa, Maryland, Massachusetts, Minnesota, Nevada, Kuzey Dakota, Ohio, Oregon, Pensilvanya, Güney Carolina, Tennessee, Texas, Utah, West Virginia ve Wisconsin sayılabilir<sup>13</sup>. Buna ek olarak Tayland, Gürcistan, Ermenistan, Moldova ve Belarus, Kazakistan ve Kırgızistan da taşyıcı anneliği düzenleyen ülkeler arasında sayılabilir. Tüm bu ülkeleri üç alt başlıkta sınıflandırmak mümkündür. Bu ülkelerden bazıları ticari amaçla taşyıcı annelik yapılmasına rağmen yasal bir düzenlemesi olmayan ülkelerdir. Bir diğer kısmı ticari taşyıcı anneliğin içtihatlarla mümkün olduğu ülkeler ve son olarak da bizzat yasalarla izin veren ülkelerdir.

### 1. Ticari Amaçla Taşyıcı Annelik Yapılmasına Rağmen Yasal Bir Düzenlemesi Olmayan Ülkeler

Ticari anlamda taşyıcı anneliğin yapıldığı halde hakkında hukuki düzenleme bulunmayan ülkelerin başında Hindistan gelmektedir. Bunun dışında Tayland ve Uganda da eklenebilir. Hindistan’ın özelliği taşyıcı anneliğin serbest olduğunu belirten bir yasa olmadığı gibi yasak olduğunu belirten bir yasa da yoktur. Dolayısıyla her ne kadar bir endüstri haline gelmesine rağmen yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Hindistan’da taşyıcı annelik hali hazırda Hindistan Hükümeti, Aile Koruma ve Sağlık Bakanlığı ve Hindistan Medikal Araştırma Konseyi ile Medikal Bilimler Ulusal Akademisi tarafından çıkarılan Hindistan’da Yardımcı Üreme Teknolojileri (ART) Kliniklerinin Akreditasyon Denetimi ve Düzenlenmesi ile İlgili Ulusal Kılavuz (National Guidelines for Accreditation Supervision and Regulation of ART Clinics in India) ile düzenlenmektedir<sup>14</sup>. Bu kılavuza baktığımızda taşyıcı anneliğe başvuran çiftler için tek şart taşyıcı annelik için tıbbi bir gerekliliğin olmasıdır. Bunun dışında taşyıcı anneliğe başvuran aileler için heteroseksüel çift olma gibi alt şartlar da gerekmektedir. Hindistan geleneksel taşyıcı anneliği çok benimsememektedir. Bu nedenle bir tedavi sürecinde üçten fazla embriyonun taşyıcı anneye yüklenmemesi önerilmektedir. Bu kılavuza

12 ABD’de taşyıcı annelik düzenlemesi bulunmasına rağmen taşyıcı anneliğin yankı bulması ilk defa 1988 tarihli Baby M davası ile olmuştur. Bu davada taşyıcı anne başvuran çifte önce bebeği vermiş daha sonra bebeziksiz yaşamadığını belirterek bebeği geri almıştır. Başvuran çift New Jersey Mahkemesine başvurarak sözleşmenin yerine getirilmesini ve çocuğun kendilerine iadesi yönünde karar almıştır. Bunu öğrenen taşyıcı anne çocukla birlikte Florida’ya kaçmıştır. Taşyıcı anne bunun üzerine orada tutuklanmış ve New Jersey Mahkemesi çocuğun başvuran çifte teslimine ve taşyıcı annenin ziyaret etme hakkı olduğuna karar vermiştir. Matter of Baby M., 109 N.J.396 (N.J. Sup. Ct. 1988), 459. Karar için bkz Trimmings / Beaumont (n 2) 440.

13 Doktrinde Şensöz Malkoç taşyıcı anneliğin bu ülkelerde kabul edilmesinin altında yatan ana sebeplerin infertilite ve genetik hastalıklarla mücadele olduğunu savunmaktadır. Ebru Şensöz Malkoç, ‘Milletlerarası Özel Hukukta Boşluk: Taşyıcı Annelik’, (2012-2013) 25 Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Dergisi 90-93.

14 <<https://www.medbox.org/india/national-guidelines-for-accreditation-supervision-and-regulation-of-art-clinics-in-india/preview?q=>>, Erişim Tarihi 01 September 2019.

göre taşıyıcı anne çocuğun yasal annesi olarak görülmemektedir. Sperm veya yumurta donörlerinin de çocukla nesep ilişkisi bulunmamaktadır. Doğum belgesi biyolojik anne ve baba adına düzenlenmektedir. Taşıyıcı anneliğe başvuran anne ve baba çocukla nesep ilişkisini DNA testine göre ispat etmeleri şartıyla kurabilmektedir.

Kural olarak sınıraşan taşıyıcı annelik yoluyla Hindistan'da dünyaya gelen çocuk Hindistan vatandaşı olamamaktadır<sup>15</sup>. Taşıyıcı annelik ücreti de tamamen taşıyıcı anneliğe başvuran aile ile taşıyıcı anne arasında belirlenmektedir. İçinde yabancılık unsuru bulunan taşıyıcı annelik işlemlerinin Hindistan'da tanınması ile ilgili olarak kılavuzda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak taşıyıcı annelik sözleşmeleri ticari sözleşme olarak değerlendirildiği için Hindistan dışında yapılan taşıyıcı annelik işlemlerinin 1872 tarihli Hindistan Sözleşmeler Kanunu'na göre Hindistan'da tanınabileceği kabul edilmektedir<sup>16</sup>.

Hindistan'da fiilen var olan ancak yasal düzenlemesi bulunmayan ve bağlayıcı unsurlar içermeyen taşıyıcı annelikle ilgili olarak bazı eleştiriler de getirilmiştir<sup>17</sup>. Bunun üzerine Hindistan Federal hükümeti Yardımcı Üreme Teknolojileri Düzenlemesini 2010 yılında hazırlamıştır. 2016 yılında son hali verilen bu düzenlemenin Hindistan Halk Meclisi'nden<sup>18</sup> geçmesi 19 Aralık 2018 tarihinde gerçekleşebilmiştir. Ancak hala daha yasallaşmamıştır. Bunun dışında tüm ülke seviyesinde hazırlanan 2011 tarihli Maharashtra Yardımcı Üreme Teknolojileri taslak Düzenlemesi "Maharashtra Assisted Reproductive Technology (Regulation) Act 2011" de bulunmaktadır<sup>19</sup>. Bu taslak ilerleyen zamanlarda yasallaşırsa taşıyıcı annelik Hindistan'da yasal olarak düzenlenmiş olacak ve bir yasa çerçevesinde yapılmaya devam edecektir.

## 2. Taşıyıcı Anneliğe İhtihatlar ile İzin Veren Ülkeler

İhtihatlar ile taşıyıcı anneliğe izin veren eyaletlerin başında Kaliforniya, Massachusetts ve Ohio gelmektedir. İlk defa 1993 tarihinde Kaliforniya Yüksek Mahkemesi Johnson ve Calvert davasında yasal ebeveynliği taraf iradesi temeline dayandırmış ve taşıyıcı annelik uygulamalarının hukuki olarak tanınmasına karar vermiştir<sup>20</sup>. Bu davanın özelliği bu tarihte Kaliforniya Eyaletinin taşıyıcı annelikle ilgili kanuni bir düzenlemesinin bulunmamasıdır. Kaliforniya Eyaletinde taşıyıcı annelik yasası 2013 tarihinde kabul edilmiştir.

15 1955 tarihli Hindistan Vatandaşlık Kanunu Bölüm 3.

16 Trimmings ve Beaumont, (n 2) 448.

17 Anil Malhotra and Ranjit Malhotra, 'All Aboard the Fertility Express', <<https://docplayer.net/20135516-Malhotra-malhotra-associates-international-lawyers-all-aboard-for-the-fertility-express.html>>, Erişim Tarihi 23 July 2019.

18 Halk Meclisi (**Lok Sabha**), Hindistan'ın iki meclisli Parlamentosu'nun alt kanadı olup, üst kanat **Rajya Sabha**'dır. Ancak Hindistan Anayasası'na göre bir kanunun yürürlüğe girebilmesi için her iki meclisten de geçmiş olması gerekmektedir.

19 Bu çalışma Sağlık ve Aile Koruma Bakanlığı tarafından 30 Eylül 2015 tarihinde katkı ve öneriler için halka açılmıştır. Ancak bu belgenin de yasalastığına dair bir veriye rastlanmamıştır.

20 Supreme Court of California, Anna Johnson v. Mark Calvert et al., No. S023721, 20 Mayıs 1993.

Taraf iradesine dayalı yaklaşıma göre taşyıcı annelik sözleşmesinde belirtilen taraf iradeleri yasal ebeveynlik durumunu da kontrol etmektedir. Johnson ve Calvert davası taşyıcı anneliğe başvuran Mark ve Crispina Valvert çifti ile taşyıcı anne olan Anna Johnston arasında akdedilen taşyıcı annelik sözleşmesi ile başlamıştır. Calvert'lerin genetik materyallerinden oluşturulan embriyo Anna'nın rahmine yerleştirilmiştir. Anna üç eşit taksitle 10.000.-ABD Doları ücret ve kendisine yapılacak hayat sigortası karşılığı çocuk üzerindeki bütün haklarını Mark ve Crispina'ya bırakmayı kabul etmiştir. Mark ve Crispina, Anna'nın düşük ve ölü doğum yaptığını öğrenmişlerdir. Anna'nın, taşyıcı anneliğin mali boyutuna ilişkin talebinin yerine getirilmemesi halinde hamileliği sonlandıracağını bildiren bir mektup göndermesi üzerine Mark ve Crispina mahkemeye başvurarak henüz doğmamış olan çocuğun ebeveyninin kendileri olduğunun tespitini talep etmişlerdir. 19 Eylül 1990 tarihinde çocuk doğmuştur. Anna ve çocuktan kan alınarak teste gönderilmiştir. Kan testi, Anna'nın genetik anne olmadığını göstermiştir. Taraflar geçici olarak çocuğun, Mark ve Crispina'da kalması ve Anna'nın çocuğu ziyaret etmesi hususunda anlaşmışlardır. Mahkeme, Mark ve Crispina'nın çocuğun genetik, biyolojik ve doğal ebeveyni olduğuna; Anna'nın ebeveyn hakkına sahip olmadığına, taşyıcı annelik sözleşmesinin geçerli ve icra edilebilir olduğuna karar vermiş; Anna'nın ziyaret hakkını sona erdirmiştir. Bu karara karşı Anna, temyiz yoluna başvurmuştur. Temyiz Mahkemesi, kararı onamıştır. Temyiz Mahkemesi kararına karşı, Kaliforniya Yüksek Mahkemesi'ne başvurulmuştur. Kaliforniya Yüksek Mahkemesi, hem Crispina'nın hem de Anna'nın çocuğun doğal anneleri (natural mothers) olduğuna; Crispina'nın çocuğun genetik annesi (genetic mother), Anna'nın da gebelik annesi (gestational mother) olduğuna; her iki kadının da çocuk üzerinde ebeveyn hakkı bulunduğuna; ancak her iki kadının karşılıklı iddialarından hangisinin tercih edileceğine döllenme anında tarafların iradeleri dikkate alınarak karar verilmesi gerektiğine; Crispina'nın döllenme anında çocuğun annesi olmayı istemesine karşın Anna'nın çocuğun annesi olmak istememesini göz önünde bulundurarak çocuğun yasal annesinin Crispina olduğuna karar vermiştir<sup>21</sup>.

Uygulamada taraf iradeleri ile anlatılmak istenen aslında, çocuk doğmadan önce taşyıcı anneliğe başvuran ebeveynleri çocuğun ailesi ilan eden “doğum öncesi ebeveynlik kararı” (pre-birth parentage order) olarak formüle edilmiştir<sup>22</sup>.

### 3. Taşyıcı Anneliğe Kanuni Düzenlemeler ile İzin Veren Ülkeler

Kanuni düzenlemeler ile taşyıcı anneliğe izin veren ülkelerin başında Ukrayna ve Rusya gelmektedir<sup>23</sup>. Rusya'nın taşyıcı annelik düzenlemesi Ukrayna'dan daha karışık olsa da her iki ülkenin düzenlemeleri bazı ortak noktalar içermektedir.

- 21 Nuray Ekşi, 'Mahkeme Kararlarında Sınıraşan Taşyıcı Anneliğe İlişkin Hukuki Sorunlar' (2016) 36 (2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni (MHB) 1, 27-28.
- 22 Steven H. Synder and Mary Patricia Bryn, 'The Use of Prebirth Parentage Orders on Surrogacy Proceedings', 2005(6) Family Law Quarterly 633, 633-634; <[https://www.researchgate.net/publication/7170329\\_The\\_use\\_of\\_prebirth\\_parentage\\_orders\\_in\\_surrogacy\\_proceedings](https://www.researchgate.net/publication/7170329_The_use_of_prebirth_parentage_orders_in_surrogacy_proceedings)>, Erişim tarihi 26 July 2019.
- 23 Konstantin Svitnev, 'Legal Control of Surrogacy International Perspectives' in Joseph G Schenker (Ed), *Ethical Dilemmas in Assisted Reproductive Technologies* (Berlin, Walter de Gruyter GmbH & Co KG, 2011) 155.

Örneğin taşıyıcı annelik ile ilgili ödeme konuları kanun koyucu tarafından bizzat taraflara bırakılmıştır. Bu anlamda ticari taşıyıcı anneliğin serbest olduğu anlaşılmaktadır. Ayrıca taşıyıcı anneliğe başvuran aileler için herhangi bir vatandaşlık, ikametgâh veya oturma şartı aranmamaktadır. Çocuğun anne-baba üzerine kaydedilebilmesi için de idari bir süreç işletilmektedir. Bu süreçte yasal olarak taşıyıcı anneliğe başvuran ebeveynlerin isminin yazılabilmesi için taşıyıcı annenin rızası da gerekmektedir.

Ukrayna'da taşıyıcı annelik 2004 tarihli Ukrayna Aile Kanunu ile Ukrayna Sağlık Bakanlığı'nın 23 Aralık 2009 tarihli ve 771 numaralı Talimatı ile düzenlenmektedir<sup>24</sup>. Bu talimat taşıyıcı anne için tıbbi uygunluk ve önceden doğum yapmış olma şartını içermektedir. Herhangi bir yaş sınırı bulunmamaktadır. Taşıyıcı anneliğe başvuran çiftlerin ise heteroseksüel olmaları ve evli olmaları gerekmektedir. Çünkü Ukrayna Aile Kanunu'nun 21. Maddesi'ne göre sadece heteroseksüel evlilikler geçerlidir. Aynı cinsiyete tabi kişilerin evlenmeleri yasak olduğu için taşıyıcı anneliğe başvuramazlar. Tek olarak yaşayanların da taşıyıcı anneliğe başvurmaları mümkün değildir. Bunun dışında taşıyıcı annelik için tıbbi bir gereklilik de şarttır. Ebeveynlerden en azından bir tanesinin çocukla genetik bağının olması gerekmektedir<sup>25</sup> ancak geleneksel taşıyıcı annelik Ukrayna'da kabul edilmemektedir<sup>26</sup>. Taşıyıcı anneye tek seferde transfer edilebilecek embriyo sayısı her ne kadar bir veya iki olarak tavsiye edilse de en fazla üç olarak sınırlandırılmıştır<sup>27</sup>. Ukrayna Aile Kanunu md. 123/2'ye göre taşıyıcı anneliğe başvuran çiftler çocuğun resmi anne ve babasıdır. Bu durum aynı kanunun 139/2 hükmü ile de teyit edilmiş ve taşıyıcı annenin hiçbir şekilde çocuğa annelik bağıyla bağlanamayacağı hüküm altına alınmıştır. Bununla birlikte taşıyıcı anneliğe başvuranların nüfus müdürlüğünde çocuğun yasal anne ve babası olabilmeleri için taşıyıcı annenin noter onaylı izin vermesi şartı aranmaktadır<sup>28</sup>. Ancak taşıyıcı annenin bu izni tamamen idari bir süreç olup izin verilmemesi durumunda mahkeme yoluyla da taşıyıcı anneliğe başvuran çiftlerin yasal ebeveynlikleri sağlanabilmektedir.

Kural olarak Ukrayna'da yabancı bir taşıyıcı anneden dünyaya gelen çocuklar doğumla Ukrayna vatandaşlığını kazanamamaktadır<sup>29</sup>. Ukrayna Hukuku'nda taşıyıcı annelik sözleşmesinden doğan ödemelere ilişkin özel bir düzenleme olmadığı gibi yabancılık unsuru taşıyan taşıyıcı annelik uygulamalarının tanınmasına ilişkin de bir

24 Ukrayna Hukuku'na göre bu talimatlar bağlayıcıdır. Zira bu talimatlar Sağlık Bakanlığı tarafından Ukrayna Medeni Kanunu 281. Maddesinde düzenlenen yaşam hakkına bağlı olarak çıkarılmaktadır.

25 Ukrayna Nüfus Hizmetleri Kanunu Bölüm 3/1, para. 11'e göre taşıyıcı anneliğe başvuran çiftin doğan çocuğun yasal anne-babası olarak kaydedilebilmesi için yasal ön şart olarak aranmaktadır.

26 Ukrayna Aile Kanunu md. 123/2'ye göre sadece eşlerin (bir kadın ve bir erkek) embriyolarının bir başka kadının vücuduna yardımcı üreme teknolojileri yoluyla transfer edilmesi durumunda taşıyıcı annelik düzenlemesi kapsamına girer, Kanun Numarası 2947-III, Kabul Tarihi: 01.01.2004. 28 Ağustos 2018 tarihinde revize edilmiştir.

27 Talimatlar, Bölüm 3 para 3.6 (6).

28 Ukrayna Adalet Bakanlığı tarafından 18 Ekim 2000 tarihli 52/5 nolu tarafından onaylanan Nüfus Müdürlüğü Kuralları Bölüm III, s 1 para 11.

29 Ukrayna Vatandaşlık Kanunu md. 7.

düzenleme yoktur. Bu durum tamamen Ukrayna Medeni Kanunu'nda düzenlenen sözleşme serbestisi ilkesi ile çözüme kavuşturulmaktadır<sup>30</sup>.

## B. Taşiyıcı Anneliğe Kısmen İzin Veren Ülke Hukukları

Bu kategorideki ülkeler arasında her türlü taşiyıcı anneliğe değil sadece altruistik (ticari amaç taşımayan) taşiyıcı anneliğe izin veren ülkeler üzerinde durulacaktır. Altruistik taşiyıcı annelik Avrupa Birliği ülkeleri nezdinde sadece Birleşik Krallık<sup>31</sup> ve Yunanistan'da kabul edilmiştir. Avrupa Birliği dışında da İsrail, Güney Afrika, Yeni Zelanda, Avustralya'nın New South Wales, Queensland, Güney Avustralya, Viktorya ve Batı Avustralya, Avustralya Başkent Eyaleti ile Amerika Birleşik Devletleri'nin Washington, Nevada, Virginia ve New Hampshire gibi eyaletleri de sayabiliriz<sup>32</sup>. Bu ülkelerde ana amaç ticari taşiyıcı anneliği yasaklayarak taşiyıcı anneliği ticari olmayan şekliyle sınırlamaktır. Bu amaçla bu ülkeler hem taşiyıcı anne için hem de taşiyıcı anneliğe başvuran aileler için ikametgâh, mutad mesken gibi sert şartlar öngörmektedir<sup>33</sup>.

Bu ülkelerin hukuk sistemlerinde altruistik taşiyıcı annelik belli şartlara haiz kişiler için geçerlidir. Güney Afrika ve Yunanistan gibi ülkelerde taşiyıcı anneliğe başvuran aileler vatandaşlığı da otomatik olarak kazanmakla birlikte Birleşik Krallık, Avustralya ve Yeni Zelanda gibi ülkelerde vatandaşlığın taşiyıcı anneden başvuran aileye geçmesi için bazı mekanizmalar öngörülmektedir. Altruistik kelimesinin anlamı da hukuk sistemleri arasında farklılık arz etmektedir. Birleşik Krallık'ta olduğu gibi taşiyıcı anneliğe başvuran aileler doğumla bağlantılı masrafları taşiyıcı anneye ödemektedir. Taşiyıcı annelikle bağlantılı masraflar da tanımlanmış değildir. Bazı hukuk sistemlerinde hastane masrafları, sigorta, hukuki masraflar ve/veya seyahat masrafları olarak ödenmekle birlikte<sup>34</sup> bazı diğer hukuk sistemlerinde ise aynı zamanda gelir kaybının da taşiyıcı anneye ödenmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır<sup>35</sup>. Hatta İsrail devleti bir adım daha ileri giderek taşiyıcı annenin çektiği acı ve ızdıraplar sonucu aylık tazminat bedellerinin de talep edilebileceğini belirtmektedir<sup>36</sup>.

30 Ukrayna Medeni Kanunu md. 6/1 ve 627.

31 Birleşik Krallık'ta taşiyıcı annelik konusunun yankı bulması 1985 yılında meydana gelen Baby Cotton davası ile olmuştur. Bu davada ABD vatandaşı anne-baba İngiltere'de taşiyıcı annelik yoluyla çocuk sahibi olmuştur. Taşiyıcı anne çocuğu teslim etmek istememiştir. ABD'li çift ise çocuk kaçırma iddiasında bulunarak İngiltere mahkemelerine başvurmuş ve mahkeme çocuğun ABD'li çifte iadesine karar vermiştir. Re C (A Minor) (Wardship: Surrogacy) [1985] FLR 846. Karar için bkz. Trimmings and Beaumont, (n 2) 440.

32 Taşiyıcı annelik sözleşmesinin hukuken geçerli olduğu ülkelerin başında ABD gelmektedir. Ancak ABD'nin genelinde bu konu ile ilgili bir hukuk birliği yoktur. Bu konuda bkz. Ergun Özsunay, 'Yapay Döllenmeye İlişkin Hukuki Sorunlar' (2009) Ankara Barosu Yayınları (II. Sağlık Hukuku Kurultayı) 57, 85.

33 Örneğin Avustralya'nın Başkent, New South Wales, Queensland ve Batı Avustralya Eyaletlerinde taşiyıcı anneliğe başvuran ebeveynler bu eyaletlerde ikamet etmek zorundadır. Aynı durum Birleşik Krallık için de geçerlidir.

34 Avustralya, Yeni Zelanda, Yunanistan, Güney Afrika ve ABD'nin Virginia, Nevada ve Washington Eyaletleri.

35 Avustralya, Yunanistan, Güney Afrika, İsrail ve ABD'nin New Hampshire Eyaleti.

36 Bu konuda bkz. Avishalom Westreich, 'Surrogacy and Egg Donation in Israel: legal arrangements, difficulties and arrangements' in Piotr Mostowik (ed), *Fundamental Legal Problems of Surrogate Motherhood Global Perspective* (IWS 2019) 269 vd.; Liubov Ben-Nun, *Surrogate Motherhood Hagar and Sarah* (B.N. Publications 2014) 74 vd.

Bu ülkeler arasında ikili bir ayırım da yapılabilir. Taşıyıcı annelik için mahkemeden veya özel bir komiteden ön onay talep edilen ülkeler ile herhangi bir ön onay şartı bulunmayan ülkeler.

## 1. Ön Onay Şartı Aranmayan Ülkeler

Ön onay şartı aranmayan ülkeler arasında ilk başta Birleşik Krallık ile Avustralya'nın New South Wales, Queensland, Güney Avustralya ve Avustralya Başkent eyaletleri sayılabilir. Bu ülkelerin hukuklarına göre çocuğun doğumuyla birlikte yasal annelik kurulmaktadır. Buna bağlı olarak taşıyıcı annenin evlilik durumuna göre yasal babalık da sağlanmaktadır. Zira taşıyıcı anne çocuğun yasal annesi onun kocası da çocuğun yasal babası olarak kabul edilmektedir<sup>37</sup>. Taşıyıcı annenin ve kocasının bu hukuki statülerini bertaraf edip taşıyıcı anneliğe başvuran çiftlere geçirilebilmesi için "parental order application" (ebeveynlik başvurusu) olarak adlandırılan bir başvuruda bulunması gerekiyor. Buna Avustralya'da "parentage order application" ismi verilmektedir. Bu başvurunun Birleşik Krallık ve Avustralya'da kabul edilip başvuran çiftlerin yasal anne ve babalığına izin verilebilmesi için taşıyıcı anneliğin ticari amaçla yapılmamış olması, taşıyıcı anneliğe başvuran çiftlerin kendi ülkelerinde ikamet etmesi, taşıyıcı anne ve kocasının bu geçişe muvafakat vermesi ve de başvurunun doğumdan itibaren en geç 6 ay içinde yapılmış olması gerekmektedir<sup>38</sup>.

Bunun dışında taşıyıcı anneliğe başvuran çiftlerin çocukla genetik bağlarının bulunması, başvuranların 18 yaşından büyük olmaları ve başvuranların tek olmaması yani mutlaka evli veya değil ama çift olmaları ve çocuğun başvuru sırasında taşıyıcı anneliğe başvuran çiftle birlikte yaşaması gibi ek bazı şartlar da aranmaktadır<sup>39</sup>.

Bu şartları taşımayan çiftler için mahkemelerin yasal anne-babalığa hükmetme şansı yoktur. Ancak Avustralya'nın New South Wales ve Queensland gibi eyaletlerinde çocuğun yüksek menfaatlerine uygun olduğu ölçüde bazı şartları taşımasa da mahkemelerin taşıyıcı anneliğe başvuran ebeveynleri yasal anne-baba olarak kabul etmesine imkân tanımaktadır. Ancak her halukarda bu taşıyıcı anneliğin altruistik olması zorunludur. Mahkemeler bunun aksine bir karar veremez<sup>40</sup>.

37 Birleşik Krallık Human Fertilisation and Embrology Act (HFEA) 2008 Bölüm 33 Para. 1 hükmü şu şekildedir: Bir embriyonun veya spermin ve yumurtaların içine yerleştirilmesi sonucu bir çocuğu taşıyan veya taşımış olan kadından başka hiçbir kadın, çocuğun annesi olarak değerlendirilemez. Aynı Kanunun 35. Bölümünün ilk paragrafında da şu hüküm yer almaktadır: eğer işlem sırasında kadın (taşıyıcı anne) bir evliliğe tarafsız ve embriyo evliliğe taraf diğer kişinin (kocası) spermyle oluşturulmuşsa, bu takdirde evliliğin diğer tarafı (taşıyıcı annenin kocası) bu süreçte rıza göstermediği ispatlanmadıkça çocuğun yasal babası olarak kabul edilir. Benzer şekilde Avustralya Federal Aile Kanunu'na göre de fertilité süreci sonunda hamile kalan taşıyıcı annenin çocuğun yasal annesi olduğu ve bu duruma rıza gösteren partneri veya kocasının da yasal baba olarak kabul edildiği düzenlenmiştir (Federal Aile Kanunu Bölüm 7/D/60 HB).

38 Birleşik Krallık HFEA 2008, Bölüm 54.

39 ibid.

40 New South Wales Taşıyıcı Annelik Kanunu (Surrogacy Act) 2010, Bölüm 23; Queensland Taşıyıcı Annelik Kanunu, Bölüm 22 ve 23.

Birleşik Krallık'ta durum tamamen farklı olup mahkemelerin taşyıcı anneye yapılan ödemelerden başka hiçbir konuda takdir hakkı bulunmamaktadır. Özellikle HFEA 2008 Bölüm 54 (8) çerçevesinde Birleşik Krallık mahkemeleri makul masrafları aşan ödemeleri de geçmişe etkili olarak ödeme konusunda izin verebilmektedir. Bu durum milletlerarası taşyıcı annelikten doğan ebeveyn başvurularına da uygulanmaktadır. Bu nedenle Birleşik Krallık'ta taşyıcı annelik için aranan şartlara haiz olmayan çiftler için evlatlık, koruyucu aile veya ikamet izni gibi yollar önerilmektedir.

## 2. Ön Onay Şartı Aranan Ülkeler

Ön onay şartı aranan ülkelerin başında ise Yunanistan, İsrail, Güney Afrika, Avustralya'nın Batı Avustralya ve Victoria Eyaletleri, Yeni Zelanda ve ABD'nin Virginia ve New Hampshire eyaletleri gelmektedir<sup>41</sup>. Bu ülke hukuklarına göre taşyıcı annelik, fertilité prosedüründen önce kanuni şartlara haiz olup olmaması bakımından bir mahkeme veya komitenin onayına tabidir. Aksi takdirde süreç başlayamadığı gibi genellikle ön onayın alınmasıyla birlikte de doğumdan itibaren taşyıcı anneliğe başvuran çiftler yasal anne-baba olarak kabul edilmektedir<sup>42</sup>. İsrail'de durum biraz farklıdır. Zira İsrail'de taşyıcı anneliğe başvuran çiftler, çocuğun doğumu ile değil çocuğa vasi olarak bir sosyal hizmetler memurunun atanmasıyla yasal anne-babalık hakkını kazanmaktadır. Taşyıcı anneliğe başvuran çiftlerin doğumdan itibaren 7 gün içerisinde aile sıfatı hükmü (parental decree) için başvuru yapmaları gerekmektedir. Çocuğun yüksek menfaatlerine aykırı olmadığı sürece de bu başvurular kabul edilmektedir<sup>43</sup>.

## C. Taşyıcı Anneliğin Düzenlenmediği Ülkeler

Bu grupta taşyıcı anneliğe ne açıkça izin veren ne de açıkça yasaklayan ülkeler kastedilmektedir. Bu ülkelere örnek olarak Belçika, Macaristan, Çek Cumhuriyeti, Hollanda, İrlanda, Japonya, Brezilya, Arjantin, Venezuela, Meksika (Cuhila ve Mexico City), Guatemala, İspanya, Avustralya (Kuzey Bölümü) ve ABD'nin Minnesota ve Wisconsin Eyaletleri örnek olarak sayılabilir. Her ne kadar taşyıcı annelik yasal olarak ne izin veriliyor ne de yasaklanıyor olsa da, bu ülkelerde özellikle ticari taşyıcı annelik yapmak yasaktır ve tanınmamaktadır. Hatta İrlanda örneğinde olduğu gibi bazı ülkelerde ticari amaçla yapılan taşyıcı annelik insan ticareti suçu olarak tanımlanmış ve bu nedenle cezai yaptırımlar hüküm altına alınmıştır<sup>44</sup>.

41 Yunanistan'ın 3089/2002 sayılı Tıbbi Yardımcı Üreme Kanunu ve 3305/2005 sayılı Tıbbi Yardımcı Üreme Uygulama Kanunu; İsrail'in Embryo Taşıma Sözleşmesi Kanunu (Sözleşme İzni ve Doğan Çocuğun Statüsü) 5756-1996; Güney Afrika'nın Çocuk Kanunu Bölüm 19, Batı Avustralya Eyaleti Taşyıcı Annelik Kanunu, Viktorya Eyaleti Yardımcı Döllenme Tedavileri Kanunu, Yeni Zelanda Yardımcı Döllenme Teknolojileri Kanunu, New Hampshire Revised Statutes Annotated §§ 168-B1 – B32; Viktorya Revised Statutes Annotated §§ 20-156 ve 165'e kadar.

42 Yunanistan, Güney Afrika ve ABD'nin Virginia Eyaletinde durum böyledir.

43 İsrail'deki düzenleme için bkz <<https://www.btl.gov.il/English%20Homepage/Benefits/Maternity%20Insurance/Surrogacy/Pages/BPPeriodIntendeParent.aspx>>, Erişim Tarihi 21 August 2019.

44 Human Trafficking Act 2008 (İrlanda Ceza Kanunu Bölüm 2(2)). İrlanda İnsan Ticareti Suçları düzenlemeleri için bkz <<http://www.irishstatutebook.ie/eli/2008/act/8/section/2/enacted/en/html#sec2>>, Erişim Tarihi 21 August 2019.

Bu ülkelere altruistik taşıyıcı annelik bakımından baktığımızda da her ülkenin kendi iç işleyişinde kliniklerin uyması tavsiye edilen kılavuz niteliğinde düzenlemeler getirildiğini görüyoruz. Örneğin İrlanda’da bu tür klinikler İrlanda Tıbbi Konseyi tarafından düzenlenen kılavuzlara bağlı olarak çalışmakta iken<sup>45</sup>, Brezilya’da taşıyıcı annelikle ilgili Yardımcı Üreme Teknolojileri Federal Tıbbi Kurulu tarafından tavsiye niteliğindeki kurallara göre görev yapmaktadır<sup>46</sup>.

Bu ülkelerin bazılarında ise bir takım kanuni düzenleme hazırlıkları yapılmıştır. Örneğin Belçika’da 2012 yılından itibaren gerek ticari taşıyıcı anneliğin yasaklanması gerek evlatlık ile ilgili yasal düzenlemelerin değiştirilmesi şeklinde olmak kaydıyla taşıyıcı annelikle ilgili birçok alternatif kanuni önerileri getirilmiştir<sup>47</sup>. Çek Cumhuriyeti’nde ise Çek Medeni Kanunu’nun 804. Bölümü’nde ticari amaç gütmeyen taşıyıcı annelikle ilgili bazı ifadeler geçmekle birlikte teknik ve detaylı bir düzenleme hali hazırda bulunmamaktadır<sup>48</sup>.

Arjantin’de de her ne kadar 2016 yılının Kasım ayında senatör Laura Montero tarafından taşıyıcı annelikle ilgili bir kanun tasarısı teklifinde bulunulmuş olsa da 2017 yılının Nisan ayında bu teklif reddedilmiştir<sup>49</sup>.

İran Hukuku’nda da taşıyıcı anneliğe izin veren bir düzenleme yoktur. Ancak yasak olduğuna dair de bir düzenleme mevcut değildir. İran Hukuku’na göre Kuran ya da sünnet tarafından açıkça yasaklanmayan fiiller meşru kabul edilmektedir. Şii din adamları bir kadına eşi dışında bir erkeğin sperminin transfer edilmesini rahmine bir embriyonun yerleştirilmesinden farklı yorumlamakta ve yasal kabul etmektedir. Taşıyıcı anneliği bir nevi süt anne gibi görerek dinen de doğru bulmaktadır. Bebeği doğuran taşıyıcı anne doğum belgesine resmi anne olarak yazılmakta olup bunun için taşıyıcı annenin evli olmaması gerekmektedir<sup>50</sup>.

#### D. Taşıyıcı Anneliğe İzin Verilmeyen Ülkeler

Bu grupta gerek ticari amaçla gerekse altruistik olarak taşıyıcı anneliğin yasaklandığı ülkeler kastedilmektedir. Bu grup ülkeler arasında Türkiye, Almanya, Fransa, Çin, Avustralya’nın Tazmanya bölgesi, ABD’nin Michigan, New York ve District of Columbia Eyaletleri ve Meksika’nın Queretaro bölgesi sayılabilir. Türkiye’de

45 Eric Scott Sills, Clifford M. Healy, ‘Building Irish Families Through Surrogacy: Medical And Judicial Issues for the Advanced Reproductive Technologies’, <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2585562/>> Erişim Tarihi 21 August 2019.

46 <<https://www.loc.gov/law/foreign-news/article/brazil-new-rules-approved-for-assisted-reproduction/>>, Erişim Tarihi 21 August 2019.

47 Konuyla ilgili detaylı çalışma için bkz. Liesbet. Pluym & Guido Pennings, ‘Surrogate Motherhood in Belgium’ in E. Sills (ed) *Handbook of Gestational Surrogacy: International Clinical Practice and Policy Issues* (Cambridge 2016) 116.

48 <<http://obcanskyzakonik.justice.cz/images/pdf/Civil-Code.pdf>>, Erişim Tarihi 21 August 2019.

49 Gloria Torres, Anne Shapiro, Tim K. Mackey (n 1) Erişim Tarihi 21 August 2019.

50 Svitnev, (n 23) 158 vd.



taşyıcı annelik ilk olarak Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik ile yasaklanmıştır. Yönetmeliğe göre, kendilerine üremeye yardımcı teknik uygulanacak eşlerden alınan yumurta ve sperm ile bunlardan elde edilen embriyoların bu yönetmelikte belirlenen esaslar dışında her ne maksatla olursa olsun bulundurulması, kullanılması, nakledilmesi ve satılması yasaktır<sup>51</sup>. Ayrıca ülke içi veya ülke dışında yönetmelik ile yasaklanmış üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinden faydalanarak çocuk sahibi olan çiftler, gebe kalan kişi, kocası, donör veya donörler ve Türkiye’de buna aracı olanlar hakkında adli yönden işlem yapılmak üzere Cumhuriyet Savcılığı’na suç duyurusunda bulunulacak olup (Yön. m. 28 atfıyla Ek 17 Müeyyide Formu no. 5) Türk Ceza Kanunu md. 231/1 hükmü çerçevesinde “soy bağıni değiştirme” suçundan 3 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı da hüküm altına alınmıştır<sup>52</sup>. Daha sonrasında ise 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 taşyıcı annelik yasağı açıkça yasa kapsamına alınmıştır.

Almanya’da taşyıcı annelik 1990 tarihli Embriyo Koruma Kanunu ile özel olarak belirtilerek yasaklanmıştır. Aynı şekilde 2001 tarihli Evlatlık Yerleştirme Kanunu hükümlerine göre de bazı yasaklayıcı hükümlere rastlanmaktadır. Çin’de ise taşyıcı annelik 2001 tarihli Yardımcı İnsan Üreme Teknolojisi için İdari Önlemler ve 2003 tarihli İnsan Üreme Teknolojisi Etik Prensipleri ve İnsan Sperm Bankası kuralları çerçevesinde yasaklanmıştır<sup>53</sup>. Meksika Queretaro Bölgesi’nde ise Medeni Kanun’un 400. maddesine göre yasaklanmıştır<sup>54</sup>. Fransa’da ise 1994 tarihli Bioetik Kanunu çerçevesinde yasaklanmıştır.

Yasaklayan ülkelerin yasaklama gerekçeleri arasında şu argümanlar yer almaktadır:

- Taşyıcı annelik gerek çocuğun gerekse taşyıcı annenin insan haysiyetini azaltmakta ve kendilerini bir sözleşmenin konusu haline getirmektedir<sup>55</sup>
- Taşyıcı annelik hiç de hoş karşılanmayacak bölünmüş anneliğe (split motherhood) yol açar<sup>56</sup>

51 Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik’in Müeyyideler başlıklı 28. Maddenin atfıyla Yönetmeliğin 17 nolu eki, RG 30.09.2014/29135.

52 Türkiye’de taşyıcı annelik ile ilgili ayrıca bkz Ebru Şensöz Malkoç, ‘Uluslararası Taşyıcı Annelik Sözleşmesinden Doğan İhtilaflara Uygulanacak Hukuk’ (2005) 35 (2) MHB 13, 15-16; Şafak Parlak Börtü, ‘Aile Hukukunda Zor Bir Dönemeç: Karşılaştırmalı Hukuk Bakış Açısıyla Taşyıcı Anneliğe İlişkin Güncel Gelişmeler’ (2019) 39 (1) MHB 63, 96 vd; S. Ahsen Türkmen, ‘Milletlerarası Özel Hukukta Taşyıcı Annelik’, in Günseli Öztekin Gelgel and Faruk Kerem Giray (eds), *Milletlerarası Aile ve Çocuk Hukukuna İlişkin Seçilmiş Makaleler* (Beta 2017) 142 vd.

53 Her iki düzenleme için bkz <<http://www.moh.gov.cn/publicfiles/business/htmlfiles/mohkjjys/s3581/200805/35747.htm>>, Erişim tarihi 21 August 2019.

54 Carlos Martinez De Aguirre, ‘Surrogate Motherhood in Spanish and Latin American Law: The law and the loophole’ in Piotr Mostowik (ed), *Fundamental Legal Problems of Surrogate Motherhood Global Perspective* (n 1) 395.

55 Ör: Almanya’da ve Türkiye’de kabul edilen ana gerekçe budur.

56 Ör: Almanya.

- Taşıyıcı annelik çocuğun menfaatlerine aykırıdır<sup>57</sup>
- İnsan bedeni veya insanın medeni durumu özel düzenlemelere konu olamaz<sup>58</sup>
- İzin verilirse taşıyıcı annelik hukuki, sosyal ve etik olarak birçok probleme yol açabilir<sup>59</sup>.

Ancak tüm bu yasaklara rağmen bu ülkelerde taşıyıcı annelik yoluyla bir doğum gerçekleşmişse yasal annelik kuralları uygulanacaktır. Başka bir ifadeyle çocuğu doğuran çocuğun annesidir genel kuralı çerçevesinde taşıyıcı anne çocuğun yasal annesi olacak ve evliyse taşıyıcı annenin kocası da çocuğun yasal babası olarak kabul edilecektir<sup>60</sup>. Keza TMK m. 282 gereğince de çocuk ile ana arasındaki soybağı doğumla kurulur<sup>61</sup>.

Görüldüğü gibi dünya ülkeleri arasında taşıyıcı anneliğe ilişkin farklı yaklaşımlar söz konusu olmasına rağmen yasal olarak düzenlense de düzenlenmese de hayatın olağan akışı içerisinde taşıyıcı annelik yapılmaya devam etmektedir. Dolayısıyla yasal düzenleme içermeyen veya açıkça yasaklayan ülkelerde yaşayanlar için dahi taşıyıcı annelik uygulamaları söz konusu olmaya devam etmektedir. Ancak bu uygulamalar hem yasal engellemeler sebebiyle hem de mahremiyet içermesi bakımından gizli tutulmaktadır. Bu nedenle taşıyıcı annelik konusunun uygulamasıyla ilgili olarak gerçek ve kapsamlı bir veriye ulaşmak da güçleşmektedir.

#### IV. İstatistik Veriler Çerçevesinde Uygulamada Taşıyıcı Annelik

Taşıyıcı annelik konusunda sahada yapılan sınırlı çalışmalardan biri de Nuffield Vakfı tarafından 112.000 sterlin tutarında bir hibe ile Katarina Trimmings ve Paul Beaumont tarafından 2010-2012 yılları arasında gerçekleştirilen çalışmadır<sup>62</sup>. Çok sayıda taşıyıcı annelik ajansı ve bir hukuk bürosu ile yapılan bu çalışmada çok önemli istatistik veriler elde edilmiştir. Bu veriler ışığında da öncelikle taşıyıcı anneliğin nedenlerini, dünyada hangi ülkelerin taşıyıcı annelik için tercih edildiğini, bu sürece katılanların cinsel yönelimlerinin ve medeni hallerinin ne olduğunu, bu süreçte meydana gelen sorunları ve bu sorunların hangi sebeplerle meydana geldiğini, bu sorunlara ülkesel olarak ne gibi çözüm önerileri getirildiğini de öğrenme fırsatı yakalıyoruz.

Buna ek olarak İngiltere’de Kent Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından 2015 yılında hazırlanan<sup>63</sup> ve daha sonra Aralık 2018 tarihinde tekrar güncellenen İngiltere’de taşıyıcı annelik uygulamaları çalışması da önem arz etmektedir<sup>64</sup>.

57 Ör: Çin.

58 Ör: Fransa.

59 Ör: Çin.

60 Ör: Almanya Medeni Kanunu md. 1591 ve 1592.

61 Aynı maddenin ikinci fıkrasında “Çocuk ile baba arasında soybağı, ana ile evlilik, tanma veya hâkim hükmüyle kurulur.” demek suretiyle, baba ile çocuk arasında kurulacak olan soybağı düzenlenmesine yer verilmiştir.

62 Trimmings and Beaumont (n 2) 464-501.

63 Rapor için bkz <<https://kar.kent.ac.uk/59740/1/Surrogacy%20in%20the%20UK%20Report%20FINAL.pdf>>.

64 Rapor için bkz <<https://surrogacyuk.org/wp-content/uploads/2018/12/Surrogacy-in-the-UK-2nd-Report-20181230.pdf>>.

Trimmings ve Beaumont tarafından 2012 yılında yayınlanan araştırmada 80 adet taşiyıcı anne acentesi, fertilité klinikleri ve taşiyıcı anneliği yasaklamayan ülkelerdeki hukukçulara (özellikle de ABD, Hindistan ve Ukrayna) detaylı soru örnekleri gönderilmiştir. Bu gruplara 1 Ocak 2006 ile 31 Ağustos 2011 tarihleri arasında sınıraşan taşiyıcı annelik hakkında bilgiler, başvuran ebeveynlerin oturduğu yer, uyruğu, yaşı, cinsiyeti, cinsel eğilimleri ve medeni halleri gibi profil bilgileri ile yine aynı şekilde taşiyıcı anne hakkındaki profil bilgileri (özellikle kendisinin de çocuğu olup olmadığı, medeni hali, neden bu işi yaptığı vs.) ve de taşiyıcı annelik süreciyle ilgili sorulardan (başvuru tarihleri, taşiyıcı annelik türü, bu şekilde doğan çocuk sayısı vs.) oluşmaktadır. Soruların belli bir kısmı da hukuki problemlere yöneliktir. Hukuki sorunlar “tanıma sorunları” ve “diğer hukuki sorunlar” olmak üzere iki ana kısımda incelenmiştir. Tanıma problemleri de taşiyıcı anne bakımından ve de başvuran ebeveynler bakımından olmak üzere ikiye ayrılmıştır. Bu nedenle tanıma problemlerine ilişkin hem usuli hem de esasa ilişkin sorunlara ulaşılmaya çalışılmıştır. Diğer hukuki sorunlar kısmı da “kanunlar ihtilafından kaynaklanan hukuki sorunlar” ile “daha ileri aşamada karşılaşılan hukuki sorunlar” olmak üzere iki kısma ayrılmıştır. Kanunlar ihtilafında göçmenlik sorunları, soybağı gibi sorunlar araştırılırken daha ileri aşamadaki sorunlardan ise taraflar arasındaki velayet sorunları ve diğer sorunlar kastedilmektedir.

Sadece 10 aracı firma bu araştırmaya katılmayı kabul etmiştir. Bu araştırmaya katılıp soruların tamamını yanıtlayan ABD merkezli bir hukuk bürosu olmuştur. Bunun dışında kalan dokuz adet aracı firma araştırmaya katılmayı kabul etse dahi tüm bilgi ve belgeler tamamlanmadığı için sadece dört tane aracı firma en azından uluslararası taşiyıcı annelik ile ilgili verileri paylaşmayı kabul etmiştir. Bu aracı firmalardan üç tanesi ABD merkezli olup bir tanesi de Hindistan merkezlidir.

Uygulamada taşiyıcı anneliğe ilişkin somut verilere ulaşmak amacıyla yapılan bu çalışmalara ticari amaç gözetmeyen sadece tam taşiyıcı anneliğin (gestational surrogacy) Fransa’da yasal hale getirilmesi için çaba sarf eden bir Fransız organizasyon da katılmıştır. Bu organizasyonun üyeleri de daha önce sınıraşan taşiyıcı annelik yoluyla çocuk sahibi olan ailelerden oluşmaktadır. Fransa’da taşiyıcı annelik yasak olmasına rağmen bu organizasyonun bu tür bir çalışmaya girmesi de önemlidir. Bu çalışmada bu organizasyona da sorular gönderilmiş, sorular Fransızcaya çevrilerek üyelerine dağıtılmıştır. Mevcut üyelerin 13 tanesinden yanıt gelmiştir.

ABD merkezli hukuk bürosu verdiği yanıtlarda 2006 ile 2011 yılları arasında 31 adet taşiyıcı annelik işlemini yaptığını belirtmiştir. Bunların yıllara göre dağılımı ise 2006 yılında 3 Başvuru 2007 yılında 6 başvuru, 2008 yılında 9 başvuru, 2009 yılında 11 başvuru, 2010 (31 Ağustos’a kadar) 2 kişi şeklinde olmuştur<sup>65</sup>.

65 Trimmings and Beaumont (n 2) 467.

Yukarıda belirtilen dört adet aracı acente bakımından, ABD merkezli birinci aracı acenteye toplamda 135 adet başvuru olduğu bildirilmiştir. Yine ABD merkezli ikinci acentede ise bu rakam 184'e çıkmıştır. Hindistan'da işlem yapan ABD merkezli üçüncü acentede bu rakam 67 olarak bildirilmiştir. Hindistan merkezli dördüncü acente ise 2006-2010 yılları arasında toplamda 41 adet başvuru aldığını bildirmiştir<sup>66</sup>.

ABD merkezli hukuk bürosuna gelen 31 çiftin yaptığı başvurunun 8 tanesi Almanya'dan, 6 tanesi İsrail'den, 5 tanesi Kanada'dan diğer 5 tanesi İtalya'dan, 2 çift Fransa'dan yine 2 çift İspanya'dan, 1 çift Birleşik Krallık, 1 çift Peru ve 1 çift de Norveç'ten olmuştur. Dolayısıyla başvuran ailelerin %60'ının Avrupa ülkelerinden olduğu görülmektedir<sup>67</sup>.

Aracı firmalara başvuran ailelerin uyuğuna baktığımızda bir numaralı ABD merkezli acenteye başvuru yapan 135 kişiden %89'u Birleşik Krallık'tan olup onu %5 ile Fransa izlemektedir. Buna ek olarak başvuranların %3'ü İrlanda'dan, %2'si Almanya'dan %1'i de İspanya'dan gelmektedir<sup>68</sup>.

2006-2010 yılları arasında toplamda 184 başvurunun yapıldığı ikinci ABD merkezli acentede ise 37 başvuruya Fransa birinci, 36 başvuruya İsrail ikinci, 23 başvuruya İsveç, 17 başvuruya Birleşik Krallık, 11 başvuruya İspanya, 8 başvuruya Hollanda, 7 başvuruya İsviçre ve İrlanda, 5 başvuruya Belçika ve Almanya, 4 başvuruya Avustralya, Norveç ve İtalya, 3 başvuru ile Kanada, 2 başvuru ile Meksika, Slovakya, İzlanda ve Portekiz, 1 başvuruya da Çek Cumhuriyeti, Şili, Singapur, Danimarka ve Kore gelmektedir<sup>69</sup>.

Hindistan'da hizmet veren Amerika merkezli acenteye yapılan 67 başvurunun 64'ü ABD vatandaşlığına sahip ebeveynlerden oluşmakta olup geri kalan 3 tanesi de yine Birleşik Krallık vatandaşıdır<sup>70</sup>.

Hindistan merkezli dördüncü acente ise kendisine 2006-2010 yılları arasında yapılan 38 başvurunun 12 tanesinin ABD'den, 6 tanesinin Birleşik Krallık'tan, 5 tanesinin Nijerya'dan yapıldığını belirtmiş olup Avustralya, Fransa, Sri Lanka'dan 3 tane, Kanada ve İsrail'den 2 tane, Hollanda ve Morityus'tan da 1 adet başvuru olduğunu belirtmiştir<sup>71</sup>.

Fransa'daki organizasyon üyelerinin 13 tanesinden gelen yanıtlara göre başvuran ailelerin 11 tanesi Fransa'da ikamet ederken bir tanesi Lüksemburg bir tanesi de Belçika'da ikamet etmektedir<sup>72</sup>.

---

66 ibid 483.

67 ibid 469.

68 ibid 486.

69 ibid 488-489.

70 ibid 489.

71 ibid 490-491.

72 ibid 491.

ABD merkezli hukuk bürosuna başvuruda bulunan ebeveynlerin (31 başvuru) yaş ve cinsiyet eğilimlerine baktığımızda 11 başvurunun yaş ortalamasının 41 ile 45 yaşları arasında olduğu, 8 başvurunun 36-40 yaşları arasında olduğu, 4 başvurunun 31-35 yaş grubunda olduğu, 25-30 yaş grubu ile 50 yaşın üzerinde başvuranların sayısının her birinin 3 adet olduğu, 25 yaşından küçük başvuru sahibinin olmadığı belirtilmiştir<sup>73</sup>. Fransız organizasyona başvuruda bulunan 5 tanesi 31-35 yaş grubunda diğer 5 tanesi de 36-40 yaş grubundadır. Bir tanesi 25-30 yaş grubu arasında 1 tanesi de 46-50 yaş grubunda yer almaktadır ve bu yönüyle de tektir<sup>74</sup>.

Başvuruda bulunanların cinsel eğilimlerine baktığımızda ise ABD merkezli büroya başvuranların %68'i (21 başvuru) heteroseksüel çiftlere aittir. Eşcinsel çiftlerin başvurusu sadece 5 adettir. 4 adet başvuru heteroseksüel olup tek yaşayan 1 adet de biseksüel kişiye aittir. Fransız organizasyona başvuranlarda ise 13 başvurunun 10 tanesi heteroseksüel bir çift iken 1 tanesi heteroseksüel tek yaşayan, 1 tanesi eşcinsel tek, 1 tanesi eşcinsel çifttir<sup>75</sup>.

Hukuk bürosuna başvuran çiftlerin medeni durumlarına baktığımızda 31 başvurunun 20'sinin evli olduğu, 6 başvuru sahibinin birlikte yaşadığı belirtilmiştir. Bu 31 başvuruda yer alan taşiyıcı annelerin tamamı ABD vatandaşı olup ABD'de ikamet etmektedir.

Fransız organizasyona cevap veren 13 kişiden 7'si evli 4 tanesi de birlikte yaşamakta 2 kişinin de herhangi bir birlikteliği bulunmamakta olup<sup>76</sup> bu organizasyondaki taşiyıcı annelerin 5 tanesi ABD (Kaliforniya), 4 tanesi Kanadalı, 2 tanesi Rus, 1 tanesi Ukrayna, 1 tanesi de Hint vatandaşıdır ve hepsi kendi ülkesinde ikamet etmektedir<sup>77</sup>.

Taşiyıcı annelerin yaşlarına baktığımızda ise 13 tanesinin 36-40 yaş grubunda olduğu, 9 tanesinin 25-30 yaşları arasında diğer 9 tanesinin ise 31-35 yaşları arasında olduğu belirtilmiştir. 31 adet taşiyıcı annelik işleminde yer alan taşiyıcı annelerin 23 tanesi evlidir. 7 tanesi de bekardır. 1 tanesi de boşanmıştır. Taşiyıcı annelerin tamamının kendi çocuğu bulunmaktadır<sup>78</sup>.

Bu 31 adet taşiyıcı annelik başvurusunun türüne baktığımızda ise 14 tanesinin başvuran erkeğin spermi ile anonim bir yumurta donörünün döllenesi sonucu oluştuğunu, 13 tanesinin başvuran erkeğin spermi ile başvuran kadının yumurtasının döllenesi sonucu, 1 tanesinin başvuran erkeğin spermi ile yumurta donörünün kim olduğunun bilinerek oluşturulduğu iki tanesinin ise diğer yollarla oluşturulduğu bilgisine ulaşılmıştır. Başvuran kadının yumurtası ile dışarıdan (anonim veya değil)

73 Yaş ve cinsi eğilimlere ilişkin dört farklı acenteden bilgilerin eksik veya sürecin devam etmesi sebebiyle bilgi alınamamıştır.

74 Trimmings and Beaumont (n 2) 470-471.

75 ibid 471.

76 ibid 472-473.

77 ibid 494-495.

78 ibid 474-475.

bir erkeğin sperminin dölllenmesine rastlanmamıştır. Fransız organizasyona cevap veren 13 kişiden 6 tanesi başvuran babanın spermiyle başvuran annenin yumurtasının dölllenmesi sonucu, diğer 6 tanesi başvuran babanın spermiyle donörden alınan yumurta ile, 1 tanesi de başvuran babanın spermiyle taşıyıcı annenin yumurtalarının dölllenmesi sonucu oluşmuştur<sup>79</sup>.

Bu taşıyıcı annelik başvurularının 10 tanesi tek çocuk olarak dünyaya geldiği, 7 başvurunun ikiz olarak sonuçlandığı, 3 tanesinin de düşük olduğu belirtilmiştir. Fransa’da ise 13 başvurunun 7 tanesi ikiz, 4 tanesi tek çocuk, 1 tanesi düşük 1 tanesinin de hamileliğe devam edemediği belirtilmiştir<sup>80</sup>.

Bu verilerden de anlaşıldığı üzere dünyanın hemen hemen tüm yerlerinden ABD’ye taşıyıcı annelik için başvurular olmaktadır. Avrupa ülkeleri arasında ABD’de taşıyıcı anneliğe en çok başvuran ülkelerden birinci sırada Birleşik Krallık ile Fransa gelmektedir. Bu durum taşıyıcı annelik uygulamasının yasaklanması veya şarta bağlanmasının taşıyıcı anneliği durdurmadığının en güçlü kanıtıdır. ABD’ye Avrupa dışından en çok başvuru ise İsrail’den gelmektedir. Hindistan’da en fazla başvuruda bulunan ülke ise ABD’dir. Amerikalıları İngilizler takip etmektedir.

Görüldüğü gibi Birleşik Krallık her ne kadar ticari taşıyıcı anneliği yasaklayıp altruistik taşıyıcı anneliğe izin verse de yine de Birleşik Krallık’tan çok fazla ABD ve Hindistan gibi taşıyıcı anneliğin izin verildiği ülke ve eyaletlere başvuru olmaktadır. Bu konu İngiltere’de mukim Kent Üniversitesi Hukuk Fakültesi önderliğinde hazırlanan ve uygulamadan da birçok uzmanın destek verdiği başka bir önemli çalışmaya konu olmuştur. Bu çalışmanın ilki 2015 yılında hazırlanmıştır. Daha sonra aynı çalışma Aralık 2018 tarihinde güncellenerek tekrar yapılmıştır<sup>81</sup>. Bu çalışmada temel amaç taşıyıcı anneliğin Birleşik Krallık’taki durumunu ve uygulamasını ortaya koyarak İngiliz Hukuku’nun taşıyıcı annelik konusunda bir reforma ihtiyaç duyup duymadığının araştırılması ve gerekli kanuni düzenlemelerin yapılması konusunda önerilerde bulunulmasıdır.

Bu çalışmanın hazırlanmasında birçok farklı veri tabanından yararlanılmıştır. Bunlardan ilki Birleşik Krallık Adalet Bakanlığı tarafından verilen yasal ebeveynlik kararı (parental order) için başvuru sayısıdır<sup>82</sup>. Bu veriler İngiltere’de doğan, yurt dışında doğan ve bilinmeyen olmak üzere üç kategoride yasal ebeveynlik karar sayılarına bakılarak hem taşıyıcı annelik yoluyla kaç kişinin Birleşik Krallık’ta doğduğu konusunda hem de sınıraşan taşıyıcı annelik uygulamaları ile ilgili fikir vermektedir.

79 ibid 476-477.

80 ibid 478.

81 Kent Üniversitesi 2018 Raporu (n 64). Bu çalışma Kent Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nden Dr. Kirsty Horsey, Surrogacy UK Danışma Kurulu Üyesi Natalie Smith, Sağlık ve Sosyal Güvenlik Çalışma Grubu Üyesi Alan Mc Allen, İngiltere’de mukim ve genetik çalışmalar yapan Progress Educational Trust Direktörü Sarah Norcross, Aile Hukuku Avukatı Andrew Powell ile Surrogacy UK Başkanı Sarah Jones’un katkılarıyla hazırlanmıştır.

82 ibid 20.

**Tablo 1:** Birleşik Krallık Adalet Bakanlığı Yasal Ebeveynlik Başvuru Verileri (Çocuk sayısına göre)

Yıllar	Birleşik Krallık	Yabancı	Bilinmeyen
2011	98	6	17
2012	134	8	48
2013	102	31	29
2014	164	18	61
2015	141	38	152
2016	163	27	217
2017	147	19	166
2018 (1. Ve 2. Çeyrek)	73	13	90
Toplam	1022	160	780

Aynı şekilde Birleşik Krallık pasaport ofisi tarafından paylaşılan yasal ebeveynlik başvurularına baktığımızda da benzer bir tablo karşımıza çıkmaktadır. 2008-2017 yılları arasında yasal ebeveynlik talebiyle Birleşik Krallık'ta ve Birleşik Krallık dışında doğan sayıları yayınlamıştır<sup>83</sup>.

**Tablo 2:** Birleşik Krallık Pasaport ofisi tarafından paylaşılan yasal ebeveynlik başvuruları

	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	Toplam
<b>Birleşik Krallıkta doğan</b>	79	52	94	99	121	134	115	150	164	49	1057
<b>Birleşik Krallık dışında doğan</b>	15	10	42	63	72	114	190	171	147	10	834
<b>TOPLAM</b>	94	62	136	162	193	248	305	321	311	59	1891

Bu verilerden de Birleşik Krallık'ta veya dışında yıllık ortalama 189 bebeğin taşiyıcı annelik yoluyla doğduğu ve taşiyıcı anneliğe başvuran çiftler için yasal ebeveynlik kararı verildiği sonucuna ulaşılmaktadır.

Bu rakamı destekleyen başka veriler de bulunmaktadır. İngiltere'de mukim üç adet kâr amacı gütmeyen taşiyıcı annelik firması ile de irtibata geçilmiştir. Bunlar Brilliant Beginnings (Parlak Başlangıçlar), Childlessness Overcome Through Surrogacy (COTS) ve Surrogacy UK organizasyonlarıdır. COTS Birleşik Krallık'taki en eski taşiyıcı annelik organizasyonudur ve 1988'den beri faaliyetlerine devam etmektedir. Şimdiye kadar taşiyıcı annelik yoluyla 1050 adet çocuk doğumu gerçekleştirmiştir. Kendisine kayıtlı 77 adet taşiyıcı anne bulunmaktadır<sup>84</sup>.

Surrogacy UK ise 2002 yılında kurulmuş olup Ekim 2018 itibarıyla de taşiyıcı annelik yoluyla toplam 218 doğum gerçekleştirmiştir. Kuruluş bünyesinde 123 aktif taşiyıcı annesi 154 aktif taşiyıcı anneliğe başvuran çifti bulunmaktadır. 2018 verilerine göre ayda ortalama dört taşiyıcı anne başvurusu almakta olup ayda ortalama iki taşiyıcı anne ise dinlenme durumundan aktif duruma geçmektedir. Bu taşiyıcı anneliklerin %81'i tam taşiyıcı annelik (gestational surrogacy) şeklinde gerçekleşmiştir. Taşiyıcı annelerin %81'i sadece tam taşiyıcı annelik %9.5'i ise her iki taşiyıcı annelik hizmeti

83 ibid 21.

84 ibid 25.

sunmaktadır. Kayıtlı 218 doğumdan %33'ü genetik bağ olan taşıyıcı annelik (straight surrogacy) ile meydana gelmiştir. Ekim 2018 itibariyle 9 çiftin başvurusu kabul edilmiş olup 90 çift 8 adet de tek başına yaşayan kişi katılmayı beklemektedir. Bekleme süreleri yaklaşık 6 ay kadar sürmektedir. Başvuranların %20'si eşcinsel çiftlerdir<sup>85</sup>.

Brilliant Beginnings firması 2013 yılında kurulmuş olup kendi bünyesinde diğerlerinden farklı olarak sadece Birleşik Krallık içinde değil aynı zamanda ABD'de ve Kanada'da da İngiliz ailelere taşıyıcı annelik konusunda yardımcı olmaktadır. Kendi internet sitelerinde belirtildiği üzere 800'den fazla İngiliz ailesine 30 farklı hukuk sisteminde taşıyıcı annelik yoluyla doğum konusunda destek olmuştur<sup>86</sup>.

Taşıyıcı annelik yoluyla çocuk sahibi olmak isteyen İngiliz aileler için bu organizasyonlara başvurmak zorunlu değildir. Bunun dışında Birleşik Krallık'ta bağımsız taşıyıcı annelik organizasyonları da bulunmaktadır. Bunlara örnek olarak Umut Taşıyıcı Annelik Destek Hizmeti (Hope Surrogacy Support Service)<sup>87</sup> örnek verilebilir. Bu kuruluşa baktığımızda 2017 yılında 33 adet taşıyıcı annelik doğumu gerçekleştirdiklerini 2018 yılında 28 bebeğin listede olduğunu 2019 için de 15 bebeğin beklendiğini ancak listenin daha da artacağı bilgisine ulaşılmıştır<sup>88</sup>.

British Surrogacy Centre Avrupa'nın ilk taşıyıcı annelik acentası ve dünyadaki gerçek anlamda uluslararası taşıyıcı annelik yapan tek merkez olarak tanımlanmaktadır<sup>89</sup>. Hem Birleşik Krallık hem de ABD merkezlidir. Fransa, İspanya, Almanya, Çin, Japonya Singapur, Avustralya, Yeni Zelanda ve Birleşik Krallık olmak üzere dünyanın 25 farklı ülkesinden başvuran çiftlere hizmet vermektedir. Dünya'da 300'den fazla bebeğin taşıyıcı annelik yoluyla doğumuna yardımcı olmuş ve geçmiş sekiz yıl içerisinde 85 çift ve tek yaşayanlara taşıyıcı annelik hizmeti verdiklerini ve gerek taşıyıcı gebelik gerekse de geleneksel taşıyıcı annelik ve yumurta donörleriyle 120 bebeğin doğumunu gerçekleştirdiklerini belirtmişlerdir. 2018 yılında kendileriyle çalışmak isteyen 175 aileden 63 tanesi ile çalışmayı seçtiklerini ve bu ailelerin tamamının ABD'deki bir taşıyıcı anneyle eşleştirildiğini belirtmiştir<sup>90</sup>.

Taşıyıcı Annelik Yoluyla Kurulan Aileler (Families Through Surrogacy (FTS)) bir başka kâr amacı gütmeyen taşıyıcı annelik organizasyonlarından biridir. Bu organizasyon Ekim 2018 tarihli "Taşıyıcı Anneliğin Kullanımında Uluslararası Trendler" başlıklı raporunu göndermiştir. Bu rapor sınıraşan taşıyıcı annelik uygulamalarının gün geçtikçe arttığını, bunun sebebinin eşcinsel olan veya tek başına

85 ibid 26.

86 <<https://www.brilliantbeginnings.co.uk/about>>, Erişim Tarihi 28 August 2019.

87 <<https://hopesurrogacysupportservice.co.uk/>>, Erişim Tarihi 28 August 2019.

88 Kent Üniversitesi 2018 Raporu (n 67) 27. Grup aynı zamanda iki farklı facebook grubunda 650'den fazla üyelerinin olduğunu belirtmiştir. Bu grup aynı zamanda diğer kâr amacı gütmeyen organizasyonlardan farklı olarak tüm taşıyıcı annelik sürecinde rehberlik etmektedir.

89 <<https://britishsurrogacycentre.com/>>, Erişim Tarihi 28 August 2019.

90 Kent Üniversitesi 2018 Raporu (n 64) 28-29.



yaşayan sayısında artış ile evlatlık veya kendi ülkesinde taşıyıcı anneliği finansal ve hukuki sorunlar nedeniyle yapamayan infertil heteroseksüel çiftlerin artmasından kaynaklandığı sonucuna ulaşılmıştır. Rapor, kendi vatandaşları olmasa da sınıraşan taşıyıcı anneliğin yapılabileceği ülkeleri de ABD, Kanada, Yunanistan, Gürcistan, Kenya, Laos (Tayland)<sup>91</sup>, Meksika, Rusya ve Ukrayna olarak sıralamıştır<sup>92</sup>.

FTS, 105 adet taşıyıcı annelik acentesini 2016-2017 yıllarını kapsayan anonim bir ankete katılmaya davet etmiştir. Bu anketin öncelikli amacı kaç kişinin taşıyıcı anneliğe başvurduğu ve başvuruların hangi ülkelerden bu başvuruları yaptıklarının belirlenmesidir. Bu çalışmanın dünyadaki tüm taşıyıcı anneliğin yaklaşık %70'ine tekabül ettiğini ve dolayısıyla dünya geneli hakkında da bir fikir edinmelerine yardımcı olacaklarına inanmaktadır. 105 adet taşıyıcı annelik acentesinin 32 tanesi yanıt vermiştir. Buna göre 2016 ve 2017 yıllarında 91 farklı ülkeden toplam 4094 kişinin başvurduğu, bunların 148 tanesinin Birleşik Krallık'tan olduğu ve Birleşik Krallığın en çok başvuru yapan 7. ülke olduğu belirtilmiştir. Rapora göre uluslararası taşıyıcı anneliğe en çok başvuran ülkeler İsrail, Çin ve Avustralya olarak sıralanmıştır. Avrupa'dan en fazla başvuruda bulunan ailenin Birleşik Krallık ve Fransa'dan olduğu, şahıs bazında başvuruda ise en fazla İrlanda, Norveç ve İsveç ülkeleri olduğu tespit edilmiştir. Uygun bir taşıyıcı anneyle uyuşma zamanı veya taşıyıcı anneliğin başlaması için beklenen süreler bakıldığında ABD'de 6 ay, Kanada'da 8 ay, Ukrayna'da 1 ay, Gürcistan ve Rusya'da ise yaklaşık 6 hafta bekleme süreleri olduğu sonucuna ulaşılmıştır<sup>93</sup>.

Tüm bu çalışma ve anketlerde de görüldüğü üzere taşıyıcı annelik uluslararası anlamda da artış göstermektedir. Birçok ebeveyn taşıyıcı annelik için bulunduğu ülkeden başka ülkelere giderek bu yola başvurmakta ve bu durum da maliyet ve kanunlar ihtilafı sorunlarını da beraberinde getirmektedir.

Kent Üniversitesi tarafından 2018 yılında yapılan çalışmada sadece acentelere değil aynı zamanda taşıyıcı anneler ve taşıyıcı annelere başvuran ebeveynlerle de online anketler yapılmıştır. Bu anketlere 103 taşıyıcı anne, 8 taşıyıcı anne partneri, 209 taşıyıcı anneliğe başvuran çift ve 190 da diğer kategori başlığındaki kişiler cevap vermiştir. Bu yönüyle de taşıyıcı annelik konusunda ilgili taraflarla Birleşik Krallık'ta yapılmış en büyük katılımlı ankettir<sup>94</sup>.

103 adet taşıyıcı anneden 56 tanesi daha önce taşıyıcı annelik yaptığını, 100 tanesi kendi çocuğu olduğunu, 87 tanesi kendi ailesini tamamladığını ve başka bir çocuk düşünmediğini bu nedenle taşıyıcı annelik yoluyla başkalarına çocuk doğurmak için bu yola girdiğini belirtmiştir. 103 taşıyıcı anneden 74 tanesi tam taşıyıcı anne (gestational

91 Tayland'da yabancılar için taşıyıcı annelik yasaktır bu nedenle birkaç acente komşu Laos'u kullanarak bu yasağı delmeye çalışmaktadır.

92 Kent Üniversitesi 2018 Raporu (n 64) 29.

93 ibid 29-30.

94 Aynı üniversite tarafından 2015 yılında yapılan ilk çalışmaya da 434 ilgili taraf yanıt vermişti (n 63) 20.

surrogate) 29 tanesi genetik bağı olan taşıyıcı anne (straight surrogate) olarak yapmıştır. 74 adet tam taşıyıcı anneliğin 41 tanesi hem sperm hem de yumurtanın başvuran aileden alınan embriyolarla yapılması sonucu oluşurken, 31 tanesi bir donörün yumurtası sonucu oluşan embriyolarla yapılmıştır. Sadece iki tanesi başvuran erkeğin sperminin lisanslı bir klinikte döllendiğini belirtmiştir<sup>95</sup>.

Taşıyıcı annelere başvuran ebeveynleri nereden buldukları sorusuna 107 kişi yanıt vermiştir. Bunlardan 94 tanesi aracı bir taşıyıcı annelik acentesi ile bulduklarını belirtirken 10 tanesi de bir arkadaşı veya aile üyelerinden biri için doğrudan taşıyıcı anne olduğunu belirtmiştir<sup>96</sup>.

## **V. Taşıyıcı Anneden Doğan Çocukların Yasal Anne-Babalığının Kazanılma Sorunu**

In vitro fertilizasyon ve taşıyıcı annelik başta vatandaşlık hukuku olmak üzere milletlerarası özel hukuk alanında da önemli sorunlar ortaya çıkarmaktadır. Taşıyıcı annenin bulunduğu devletin vatandaşlık hukukunda toprak esasının kabul edilmesi halinde taşıyıcı anneden doğan çocuğun başvuran çiftin vatandaşlığını kazanıp kazanmayacağını belirlenmesi gerekmektedir. In vitro fertilizasyonda anne babadan alınan sperm ve yumurtanın taşıyıcı anneye enjekte edilmesi halinde biyolojik anne ve babanın vatandaşlık hukuku kan esasını benimsemiş olsa bile çocuğun başka bir kadın tarafından dünyaya getirilmesinin çocuğun biyolojik anne babasının vatandaşlığını kazanmasına engel olup olmayacağı vatandaşlık hukuku alanında ortaya çıkan diğer bir sorunu teşkil etmektedir<sup>97</sup>. Dolayısıyla çocuğun vatandaşlığının belirlenebilmesi anne ve babasının kim olduğu sorusuna göre değişiklik gösterecektir. Bu konuda da hem teorik hem de uygulamada taşıyıcı anneliğe taraf olmuş kişilerle yapılan anketten yararlanılacaktır.

### **A. İstatistiki Veriler Çerçevesinde Uygulamada Taşıyıcı Anneden Doğan Çocukların Yasal Anne-Babalığının Kazanılma Sorunu**

Uygulamada yapılan anketlerde yasal anne-babalık sorusu önce taşıyıcı annelere sorulmuştur. 102 adet taşıyıcı annenin cevap verdiği çocuğun yasal anne-babası kim olmalıdır sorusuna 70 tanesi genetik olarak bağlı olsun veya olmasın başvuran ebeveynler olmalıdır yanıtını verirken, 14 tanesi genetik olarak bağ kuruluyorsa başvuran ebeveynler olmalıdır yanıtını vermiştir. 6 adet taşıyıcı anne de hem taşıyıcı annenin hem de başvuran ebeveynlerin, 2 tanesi de taşıyıcı annenin ve partnerinin çocuğun yasal anne-babası olması gerektiğini belirtmiştir<sup>98</sup>.

95 Kent Üniversitesi 2018 Raporu (n 64) 32-33.

96 ibid 33.

97 Ekşi (n 21) 13.

98 Kent Üniversitesi 2018 Raporu (n 64) 34-35.

Yasal ebeveynliğin hangi anda başlaması gerektiğine dair sorulan soruya ise 103 taşiyıcı annenin 53'ü doğumla birlikte otomatik olarak yanıtını verirken, 17 tanesi doğum öncesi mahkeme kararıyla, 13 tanesi doğumla birlikte mahkeme kararıyla, 11 tanesi gebelik öncesi ön kararlar, 5 tanesi doğum sonrası mahkeme kararıyla, 2 tanesi sadece zaman olarak doğum sonrası cevabını vermiştir<sup>99</sup>. Görüldüğü gibi taşiyıcı annelerin büyük çoğunluğu yasal anne-babalığın doğumdan önce veya en geç doğumla birlikte sağlanması gerektiği görüşünde olduğu gibi aynı zamanda kendilerinin yasal anne ve baba olmamaları gerektiği kanaati de yüksektir.

Yapılan anketlerdeki tüm sorular taşiyıcı anneliğe başvuran çiftler için de sorulmuştur. Bu çiftlerden gelen 204 adet cevabın 69 tanesi yasal aile iznini alıp çocuğun hali hazırda yasal anne-babası olduğunu, 10 çiftin başvurduğunu ancak hali hazırda sonuçlanmadığını, 15 tanesinin de taşiyıcı annelik yoluyla çocuk sahibi olduklarını ancak yasal anne-baba olmadıklarını belirtmiştir. Diğerleri de çocuğun henüz doğmadığını belirtmiştir. Yasal anne-babalık kararı için başvurup başvurmayacaklarına ilişkin soruya ise 90 tanesi hali hazırda başvuru yaptıklarını 114 tanesi aile iznine başvurma niyetlerinin olduğunu, 4 tanesi başvurmayacağını belirtmiştir<sup>100</sup>.

İngiltere'de sınıraşan taşiyıcı annelik yoluna başvuranlardan 5 çift yasal ebeveynlik kararını aldıklarını ve çocukların yasal anne-babaları olduğunu, 2 çift başvuruda bulunduğunu sonuç beklediğini, diğer 5 tanesi çocuk sahibi olduklarını ancak yasal ebeveynliğin olmadığını diğer ikisi de birisi süreyi kaçırdığı için diğeri de Birleşik Krallık dışında yaşamaya karar verdikleri için yasal izne başvurmayacaklarını beyan etmiştir. Bununla birlikte uluslararası taşiyıcı annelik yoluna başvuran ebeveynlerin çoğunluğu çocuklarına ya doğumdan itibaren ya da 4 yaşına gelmeden taşiyıcı annelik yoluyla dünyaya geldiğini söyleyeceğini beyan etmiştir<sup>101</sup>.

Yasal anne-babalık taşiyıcı annede kalmalı mı sorusuna yaklaşık %60 oranında kesinlikle hayır cevabı verilmiştir. Ancak en ilginç cevaplar yasal anne babalığın belirlenmesi zamanına ilişkindir. Katılanların %84.1'i yasal anne babalığın otomatik olarak doğumla birlikte başvuran ebeveynlerde kalması gerektiğini belirtmiştir. Hatta çocuğun doğumunun nüfusa işlenmesi işlemini şu anda Birleşik Krallık'ta olduğu gibi taşiyıcı annenin değil<sup>102</sup> taşiyıcı anneliğe başvuran ebeveynlerin yaptırması gerektiği de belirtilmiştir. Katılanların %81.2'si tek yaşayan kişilerin de taşiyıcı annelik yoluyla çocuğun yasal ailesi olması gerektiğini, hatta çocuk ile genetik bağı olmayan başvuran ailelerin de aynı şekilde kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir<sup>103</sup>.

99 ibid 35.

100 ibid 38.

101 ibid 40-41.

102 Şu anda İngiltere ve Wales'te başvuran ebeveynlerden genetik olarak bağlı bulunanları taşiyıcı anne evli değilse veya herhangi bir partneri yoksa taşiyıcı anneye birlikte çocuğun doğumunu kaydettirip doğum belgesine kendi adlarını yazdırabilmektedir.

103 Kent Üniversitesi 2018 Raporu (n 64) 43-44.

Tüm bu istatistiki verilerden anlaşıldığı üzere, Birleşik Krallık'ta 1985 tarihli Surrogacy Arrangements Act (Taşiyıcı Annelik Düzenlemeleri) ile başlayan ve 30 yıldan fazla uygulaması bulunan taşiyıcı annelik konusunda %92 gibi bir çoğunluk bu konuda hukuki bir reform gerektiğine inanmaktadır. Bununla birlikte taşiyıcı annenin sadece makul ve kontrol edilmiş masraflarını talep etmesi gerektiği hatta %71.4 gibi bir çoğunluk taşiyıcı annenin sadece masraflarını talep etmesi gerektiğini bunun dışında herhangi bir ödeme olmaması gerektiğini, taşiyıcı annenin başkaları için çocuk taşıyan bir kişi olması nedeniyle çocuğun yasal ailesi olmaması gerektiği ve yasal anne-babalığın otomatik olarak başvuran ebeveynlerde kalması gerektiği veya en azından peşin hüküm ile veya doğum öncesi bir süreçte bu işlemin tamamlanması gerektiği görüşü çoğunluk tarafından belirtilmiştir.

Fransa'daki organizasyona bildirilen problemlerin de başında da yasal ebeveynlik gelmektedir. Tanıma sorunu 13 başvurunun birinde meydana gelmişken 6 olayda yasal anne-babalığa izin verilmediği sorunuyla karşılaşmıştır. Fransız mahkemeleri Fransa dışında taşiyıcı annelik yoluyla çocuk sahibi olup Fransa'da yasal anne-baba olarak kaydedilmesi başvurusunda bulunan ebeveynlerin taleplerini reddetmiştir. Hatta bu 6 davada verilen istikrarlı kararlar üzerine 3 çift Fransa'da yasal anne-babalık başvurusunda dahi bulunmamıştır<sup>104</sup>.

Tüm bu gelişmeler uluslararası taşiyıcı annelik konusunda yasal anne-babalık sorununu ilk sıraya taşımaktadır. Bu sorun bir anlamda vatandaşlık problemlerinin çözülmesinin ön sorunu olmaktadır. Zira Türkiye gibi vatandaşlık konusunda kan bağımlı esas alan ülkelerde vatandaşlık yasal anne-baba olma durumuna göre belirlenecektir. Diğer taraftan da uluslararası taşiyıcı anneliğe başvurup çocuk sahibi olan ebeveynler kendi ülkelerinde kendilerini yasal anne veya baba olarak yazdıramadıkları durumda hem taşiyıcı annelikten vazgeçebilecekleri gibi hem de bir anlamı kalmadığını düşünerek belki yaptıkları tüm masrafları talep etmeyi de düşünecektir. Dolayısıyla yasal anne-babalığın birçok farklı sorunu da gündeme getirme ihtimali yüksektir.

## **B. Karşılaştırmalı Hukukta Taşiyıcı Annelik Yoluyla Meydana Gelen Çocukların Yasal Anne-Babalığının Kazanılması Sorunu**

Bu sorunu iki aşamada değerlendirmek gerekir. Birinci aşamada taşiyıcı annelik yoluyla doğan çocuğun doğduğu ülkede yasal anne veya babaları olarak kaydettirmek ikinci aşamada ise çocuğun doğduğu ülkede yapılan bu düzenlemenin başvuruda bulunan çiftlerin yaşadığı ülkeye döndüklerinde orada da yasal olarak kabulünü sağlamaktır.

Yukarıda bahsettiğimiz taşiyıcı anneliğin izin verildiği ülkelerde çocuk doğumdan itibaren başvuran aileye teslim edilmekte olup taşiyıcı anneliğe başvuran ebeveynler çocuğun yasal anne ve babası olabilmektedir. Örneğin Kaliforniya eyaletinde

104 Trimmings and Beaumont (n 2) 500-501.

doğum öncesi herhangi bir mahkeme kararına gerek olmaksızın da taşyıcı anneliğe başvuran ebeveynler yasal anne-baba olarak kaydedilebilmektedir<sup>105</sup>. Teksas eyaletinde ise başvuran çiftler doğum öncesinde alınan bir mahkeme kararıyla bunu yapabilmektedir<sup>106</sup>.

Ukrayna ve Rusya gibi ülkelerde ise taşyıcı annenin onay vermesi gibi şartların varlığı halinde taşyıcı anneliğe başvuran aileler yasal anne-baba olarak doğum belgesine işlenebilmektedir<sup>107</sup>. Hindistan’da ise sadece çocukla genetik bağı olan (DNA testi ile belirlenmektedir) aileler doğum belgesine yasal anne-baba olarak kaydedilmektedir. Doğumun yapıldığı ülke kuralları taşyıcı anneliğe başvuran çiftlerin ismini doğumla beraber doğum belgesine yazılmasına izin vermiyorsa bu durumda aileler doğum belgesinin değiştirilmesi için mahkemeye başvuracak ve bunu sağlamak amacıyla örneğin taşyıcı anneliğe başvuran baba tarafından babalığının kabulüne veya çocuk ile başvuran aile arasında genetik bağ yok ise anne veya her iki ebeveyn tarafından çocuğun evlatlık olarak kabulüne karar verilmesini talep edeceklerdir<sup>108</sup>. Dolayısıyla taşyıcı anneliğe başvuran çiftlerin yasal anne-baba olarak doğum belgesine doğrudan veya değişiklik yoluyla yazılması, bir mahkeme kararı veya evlatlık kararıyla olabilmektedir. Ancak evlatlık yoluyla yasal anne-baba olmak doğrudan yasal anne-baba olmak kurallarından çok farklı prosedürleri de beraberinde getirmektedir.

Bundan sonraki süreçte doğum belgesine ismini yasal anne-baba olarak yazdıran çiftler doğan çocuğu kendi ülkelerine getirmek isteyeceklerdir. Bu da her bir çocuk için bir pasaport veya bir seyahat belgesi ile mümkün olabilecektir. Bu durum da çocuğun vatandaşlığı konusunu gündeme getirmektedir. Böyle bir durumda da vatandaşlığı nasıl kazanıldığı sorusuna cevap aranması gerekmektedir.

ABD’de olduğu gibi toprak esasını kabul eden ülkelerde<sup>109</sup> çocuk doğumla birlikte doğduğu ülkenin vatandaşlığını kazanmakta ve Amerikan pasaportuna hak kazanmaktadır<sup>110</sup>. ABD’de doğumdan itibaren yaklaşık iki haftalık sürede çocuk için pasaport almak mümkündür. Ancak Birleşik Krallık için sadece pasaportu almış olmak yeterli değildir. Diğer ülkelerden gelen kişiler için olduğu gibi Amerikan pasaportunu alan bir çocuk İngiltere’de sürekli yaşamak için giriş yaptığında da pasaporta ek olarak girişi izninin (entry clearance) alınması gerekmektedir<sup>111</sup>.

105 Kaliforniya Aile Kanunu §7960. Düzenleme için bkz. <<https://codes.findlaw.com/ca/family-code/fam-sect-7960.html>>.

106 Teksas Aile Kanunu Bölüm 160.753. Teksas Aile Hukuku sadece evli çiftlerin mahkemeden yasal anne-baba izni yönünde karar almasına imkân tanımaktadır. Ancak bazen mahkemeler evli olmayan veya tek yaşayan kişilere de yasal anne-baba izni vermektedir. Düzenleme için bkz. <<https://surrogate.com/surrogacy-by-state/texas-surrogacy/texas-surrogacy-laws/>>, Erişim Tarihi 18 September 2018.

107 Ukrayna Vatandaşlık Kanunu md 7 (n 29).

108 Trimmings and Beaumont (n 2) 448.

109 Vatandaşlığın ‘ius soli’ prensibi ile kabul edildiği ülkelere örnek olarak Almanya, Portekiz, Lüksemburg, Yunanistan, İrlanda gibi ülkeler gösterilebilir.

110 ABD Anayasası md. 14: “Birleşik Devletler’de doğmuş veya Birleşik Devletler uyruğuna geçmiş ve Birleşik Devletler yetkisine tabi olan herkes, Birleşik Devletler’in ve ikamet etmekte oldukları eyaletin vatandaşıdır...”.

111 <[www.ukba.homeoffice.gov.uk/sitecontent/documents/residency/Intercountrysurrogacy-leaflet](http://www.ukba.homeoffice.gov.uk/sitecontent/documents/residency/Intercountrysurrogacy-leaflet)>, Erişim Tarihi 04 September 2019.

Vatandaşlığın toprak esasına göre kazanılmadığı Ukrayna, Hindistan ve Tayland gibi ülkelerde doğan çocuklar bakımından taşıyıcı anneliğe başvuran aileler bu ülkeleri terk edip çocuğu kendi ülkelerine getirebilmek için doğumun yapıldığı ülkedeki kendi ülke konsolosluklarına başvuru yaptıklarında çocuk için bir pasaport veya seyahat belgesi alma konusunda çok ciddi sıkıntılar yaşamaktadır.

Vatandaşlığın kazanılması bakımından ilk akla gelen ve hemen bütün devletlerin vatandaşlık kanunlarınca kabul edilen vatandaşlığın kazanılma hali doğum olayıdır. Türk Vatandaşlık Kanunu'na göre de vatandaşlık doğumla ya da sonradan kazanılabilir. Doğumla kazanılan Türk vatandaşlığı soybağı veya doğum yeri esasına göre kendiliğinden kazanılır. Her devlet soybağına bağlı olarak yani yasal anne-babalarının en azından birinin vatandaşlığıyla (nationality by descent)<sup>112</sup> veya kendi topraklarında doğmakla yani toprak esasına ya da çocukla başvuran aile arasında genetik bir bağ var ise çocuğun kendi iradesiyle ihtiyari olarak kazanılan vatandaşlık (discretionary grant of nationality) söz konusu olabilmektedir<sup>113</sup>. Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin 7. maddesine göre yurt dışında evlilik birliği dışında Türk vatandaşı baba ile yabancı bir anneden dünyaya gelen çocuk MÖHUK hükümlerine göre Türk vatandaşı baba ile arasında soybağının kurulmasını sağlayan usul ve esasların tamamlanmasıyla doğumundan itibaren Türk vatandaşlığını kazanacaktır<sup>114</sup>. Vatandaşlık Kanunu'na göre evlilik dışı çocuk ile Türk babası arasında kurulması gereken soybağı bir önmelele teşkil etmektedir<sup>115</sup>. Dolayısıyla yurt dışında yabancı bir taşıyıcı anneden doğan çocuğun Türk babasından dolayı Türk vatandaşlığını kazanabilmesi için öncelikle bu ön meselenin çözülmesi yani Türk baba ile çocuk arasında soybağının kurulması gerekmektedir.

Kara Avrupası Hukuk sistemini benimseyen birçok ülkede bu durum kanunlar ihtilafı kurallarına göre yapılmakta iken Anglo-Sakson ülke hukuklarında (İsrail gibi karma hukuk sistemini benimseyen bazı ülkeler de dahil) ise "lex fori" prensibi uygulanmaktadır. Bazı ülke hukukları vatandaşlık kazanımı için iç hukukunda sadece çocukla taşıyıcı anneliğe başvuran çiftler arasında genetik bir bağı yeterli bularak daha liberal bir yaklaşım sergilemektedir. Mesela İsrail Hukuku'na göre İsrail vatandaşlığının sınıraşan bir taşıyıcı annelik yoluyla dünyaya gelen çocuğa verilebilmesi için başvuran çiftlerden en azından birinin İsrail vatandaşı olması ve çocukla genetik bağının kurulmuş olması gerekli ve yeterlidir<sup>116</sup>. İsrail'de taşıyıcı

112 Alman Vatandaşlık Kanunu Bölüm 3, Belçika Vatandaşlık Kanunu Md. 8, Macaristan Vatandaşlık Kanunu Bölüm 3(1)-(2), Çek Cumhuriyeti Vatandaşlık Kanunu Bölüm 4, Brezilya Anayasası md. 12, Hollanda Vatandaşlık Kanunu md. 3, Birleşik Krallık Vatandaşlık Kanunu Bölüm 2.

113 Ergin Nomer, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (26th edn, Filiz 2019) 50 vd.; Bahadır Erdem, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (7th edn, Beta 2019) 8 vd.

114 Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik, RG 06.04.2010/27544.

115 Erdem (n 113) 99 vd.

116 Genetik bağın DNA testiyle belirlenmiş olması ve bu testin İsrail'de yapılmış olması gerekmektedir. <<https://www.btl.gov.il/English%20Homepage/Benefits/Maternity%20Insurance/Surrogacy/Pages/BPPeriodIntendeParent.aspx>>, Erişim Tarihi 21 August 2019 (n 43).

annelik yoluyla doğan çocukların vatandaşlığı otomatik olarak verilmemektedir. Örneğin İsrail mahkemeleri eşcinsel çiftlerin taşyıcı annelik yoluyla yasal babası olarak tanınması taleplerini Hindistan'daki İsrail konsolosluğunda babalık testlerine ilişkin veri sunulmadığı gerekçesiyle reddetmiştir<sup>117</sup>.

İrlanda Dışişleri Bakanlığı Ukrayna'da taşyıcı annelik yoluyla doğan çocuk için talep edilen pasaport başvurularını taşyıcı anneliğe başvuran İrlandalı babanın DNA testiyle genetik ailesi olduğu tespit edilmesine rağmen reddetmiştir. Birleşik Krallık'ta altsoy yoluyla vatandaşlık ancak taşyıcı annenin evli olmaması durumunda geçerlidir<sup>118</sup>.

Taşyıcı annelik yoluyla doğan çocuk başvuran ailenin ülkesinde vatandaşlığını elde edemezse böyle bir durumda çocuğun genetik durumuna bağlı olarak ihtiyari olarak vatandaşlık kazanabilir. Ancak ne soybağı ile ne de ihtiyari olarak vatandaşlığı kazanmanın mümkün olmadığı hallerde taşyıcı anneliğe başvuran aileler doğumun yapıldığı ülkede çıkmaza düşmekte ve doğumun yapıldığı ülkede sınırsız kalamaktadır<sup>119</sup>. Bu tür sorunlara dünyadaki hukuk sistemleri tarafından farklı çözüm önerileri getirilmektedir.

## 1. Kara Avrupası Hukuk Sistemine Göre Yasal-Anne Babalığın Taşyıcı Anneliğe Başvuran Ebeveynlere Transferi

Kara Avrupası Hukuk Sisteminde genel yaklaşım tanıma yöntemidir. Taşyıcı anneliğe başvuran çiftler hukuk yollarının izin verdiği ölçüde doğumun yapıldığı ülkede aldıkları doğum belgesi ile ilgili hukuki süreçleri kendi ülkelerinde tanıma prosedüründen geçirecek babalığa hükmedilmesini veya doğumun yapıldığı ülkede aldıkları bir mahkeme kararı varsa bu kararın tanınmasını talep etmektedir. Ancak bazı durumlarda böyle bir tanıma yolunu değil de *lex fori* prensibinin uygulandığını da görmekteyiz. Örneğin Yoko Kondo kararında 50 yaşlarında olan Japon bir çift Kaliforniya'da başvuran erkeğin spermi ve donör yumurtası yoluyla gerçekleşen gebelik yoluyla yapılan taşyıcı annelik yoluyla 2002 yılında ikiz çocuk sahibi olmuşlardır. Japon çift daha sonra ABD'de bulunan Japon Konsolosluğuna giderek çocukların doğum belgelerinin kabul edilerek vatandaşlık (pasaport) talebinde bulunduğu bu talep Japon Hükümeti tarafından reddedilmiştir. Bunun üzerine Japon

117 Trimmings and Beaumont, (n 2) 506.

118 <[www.ukba.homeoffice.gov.uk/sitecontent/documents/residency/Intercountrysurrogacy-leaflet](http://www.ukba.homeoffice.gov.uk/sitecontent/documents/residency/Intercountrysurrogacy-leaflet)>, para 25, Erişim Tarihi 4 September 2019.

119 Baby Manji Yamada vs. Union of India & ANR. (2008) INSC 1656, 9 (Bebek Manji Davası). 29 Eylül 2008 tarihli davada, Japon karı kocadan alınan yumurta ve sperm Hindistan'daki taşyıcı anneye enjekte edildikten ve hamilelik gerçekleşikten sonra Japon çift boşanmıştır. Yumurta ve sperm kendilerine ait olmasına rağmen boşanan eşlerden hiçbirini çocuğu almak istememiştir. Taşyıcı anne de çocuğa sahip çıkmamıştır. Doğum belgesinde, genetik baba olan Japon vatandaşının adı yazılmıştır. Hindistan hukukuna göre, çocuğun ebeveynleri boşanan Japon çifttir. Japon erkeğin annesi, çocuğun velayetinin oğluna verilmesi için Hindistan mahkemesinde dava açmıştır. Ancak dava sonuçlanıncaya kadar babasının vizesi bittiği için çocuk babaanneye verilmiştir. Büyükanıesi Hindistan'a gelecek torununa bakmak zorunda kalmıştır. Karar için bkz Ekşi (n 21) 7, dn 15.

çift Japonya’da hukuki süreci başlatmışlardır. Mahkeme Japon Hukuku’na göre çocuğu doğuran kadın çocuğun annesidir kuralını gerekçe göstererek hükümetin kararını benimsemiştir. Japon çift kararı bir üst mahkeme olan Osaka Yüksek Mahkemesi (Osaka High Court) ve Japon Temyiz Mahkemesine taşınmış yüksek mahkemeler de ilk derece mahkemesinin kararını onamıştır<sup>120</sup>. Görüldüğü gibi Japonya Kara Avrupası Hukuk sistemini benimseyen bir ülke olmasına karşın tanıma yoluyla değil bizzat lex fori prensibine göre kendi maddi hukuk kurallarına göre değerlendirme yaparak vatandaşlık talebini reddetmiştir.

Tanıma taleplerinin dinlenebilmesi için ön sorun olarak yasal anne-babalığın çözülmesi gerekir. Zaten tanıma için de milletlerarası özel hukuk kuralları uygulanacak ve tanıma için gerekli şartlara bağlı olarak yabancı ülkede alınan doğum belgesi, varsa mahkeme kararı veya diğer hukuki durumlar değerlendirilecektir. Ancak tanıma Türkiye’de olduğu gibi kanunen izin verilmeyen ülkelerde kamu düzeni gerekçesiyle reddedileceğinden<sup>121</sup> taşıyıcı anneliğe başvuranları belirsiz bir sürecin içine atacaktır.

Sınıraşan bir taşıyıcı annelik yoluyla dünyaya gelen çocuk T.C. nüfusuna kaydedilmek istenirse Türkiye’de kabul edilen kan bağı esasına göre çocuk ile başvuran anne arasında soybağı kurulamayacaktır. Böyle bir durumda “çocuğu doğuran kadın çocuğun annesidir” prensibi çerçevesinde durumu değerlendirmek gerekir. Bu konuda öğretide farklı görüşler yer almaktadır. Nomer, hısımlığı belirleyen unsurun genetik bağ olduğunu dolayısıyla yumurta sahibi kadının çocuğu doğurmamış olsa da çocuğun annesi olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Dolayısıyla çocuk ile yumurta sahibi olan kadın arasında soybağı kurulacaktır<sup>122</sup>. Bu görüşe göre genetik bağ olan taşıyıcı annelikte (straight surrogacy) soybağı da kurulmuş olmaktadır. Yumurta hücreleri kullanılan ve esasen çocuk sahibi olmak için bu yönteme başvuran kadın ile çocuk arasında ancak evlat edinme yoluyla soybağı tesisi sağlanabilecektir<sup>123</sup>. Baba bakımından soybağının kurulması ise çocuğun baba tarafından tanınması yoluyla olacaktır.

Dünyanın neresinde uygulanırsa uygulansın, bağışlanan spermle Türk vatandaşı bir anneden olan bir çocuğun soybağına ilişkin hukuki ihtilafa Türk hukuku uygulanacaktır. MÖHUK md. 16’ya göre, soybağına ilişkin ihtilafa uygulanacak hukuk öncelikle çocuğun milli hukuku dikkate alınarak belirlenir. Türk vatandaşı anneden evlilik birliği dışında doğan çocuk Türk vatandaşı olduğu için çocuk ile donör baba arasında soybağı sorunu Türk Medeni Kanunu kurallarına göre çözülür. Eğer Türk hukuku

120 Trimmings and Beaumont (n 2) 510, dn 209.

121 Yabancı bir hukukun uygulanması Türk toplumunun ahlak ve dürüstlük anlayışına, örf ve adet kurallarına, toplumun temel görüşlerini ciddi şekilde sarsacak şekilde aykırı bulunuyorsa kamu düzeninin müdahalesi beklenebilir, Günseli Öztekin Gelgel, *Devletler Özel Hukukunda Çocuk Hukukundan Doğan Problemler* (Beta 2012) 28 vd.

122 Haluk Nami Nomer, ‘Suni Döllenme Dolayısıyla Ortaya Çıkabilecek Nesep Problemleri’ in *M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan*, (Beta 2000) 570.

123 Cem Baygın, ‘Kan Bağına Dayanan Soybağı’, *Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2002 (6) 258.



çocuk ile babası arasında soybağını kurmaya elverişli değilse kanundaki diğer bağlama kriterlerine göre tespit edilen ülke hukukları dikkate alınmalıdır<sup>124</sup>.

Burada şu hususu da belirtmek gerekir ki soybağına ilişkin hukuk kuralları emredici nitelikte oldukları için tarafların aralarında yapmış olduğu taşyıcı annelik sözleşmeleri soybağı hükümleri üzerinde onları değiştirici bir etkiye sahip olmayacaktır. Bu yönüyle de doktrinde birçok yazar kişilerin ancak evlat edinme yoluyla soybağını değiştirebileceğini savunmaktadır<sup>125</sup>. Bu noktada taşyıcı annenin yumurtasının kullanılması ile gönüllü annenin yumurtasının kullanılması yahut üçüncü bir donörün yumurtasının kullanılması durumunda farklı hukuki sonuçlar doğacaktır. Taşyıcı annenin yumurtasının kullanılması durumunda genel görüş hem yumurta sahibi hem de doğuran kadın olması nedeniyle taşyıcı annenin çocuğun annesi sayılması yönündedir<sup>126</sup>. Taşyıcı annenin biyolojik anne olması nedeniyle anne sayılması gerektiğini gönüllü ailenin ise tek yapabileceğinin TMK md. 306 hükmünün son fıkrası<sup>127</sup> gereğince çocuğu evlat edinmek olacağı belirtilmiştir<sup>128</sup>. Bu durumun oluşabilmesi için de gönüllü baba öncelikle çocuğu tanıyacak daha sonra gönüllü anne kocanın tanıdığı çocuğu evlat edinecektir<sup>129</sup>. Bu noktada taşyıcı anne evli ise çocuk taşyıcı annenin ve kocasının soybağı altında olacağı için iki ihtimal söz konusu olacaktır: Öncelikle taşyıcı annenin kocası çocuğun soybağını reddeder ve gönüllü baba çocuğu tanır. Böylece yine gönüllü anne çocuğu evlat edinebilir. Bir diğer ihtimalde ise taşyıcı annenin kocası çocuğun soybağını reddetmez fakat çocuk soybağını reddedebilir. Bu durumda da yine gönüllü baba çocuğu tanıyarak kendi soybağına bağlar<sup>130</sup>.

Taşyıcı annelikte bir diğer ihtimal ise gönüllü annenin veya üçüncü bir kadının yumurtası ile gönüllü babanın veya bir başka erkeğin sperminin döllenesidir. Bu ihtimalde çocuğun genetik ve biyolojik annesi farklı kişilerdir. Bu durumda Türk Hukuku'nda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Döllenede yumurtası kullanılan kadının asıl anne sayılması gerektiğini taşyıcı anne ile doğumla kurulan bağın ise yumurtası kullanılan annenin tespit edilmesi durumunda iptal edilmesi gerektiği belirtilmiştir<sup>131</sup>. İlk etapta çocuğun annesi onu doğuran kadın olsa da yumurtanın sahibi olan kadın açacağı bir dava ile anneliğin tespitini isteyebilmeli ve kan bağı esasına

124 Ayfer Uyanık Çavuşoğlu, 'Yeni MÖHUK'a Göre Soybağı İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Sorunu' (2008) 2 Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 315, 315-322.

125 Burcu Kalkan Oğuztürk, Türk Medeni Hukuku'nda Biyoetik Sorunlar (Vedat 2011) 394; Rona Serozan, Çocuk Hukuku (Vedat 2005) 167; Cem Baygın, Soybağı Hukuku (On İki Levha 2010) 15 vd; Hayrünnisa Özdemir, 'Yapay Döllene ve Soybağı' (2013) Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan 901.

126 Kalkan Oğuztürk 394.

127 TMK'nın 306/son fıkra: Eşlerden biri, en az iki yıldan beri evli olmaları veya kendisinin otuz yaşını doldurmuş bulunması koşuluyla diğerinin çocuğunu evlat edinebilir.

128 Nagehan Kırkbeşoğlu, Soybağı Alanında Biyoetik ve Hukuk Sorunları (Vedat 2006) 76; Sevtap Metin, 'Yördengensinden Çıkan Tabiat: Etik, Sosyal, Psikolojik ve Hukuki Görünüleriyle Taşyıcı Annelik, (2012) İstanbul Barosu Dergisi (Sağlık Hukuku Makaleleri II) 7, 47.

129 Turgut (n 1) 139.

130 Kırkbeşoğlu (n 128) 76; Metin (n 128) 47.

131 Nomer (n 122) 574 vd.

göre gerçek anne sayılmalıdır. Anneliğin iptalini hem genetik hem de biyolojik anne isteyebilmelidir<sup>132</sup>.

Taşıyıcı annelikte döllenede yumurtası kullanılan kadın ile çocuğu doğuran kadının farkı olması durumunda çocuğu doğuran kadın anne kabul edilmeli fakat evlenme yasağı, mirasçılık gibi hükümler her iki kadın için de doğmalıdır. Ancak çocuğun hangi kadına tevdi edileceği hâkim tarafından çocuğun yararı ve esenliğine göre saptanmalıdır<sup>133</sup>.

Doktrinde anne olarak kabul edilecek olan kadının çocuğu doğuran kadın olduğu yönünde görüşler de mevcuttur. Zira çocukla anne arasındaki olguyu belirleyici bağ göbek bağıdır ve çocuk bu bağla genetik anneyle değil biyolojik anne ile bütünleşir. Herkes tarafından görünür olan gebelik ve doğum olgularının çocuğun soybağının güvenilirliği açısından daha sağlam bir dayanak teşkil edecektir. Bu noktada genetik anne ile spermi kullanılan genetik baba ancak taşıyıcı annenin rızası ile anlaşmalı evlat edinme yoluna gideceklerdir<sup>134</sup>.

Burada çocuğun yararına göre hareket edilerek çocuğu doğuran kadının yani taşıyıcı annenin çocuğun annesi olması gerektiğine dair görüşler de olmuştur. Zira çocuğun anne açısından soybağının sadece evlat edinme yoluyla değişebildiği bu nedenle taşıyıcı annelik durumunda gönüllü ailenin sadece çocuğun velayetini elde edebileceği belirtilmiştir<sup>135</sup>.

Kanaatimizce çocuğun biyolojik anne ile kurmuş olduğu fiziksel bağ hem soybağının güvenilirliğini hem de ispat açısından oluşturacağı kuvvetli dayanak açısından çocuğu doğuran kadının yani taşıyıcı annenin anne olarak sayılması gerekir<sup>136</sup>. Çocuğun soybağının genetik anneye geçişi ise ancak evlat edinme yoluyla olmalıdır.

Analığın tespitinde uygulanacak hukuk Türk vatandaşı kadın için iç hukuk hükümlerine göre belirlenecektir. Yabancı bir kadının analığı Türkiye’de hukuki ihtilafa konu olursa iç hukuk kurallarının mı yoksa vatandaşı olduğu ülke hukukunun kurallarının mı uygulanacağı sorunu ile karşı karşıya kalınabilir. Bu hukuk probleminin çözümünde MÖHUK’un bağlama kurallarından faydalanmak gerekir.

MÖHUK md 16’ya göre soybağının kuruluşu, çocuğun doğum anındaki millî hukukuna, kurulamaması hâlinde çocuğun mutad meskeni hukukuna tâbidir. Soybağı bu hukuklara göre kurulamıyorsa, ananın veya babanın, çocuğun doğumu anındaki millî hukuklarına, bunlara göre kurulamaması hâlinde ana ve

132 Kalkan Oğuztürk (n 125) 399.

133 Hüseyin Hatemi and Burcu Kalkan Oğuztürk, *Kişiler Hukuku, Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler* (Vedat 2013) 121.

134 Serozan (n 125) 166-167.

135 Mehmet Beşir Acabay, *Soybağı* (Güncel 2002) 221-222; Kırkbeşoğlu (n 128) 79.

136 Aynı görüş için bkz. Turgut (n 1) 60, 142. Yazar bu çözümün ayrıca; doğum olgusunun çekilmeye maruz kalmaması açısından, çocuğun menfaatini de gözeteceğini belirtmiştir.

babanın, çocuğun doğumu anındaki müşterek mutad mesken hukukuna, buna göre de kurulamıyorsa çocuğun doğum yeri hukukuna tâbi olarak kurulur<sup>137</sup>. Görüldüğü gibi 5718 sayılı Kanunun soybağının kurulmasına uygulanacak hukukun tespitinde kademeli bağlama kurallarının kabul edildiği görülmektedir. Soybağı problemlerinin niteliğine uygun bir şekilde, soybağı ilişkisinin kurulmasını sağlayabilecek birden fazla bağlama noktasına yer verilmiştir<sup>138</sup>.

Milletlerarası özel hukukta bağlama kuralları çeşitli menfaatler göz önüne alınarak oluşturulmaktadır. Soybağının kurulması açısından milletlerarası yaklaşım, çocuğun menfaatinin üstün tutulduğunu ve çocuğun hukukunun esas alındığını göstermektedir<sup>139</sup>. MÖHUK'taki soybağının kurulması ve soybağının hükümlerine uygulanacak hukuku gösteren kanunlar ihtilafı kuralı düzenlenirken, çocuğa yakın olarak kabul edilen hukuklar esas alınarak mümkün olduğunca çocuğun ana baba ile soybağının kurulması amaçlandığı görülmektedir<sup>140</sup>.

Taşiyıcı annelik uygulaması Türkiye'de yasak olduğu için bağlama noktası soybağı olarak başvuru MÖHUK md 16 hükmüne göre soybağı kurulamayacaktır. Dolayısıyla burada evlat edinme müessesesi devreye girecektir. Başka bir ifadeyle çocuk ile çocuğu isteyen anne arasındaki soybağının ne şekilde kurulacağına MÖHUK md 18'e göre belirlenen hukuk karar verecektir. Buna göre evlât edinme ehliyeti ve şartları, taraflardan her birinin evlât edinme anındaki millî hukukuna tâbidir. Evlat edinmeye ve edinilmeye diğer eşin rızası konusunda eşlerin millî hukukları birlikte uygulanır. Evlat edinmenin hükümleri evlât edinmenin millî hukukuna, eşlerin birlikte evlât edinmesi hâlinde ise evlenmenin genel hükümlerini düzenleyen hukuka tâbi olacaktır<sup>141</sup>.

Bununla birlikte uluslararası düzenlemeler bakımından Meşru Olmayan Çocukların Ana Bakımından Nesebinin Tesisine İlişkin Sözleşme'nin<sup>142</sup> birinci maddesi evlilik birliği dışında doğan çocuğun annesi ile soybağı doğum belgesinde doğuran kadının anne olarak yazılmasıyla tesisine imkân tanımaktadır. Ancak bu soybağına itiraz edilebilmektedir. Evlilik birliği dışında doğan çocuğun baba tarafından tanınması ise Evlilik Dışında Doğan Çocukların Tanınmasına Dair Sözleşme ile söz konusu olabilir<sup>143</sup>. Sözleşmeye uygun olarak yapılan tanımlar akit devletlerde kendiliğinden geçerli olur. Ancak tanıma daha önce tesis edilmiş bir soybağı ile bağdaşmıyorsa

137 Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 5718, Kabul Tarihi: 27.11.2007, RG 12.12.2077/26728.

138 Gülören Tekinalp and Ayfer Uyanık Çavuşoğlu, Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları (Vedat 2016) 174 vd; Ergin Nomer (n 113) 68 vd; Ziya Akıncı and Cemile Demir, Gökyayla, Milletlerarası Aile Hukuku (Vedat 2010) 122; İzzet Doğan, Öğretide ve Uygulamada Milletlerarası Aile Hukuku ve Milletlerarası Usul Hukuku (Seçkin 2010) 77.

139 Aysel Çelikel and Bahadır Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk (15th edn Beta 2017) 257 vd.

140 Tekinalp and Uyanık Çavuşoğlu (n 138) 174.

141 Nomer (n 113) 70 vd.

142 RG 11.10.1965/12123.

143 RG 07.07.1987/19510.

sözleşmenin tanımaya ilişkin hükümleri uygulanmayacaktır<sup>144</sup>. Soybağının reddi, kocanın nesebi reddetmesi, çocuğun kendi soyunu öğrenme hakkı gibi durumlar kamu düzeninden sayılacağı için Türk kamu düzenine aykırı bulunarak reddedilecektir<sup>145</sup>.

Tanımaya kararlarının kamu düzeni gerekçesiyle reddedilmesi probleminde çözüm olarak Kara Avrupası Hukuk Sitemini benimseyen ülkelerde daha liberal yaklaşımlar geliştirilerek çocuğun yüksek menfaatlerine yoğunlaşmıştır. Bu tür ülkelerdeki mahkeme veya idari otoriteler özel bazı sonuçlar keşfederek kısmen veya tamamen doğum yapılan ülkede sağlanan yasal anne-babalığın tanınması yönünde bazı kararlar vermişlerdir.

Fransız Yargıtay'ına konu olmuş Amerika'da taşıyıcı annelik sonucu mahkeme kararıyla elde edilen yasal anne-babalığın Fransa'da tanınması davasında Yargıtay davaya müdahil olan Kamu Bakanlığı'nın (Ministère Public) talebini yerinde bularak bu kararın kamu düzenine aykırılığını kabul etse dahi kararında yine de bu durumun Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 3. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen çocuğu ilgilendiren tüm konularda çocuğun üstün menfaatlerinin göz önünde tutulması yükümlülüğünü etkilememesi gerektiğini de ifade etmiştir<sup>146</sup>.

Hatta daha sonrasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), 2014 yılında *Mennesson v. France*<sup>147</sup> ve *Labassee v. France*<sup>148</sup> davalarında verdiği kararlarında, taşıyıcı annelik yoluyla ebeveyn olmalarına rağmen yabancı mahkeme kararı tanınmadığından çocuğu nüfusa kendi adlarına tescil ettiremeyen Fransız vatandaşlarının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 8. maddesiyle güvence altına alınan özel ve aile hayatına saygı haklarının ihlal edildiğine ilişkin iddiaları kabul edilebilir bulmamıştır. AİHM kararlarına konu olan olaylarda ebeveynler, çocuğun genetik anne ve babasıdır. Ancak AİHM, Fransız nüfus idaresinin çocuğu nüfusa tescil etmemesi neticesinde çocuğun özel ve aile hayatına saygı hakkının ve dolayısıyla AİHS'in 8. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Diğer bir ifadeyle, AİHM, her iki başvuruya ilişkin kararlarında, AİHS 8. maddesinin, ebeveynler açısından değil, çocuk açısından ihlal edildiği sonucuna varmıştır<sup>149</sup>.

144 Bilgin Tiryakioğlu, Milletlerarası Özel Hukukta Çocuklara İlişkin Kurallar (1991, 6) Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu Başkanlığı 29.

145 Ayfer Uyanık Çavuşoğlu, 'Devletler Özel Hukukunda Yapay Döllenme Sonucunda Dünya'ya Gelen Çocuk ile Ana ve Babası Arasındaki Nesepliliğe Uygulanacak Hukuk Sorunu', *Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi* (2006)17-18 (Ocak-Şubat) 32.

146 X & Ministère Public [2011] Cour de Cassation Chambre civile 1, [6 April 2011], 09-66,486. Karar için bkz. <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000023832074&fastReqId=527891015&fastPos=3>>, Erişim Tarihi 09 September 2019.

147 *Mennesson v France* App no 65192/11 (ECHR, 26 September 2014). Karar için bkz. Ekşi (n 21) 36.

148 *Labassee v France* App no 65941/11 (ECHR, 26 September 2014). Karar için bkz. Ekşi (n 21) 36.

149 *ibid.* Ayrıca kararların yorumu için bkz Paul Beaumont and Katarina Trimmings, 'Working Paper No 2016/4: Recent jurisprudence of the European Court of Human Rights in the area of cross-border surrogacy: is there still a need for global regulation of surrogacy?' 1, 1-5 (University of Aberdeen Working Papers) <[https://www.abdn.ac.uk/law/documents/CPL\\_2016-4.pdf](https://www.abdn.ac.uk/law/documents/CPL_2016-4.pdf)>, Erişim Tarihi 19 September 2019.

Benzer bir yaklaşım Belçika mahkemelerine konu olan Samuel<sup>150</sup>, AM&ND<sup>151</sup> ve C<sup>152</sup> davalarında da söz konusu olmuştur. Samuel kararında Ukrayna’da geleneksel taşyıcı annelik sonucu baba ile çocuk arasında genetik bağın söz konusu olduğu bir doğum gerçekleşmiştir. Ukrayna’da düzenlenen doğum belgesinde anne olarak taşyıcı anne, baba olarak da genetik bağ kurulan ve taşyıcı anneliğe başvuran erkek yazılmıştır. Daha sonra Ukrayna’da düzenlenen bu doğum belgesinin Belçika’da tanınması talep edilmiştir. Brüksel ilk derece mahkemesi taşyıcı annelik her ne kadar kamu düzenine aykırı olsa da yabancı ülkede düzenlenen doğum belgesini tanımak taşyıcı anneliğe izin verildiği anlamına gelmeyeceğini sadece taşyıcı anneliğe başvuran ve çocuk ile aralarında genetik bağ kurulan erkeğin babalığını kabul edildiği anlamına geleceğini belirterek bu durumun da çocuğun menfaatlerine uygun olduğu için tanıma talebini kabul etmiştir.

AM&ND ile C kararlarında daha ilginç bir durum ortaya çıkmıştır. Her iki kararda da Hindistan’da tek bir erkeğin başvurusu üzerine yapılan taşyıcı anneliğin tanınması kabul edilmiştir. Dışarıdan bir donör ile başvuran erkeğin sperminin döllenmesi sonucu yapılan taşyıcı annelik sonunda doğan çocuklar için Hindistan’da doğum belgesi düzenlenmiş ve baba kısmına başvuran erkeğin ismi yazılmış anne kısmı ise boş bırakılmıştır. Her iki davada da Hindistan’da düzenlenen doğum belgelerinin tanıma talepleri “şayet tanıma reddedilirse gerek çocuğun gerekse de başvuran erkeğin AIHS 8. Maddesinde belirtilen aile kurma hakkının zedeleneceği” gerekçesiyle kabul edilmiştir<sup>153</sup>.

Bazı ülkelerde bulunan liberal çözümler ise yabancı ülkede düzenlenen doğum belgelerinin tamamen değil kısmen tanınması yönünde olmuştur. Bu durum eşlerden erkeğin baba olarak tanınması ama kadının anneliğinin tanınmaması yönünde olabileceği gibi<sup>154</sup>, eşcinsel çiftler bakımından sadece çocukla genetik bağ kurulan erkek bakımından tanınıp diğeri tarafından tanınmama şeklinde kendini göstermektedir<sup>155</sup>.

Bu konuda Aralık 2011’de Avusturya Anayasa Mahkemesi’ne konu olan Amerikalı taşyıcı anne (Georgia Eyaletinde mukim) ile Avusturyalı / İtalyan başvuran aile arasında geçen önemli bir karar bulunmaktadır<sup>156</sup>. Başvuran çiftten kadın Avusturyalı

150 Brüksel İlk Derece Mahkemesi’nin 15 Şubat 2011 tarihli kararı. Karar için bkz. Katarina Trimmings and Paul Beaumont, ‘Parentage and Surrogacy in a European Perspective’ in Jens M. Scherpe (ed), *European Family Law Volume 3* (Edward Elgar 2016) 237.

151 Nivelles Burgerlijke Rechtbank-Tribunal Civil 06/04/2011. Karar için bkz. *Actualités du droit de la famille* (2011) 8, 162.

152 Brüksel İlk Derece Mahkemesi 6 Nisan 2010 tarihli kararı. Karar için bkz. *Revue Trimestrielle de droit familial* 2010 (Vol 4) 1169.

153 AIHS’nin 8. Maddesine göre verilen diğ er kararlar için bkz Ekşi (n 21) 33 vd.

154 *H&E Davası* [2008] Antwerp İlk Derece Mahkemesi, [19 Aralık 2008], Karar için bkz *Revue de Droit International Privé* 2010 (Vol 4) 140.

155 *M&M Davası* [2010] Court of Liège, [6 Eylül 2010]. Kararın analizi için bkz Ekşi (n 21) 19-21.

156 Avusturya Anayasa Mahkemesi Kararı (Verfassungsgerichtshof) No B 13/11-10, 14 December 2011, EuGRZ 2012, 65 vd.

erkek ise İtalyan'dır ve her ikisi de Avusturya'da ikamet etmektedir. Avusturya'da taşıyıcı annelik yasak olduğu için sınıraşan taşıyıcı anneliğe başvurarak ABD'de 2006 ve 2009 yıllarında aynı taşıyıcı anneye ve her ikisinde de başvuran çiftin kendi genetik yapıları kullanılarak iki taşıyıcı annelik denemesi yapmışlardır. Bu denemeler sonunda iki çocuk dünyaya gelmiştir. Çocuklar doğumla birlikte ABD vatandaşlığını kazanmışlar daha sonra da Avusturya'da Avusturya vatandaşlığını da kazanmışlardır. Ancak başvuran kadın ilerleyen zamanlarda bu çocuklar için çocuk parası (child benefit) talep ettiğinde Avusturya İçişleri Bakanlığı taşıyıcı anneliğin Avusturya'da yasak olduğunu, Avusturya Hukuku'na göre taşıyıcı annenin çocukların yasal annesi olduğunu ve bu nedenle ABD mahkemelerinin başvuran anneyi yasal anne olarak kabul eden kararının Avusturya'da tanınmayacağı gerekçesiyle çocuklara verilen Avusturya vatandaşlığının iptalini talep etmiştir. Avusturya Anayasa Mahkemesi, Avusturya İçişleri Bakanlığı'nın bu iddialarını reddetmiştir. Kararın gerekçesi olarak da öncelikle ABD mahkemesinin başvuran anneyi yasal anne olarak kabul eden kararı Avusturya Hukuku dikkate alınmadan verildiğini bu nedenle milletlerarası özel hukuk kuralları çerçevesinde geçerli olduğunu, taşıyıcı anneliği yasaklayan Avusturya Hukuku'nun Avusturya kamu düzeninin bir parçası olmadığını dolayısıyla ABD mahkeme kararının tanınmasını hükümsüz kılamayacağını belirtmiştir. Ayrıca taşıyıcı annenin Avusturya Hukuku'na göre kendi iradesi hilafına yasal anne olmaya zorlanamayacağını, vatandaşlık belirlenirken İçişleri Bakanlığı'nın kamu düzeni ile ilgili doktrindeki ve içtihatlardaki görüşlerini ve en önemlisi de çocukların bakım ve refahını dikkate almaksızın keyfi olarak karar verdiğini belirtmiştir.

Görüldüğü gibi yabancı ülkelerde elde edilen doğum belgesi, mahkeme kararı gibi enstrümanlar başvuran ailelerin sadece ülkelerindeki mahkemeler tarafından değil aynı zamanda idari organlar tarafından da engellemelere tabi olabilmektedir. Örneğin İspanya'da Ekim 2010 tarihinde İspanya Nüfus Müdürlüğü (Dirección General de los Registros y del Notariado) bir direktif yayınlamaya sınıraşan taşıyıcı annelik konularında nasıl hareket edileceğine dair talimatlar vermiştir<sup>157</sup>. Bu talimatlar 18 Şubat 2019 tarihinde çıkarılan ve 21 Şubat 2019 tarihinde İspanya Resmi Gazetesi'nde yayınlanan diğer talimatlar ile de geliştirilmiştir. Normalde İspanya'da yabancı ülkede alınan mahkeme kararıyla kurulan yasal anne-babalık İspanyol mahkemeleri tarafından verilecek tanıma kararından sonra nüfus kaydına geçirilmektedir. Ancak bu talimatta sınıraşan bir taşıyıcı annelik olması durumunda mahkeme tarafından tanıma işleminin gerekli olmadığı, hatta belli bazı şartlar varsa nüfus müdürlüğünün yabancı mahkeme kararının yetkinliğini bizzat kendisinin belirleyebileceği ve doğrudan nüfusa kaydını yapabileceği belirtilmiştir. Bunu belirlerken de yabancı ülkede alınan mahkeme

157 Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre regimen registrela de al filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, Talimat için bkz <[>](https://www.boe.es/eli/es/ins/2010/10/05/(1)), Erişim Tarihi 10 September 2019. Bu direktife bağlı olarak 18 Şubat 2019 tarihinde çıkarılan 21 Şubat 2019 tarihinde İspanya Resmi Gazetesi'nde yayınlanan direktif için bkz. <[>](https://www.iberley.es/legislacion/instruccion-18-feb-2019-actualizacion-regimen-registral-filiacion-nacidos-mediante-gestacion-sustitucion-26188773), Erişim Tarihi 10 September 2019.

kararına herhangi bir itiraz olmadığını, başta taşiyıcı anne olmak üzere tarafların haklarının temin edilmiş olmasını, taşiyıcı anne ve çocuğun yüksek menfaatlerinde herhangi bir ihlal olmadığını ve taşiyıcı annenin muvafakatini hiçbir hata, hile, ikrah olmadan vermiş olduğunun belirlemesini şart koşmuştur. Bu şartların varlığı halinde İspanyol Nüfus İdaresi mahkeme tarafından tanıma işlemi yapılmadan taşiyıcı anneliğe başvuran çiftleri çocuğun nüfusuna doğrudan yasal annesi ve babası olarak kaydedebilecektir. Burada çok önemli bir husus daha var ki bu talimatname yabancı mahkeme kararının İspanya kamu düzenine aykırı olmama şartını aramamaktadır.

İdari açıdan yapılan girişimler bakımından Hollanda da kendini göstermektedir. Yukarıda da belirttiğimiz gibi Hollanda’da taşiyıcı annelik düzenlenmemiş ancak ticari amaçla yapılan taşiyıcı anneliğe ceza getirilmiştir. Taşiyıcı annelik konusunun düzenlenmemiş olması taşiyıcı anneliği ortadan kaldırmadığı için Hollanda Güvenlik ve Adalet Bakanı Fred Teeven, Temsilciler Meclisi Başkanı’na 16 Aralık 2011 tarihinde bir mektup göndererek sınıraşan taşiyıcı anneliğin Hollanda’da meydana getirdiği sorunları sıraladıktan sonra Hollanda’da sınıraşan taşiyıcı anneliğin en azından başvuranlardan birinin çocuk ile genetik bağının var olması durumunda kabul edilmesini ve sınıraşan taşiyıcı annelikte taşiyıcı anneye yapılan harcamalarına ilişkin karar vermemeleri yönünde önerilerde bulunmuştur<sup>158</sup>.

Bazı ülkelerde de taşiyıcı anneliğin tanınmasında kamu düzeni şartının babalığın tanınması yoluyla biraz daha yumuşatma yoluna gidildiğini de görüyoruz. Örneğin Almanya’da Nürnberg Mahkemesine konu olan bir sınıraşan taşiyıcı annelik davasında Alman otoriteleri Rus Hukuku’nu uygulayarak taşiyıcı anneliğe başvuran babanın Rusya’da geçerli bir babalığın kabul edilmesi durumunda bu kabulün Almanya’da da geçerli olacağına karar vermiştir<sup>159</sup>. İsviçre ve Fransa’da da benzer kararlara rastlamak mümkündür<sup>160</sup>.

## 2. Anglo-Sakson Hukuk Sistemine Göre Yasal-Anne Babalığın Taşiyıcı Anneliğe Başvuran Ebeveynlere Transferi

Yukarıda da belirttiğimiz gibi Anglo-Sakson hukuk sistemini benimseyen ülkelerde genelde lex fori prensibine bağlı olarak karar verilmektedir. Buna bağlı olarak Birleşik Krallık<sup>161</sup> ve Yeni Zelanda<sup>162</sup> gibi bazı ülkelerin kendi milli aile hukuku düzenlemelerinde açıkça kendi ülkesi dışında meydana gelen doğumlar için de uygulanacağına dair hükümler bulunmaktadır.

158 <<https://www.openkamer.org/kamervraag/2014Z17670/>>, Erişim Tarihi 10 September 2019.

159 AG Nürnberg, [2009] UR III0264/09, [14 Aralık 2009]. Karar için bkz <<https://openjur.de/u/481189.html,v>>, Erişim Tarihi 10 September 2019.

160 Kararlar için bkz 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. 37. <<https://assets.hcch.net/docs/d4ff8ecd-f747-46da-86c3-61074e9b17fe.pdf>>, Erişim Tarihi 11 September 2019.

161 HFEA Bölüm 33 para 3.

162 The Status of Children Act 1969, Bölüm 5, para 3.

Bu ülkelerdeki içtihatlarda genel yaklaşım yabancı ülkede alınan doğum belgesinin yasal anne-babalık kurmaya tek başına yetmeyeceği bu nedenle yasal anne-babalık konusunda lex fori prensibine göre karar verilmesi gerektiği yönündedir<sup>163</sup>. Hatta bu konuda Birleşik Krallık Sınır İdaresi (UK Border Agency) yayınladığı talimatnamede “sınıraşan taşıyıcı annelik yoluyla Birleşik Krallık topraklarına gelenler şayet Birleşik Krallık’ta ikamet ediyorlarsa Birleşik Krallık Kanunlarına tabi olacaktır” şeklinde açık hüküm bulunmaktadır<sup>164</sup>.

Bu tür devletlerde yasal anne-babalık hukuki sonuç olarak değil bir olgu olarak görülmektedir<sup>165</sup>. Dolayısıyla yabancı ülkede alınan doğum belgesi yabancı hukuka göre yasal anne-babalığın kurulduğunu ispat eden bir delilden öteye gidememektedir<sup>166</sup>. İsrail İçişleri Bakanlığı yabancı doğum belgelerinin anne-babalığı ispata yeterli olmadığını belirtmiştir<sup>167</sup>.

Ancak bu iç hukuk düzenlemelerinin uygulanmasıyla taşıyıcı anneliğe başvuran çiftlerden herhangi biri yasal ebeveyn statüsünü kazanamazsa genellikle kendi ülkelerine döndüklerinde yasal anne-babalığı almada belli bazı metodları kullanmaları gerekecektir<sup>168</sup>.

Burada kullanılacak metodlar da ülke düzenlemelerine göre farklılık arz edecektir. Birleşik Krallık gibi taşıyıcı anneliğin yasal olarak düzenlendiği ülkelerde kendi iç hukuk kurallarının elverdiği ölçüde belirlenen şartlara uyan (Birleşik Krallık’ta sadece altruistik taşıyıcı anneliğe izin verilmektedir) taşıyıcı annelik yoluyla gelenlere yasal anne-babalık imkânı verilebilmektedir. Dolayısıyla bu metod ön onay aranan İsrail ve Güney Afrika gibi ülkelerde uygulanamaz<sup>169</sup>.

163 Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi’nde ilk olarak sınıraşan taşıyıcı annelik yoluyla meydana X & Y (Foreign Surrogacy) [2009] Fam 71 davasında görülmüştür. Mahkeme net bir şekilde sınıraşan taşıyıcı annelikten doğan yasal anne-babalığın tespitinde Birleşik Krallık’ın aile hukukuna ilişkin hükümleri uygulandığını hüküm altına almıştır.

164 <<http://www.ukba.homeoffice.gov.uk/sitecontent/documents/residency/Intercountry-surrogacy-leaflet>>, Erişim Tarihi 11 September 2019.

165 Bu yaklaşım şimdi tek edilmiş olsa dahi İngiliz ve İrlanda kararlarında çocuğun meşru olup olmadığı konusunda öncelikle çocuğun ailesinin oluşturulmasına daha sonra ebeveynlerin evli olup olmadığı konusunun kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirlenmesi (dolayısıyla hangi hukukun uygulanacağı sorusunun cevabına bağlı olarak belirleneceği) durumlarında görülebilir. Bu konuda bkz. 2012 Hague Conference on Private International Law (n 160) 23.

166 Avustralya, Yeni Zelanda ve Birleşik Krallık içtihatları ve hatta Birleşik Krallık Sınır İdaresi (UK Border Agency) tarafından hazırlanan kılavuzlar da bu durumu açıkça ortaya koymaktadır. İrlanda Adalet Bakanlığı tarafından yayınlanan yeni kılavuzlarda çocuğun yasal anne-babası kimdir sorusuna, İrlanda otoritelerinin İrlanda Hukuku’nu uygulayarak karar vermeleri gerektiği cevabı verilmiştir, [http://www.inis.gov.ie/en/JELR/Pages/PR\\_12000035](http://www.inis.gov.ie/en/JELR/Pages/PR_12000035), Erişim Tarihi 11 September 2019.

167 Böyle bir durumda İsrail İçişleri Bakanlığı ayrıca DNA testinin yapılmasını ve çocuk ile başvuran çift arasında genetik bağın var olmasını aramaktadır. Ancak bu durum İsrail Yüksek Adalet Mahkemesi nezdinde görülen bir davada değiştirilmiştir. Ancak mahkeme 2014 yılında İsrail İçişleri Bakanlığı lehine karar vermiştir. (High Court of Justice H.C.J 566/11 D.M.-M. et al. v. The Ministry of the Interior), <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:yGZR5xPRhUJ:https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Children/SR/Surrogacy/Other/LegalCounselVictoria1Gelfand.docx+&cd=7&hl=en&ct=clnk&gl=tr>, Erişim Tarihi 20 September 2019.

168 Bu durum tabii ki taşıyıcı annelik yoluyla doğan çocuğun doğduğu yerden ülkesine dönebilmesine bağlı olacaktır. Bu da ancak ABD’de olduğu gibi doğduğu ülkede doğumla beraber pasaport alması veya doğduğu ülkeden kendi ülkesine dönüştürdüğü vatandaşlık başvurusunda bulunmasıyla söz konusu olabilir.

169 Bkz s 17.



Diğer devletlerde ise uygulanacak diğer metod da evlat edinme iç hukuk prosedürünün devreye sokularak taşiyıcı anneliğe başvuran çiftlere yasal anne-babalık imkânı verilmesidir<sup>170</sup>.

Çocuğun vatandaşlığı sorunu da vatandaşlık istenen ülkenin iç hukuk kurallarına göre çözüme kavuşturulacaktır. Bu nedenle de birçok ülke yukarıda bahsettiğimiz gibi yasal anne-baba sorununu önsorun olarak yine kendi iç hukuk kurallarına göre çözmek zorunda kalacaktır. Azınlıkta kalan bazı devletler ise yasal anne-babalığa değil genetik bağ olup olmamasına bakacaktır. Çocuk ile taşiyıcı anneliğe başvuran aile arasında genetik bağ kurulursa ailesi sayılacak ve soybağına bağlı olarak çocuğa vatandaşlık kazandıracaktır<sup>171</sup>. Çocuk soybağı ile vatandaşlığı kazanamaz ve kendi ülkesine giremezse bazı devletler göçmenlik kurallarını esneterek çocuğun bir şekilde ülkeye girişine izin verip kendi ülkesi içerisinde bir çözüm yolu aramaya çalışacaklardır. Bu durum göç idaresinin kendi iç hukuk kurallarına göre çözüme kavuşturabileceğine dair bir yol bulması durumunda söz konusu olacaktır<sup>172</sup>. Bu bağlamda bazı devletlerde çocuğun kendi ülkesine göçmenlik kuralları dışında girebilmeleri için taşiyıcı anneliğe başvuran çiftler çocuk için vize veya ülkeye giriş izni (entry clearance) alma hakkına sahiptir<sup>173</sup>.

## VI. Sonuç ve Öneriler

Taşiyıcı annelik konusu gerek teorik gerek pratik açıdan çok ilginç bir konu olmaya devam etmektedir. Bunun sebebi ilk olarak devletlerin taşiyıcı annelik ile ilgili düzenlemelerinin çok farklı olmasıdır. Türkiye, Fransa, İsviçre, Almanya gibi bazı devletler taşiyıcı anneliği tamamen yasaklarken ABD, Ukrayna, Rusya ve İsrail gibi bazı ülkeler ise yasal olarak kabul etmektedir. Bu yasal olarak düzenleyen ülkeleri de kendi içinde ayırmak gerekmektedir. Zira Hindistan gibi bazı ülkelerde yasal düzenleme olmamasına rağmen pratik olarak taşiyıcı anneliğin yapıldığı görülmüştür. Yasal bir düzenleme olmamasına rağmen geçmişte Kaliforniya’da olduğu gibi içtihatlar ile uygulaması bulunan sistemlere de rastlanmıştır. Birleşik Krallık, Yunanistan, İsrail, Güney Afrika, Yeni Zelanda, Avustralya gibi diğer ülkelerde ise taşiyıcı anneliğin her türünü değil de özellikle altruistik başka bir ifadeyle ticari amaç gütmeyen taşiyıcı anneliğin kabul edildiği görülmüştür. Hatta Belçika, Macaristan, Çek Cumhuriyeti, Hollanda, İrlanda, Japonya, Brezilya, Arjantin, Venezuela, Guatemala, İspanya gibi bazı ülkelerde taşiyıcı anneliğin ne yasaklandığına dair ne de izin verildiğine dair hiçbir yasal düzenleme yer almamaktadır.

170 Örneğin Yeni Zelanda’da taşiyıcı anneliğe başvuran çiftler yasal anne-baba olabilmek için evlat edinme başvurusunda bulunmaları gerekmektedir. Çocuk daha sonra soybağı ile Yeni Zelanda vatandaşlığını kazanacaktır.

171 Bazı devletlerde bu kriterlerin bir karışımı söz konusu olabilir. Bununla birlikte hem göçmenlik şartları hem daha sonraki aşamada taşiyıcı anneliğe başvuran çiftlerin yasal statülerinin belirlenmesinde birçok devlet tarafından taşiyıcı annenin rızasının olduğuna dair delil veya aile haklarından feragat talep edilebilir.

172 2012 Hague Conference on Private International Law (n 160) 24.

173 Ör: Yeni Zelanda, < [http://www.acart.health.govt.nz/moh.nsf/pagescm/22/\\$File/internationalsurrogacy-fact sheet.pdf](http://www.acart.health.govt.nz/moh.nsf/pagescm/22/$File/internationalsurrogacy-fact%20sheet.pdf) >, Erişim Tarihi 11 September 2019.

Yasal düzenlemelerin bu kadar farklı olduğu bir dünyada taşıyıcı annelik acaba uygulamada nasıl gerçekleşiyor sorusu akla gelmektedir. Zira birçok ülkede yasak olması ve konunun mahremiyet içermesi bakımından uygulama kısmı önemli ama sınırlı kalmaktadır. Sınırlı da olsa ulaşılabildiğimiz gerek anketlerle gerekse taşıyıcı annelik faaliyetinin aktörleri ile birebir yapılan saha çalışmaları bu anlamda kanaatimizce çok önemlidir. Bu saha çalışmalarıyla taşıyıcı anneliğin nedenleri, dünyada hangi ülkelerin taşıyıcı annelik için tercih edildiği, bu süreçte katılanların cinsel yönelimlerinin ve medeni hallerinin ne olduğu, bu süreçte meydana gelen sorunları ve bu sorunların hangi sebeplerle meydana geldiğini, bu sorunlara ülkesel olarak ne gibi çözüm önerileri getirildiğini de öğrenmiş bulunuyoruz. Kanaatimizce saha çalışmalarından çıkan en önemli sonuç taşıyıcı anneliğin yasaklanmış olmasının taşıyıcı anneliği durdurmadığı dolayısıyla yasaklamanın bir çözüm olmamasının net bir şekilde ortaya çıkmasıdır. Zira taşıyıcı annelik prosedürüne başvurmak isteyen çiftler taşıyıcı anneliğin yasak olduğu ülkelerden taşıyıcı anneliğe izin veren ülkelere giderek bu prosedürü başlatmaktadır. Bu durum da sınıraşan taşıyıcı annelik konusunu gündeme getirmekte ve taşıyıcı anneliği milletlerarası özel hukuk konusu olarak karşımıza çıkarmaktadır.

Elde edilen saha çalışmalarından yola çıkarak tespit edilen en önemli sorun ise taşıyıcı annelik yoluyla çocuk sahibi olunması durumunda bu çocuğun vatandaşlığının ne olacağı ve tabii ki bunun belirlenebilmesi için de taşıyıcı annelik yoluyla doğan çocuğun yasal anne ve babasının kim olacağı ve bunun nasıl sağlanacağı sorunu olmuştur. Bu sorunun çözümü bakımından uluslararası bir düzenleme olmadığından her ülke kendi açısından bir çözüm getirmeye çalışmıştır. Kara Avrupası Hukuk Sistemini benimseyen ülkeler konuya “tanıma” prosedürünü uygulayarak yaklaşırken, Anglo-Sakson ülke hukuklarında mahkemeler genelde “lex fori” prensibini uygulayarak bir çözüm bulmaya çalışmışlardır. Ancak bulunan bu çözüm önerileri de engellerle karşılaşmıştır. Zira taşıyıcı annelik düzenlemesinin kabul edilmediği veya yurt dışında yapıldığı şekliyle kabul edilmediği bir ülkede tanıma talebinde bulunmak kamu düzeni engeliyle karşılaşmıştır. Bu engelin kaldırılması bakımından da mahkemeler geçici olarak evlatlık prosedürünün uygulanması veya taşıyıcı annelik yoluyla yapılan doğum sonrası elde edilen doğum belgesinin baba tarafından soybağı kurup anne tarafından kurulmaması gibi çözümlere ulaşılmıştır. Ancak taşıyıcı annelik konusuna evlatlık prosedürünü uygulamak konusunda hakimler içinde buldukları zor durumun sona ermesini ve bu konuda reform yapılması gerektiğini de dile getirmişlerdir<sup>174</sup>.

Bu nedenle taşıyıcı anneliği yasaklamak yerine üremeye elverişli olan hücrelere sahip olan ancak taşıyamayan veya doğum yapması sağlık açısından mümkün olmayan kadınları annelikten mahrum bırakmamak için kocasının üreme hücreleri kullanılarak taşıyıcı annelik uygulamasına izin verilmelidir. Taşıyıcı annelikle ilgili kadın ve çocuk haklarını koruyan önlemleri de ayrıntılı bir şekilde düzenleyerek bireylerin üreme

174 2012 Hague Conference on Private International Law, (n 160) 24.

hakkını kullanması sağlanmalıdır. Bu durum aile müessesesine zarar vermeyeceği gibi tam tersine gizli yollarla yapılmaya çalışılan alternatif yolların önüne geçerek aile birliğinin bozulmamasına katkı dahi sağlayacaktır. Bunu yaparken AİHM içtihatlarında görüldüğü gibi çocuğun menfaatlerini üstün tutan yasal bir düzenlemenin getirilmesi veya en azından milli düzeyde böyle bir düzenleme yapılmasa dahi uluslararası anlamda Lahey Konferansı Daimi Bürosu tarafından hazırlanacak olan uluslararası anlaşmaya taraf olarak kontrolsüz ve kanuna aykırı bir şekilde gerçekleştirilen taşiyıcı annelik uygulamalarının sakıncalı sonuçlar doğurması engellenebilir.

**Hakem Değerlendirmesi:** Dış bağımsız.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

**Finansal Destek:** Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.

**Conflict of Interest:** The author has no conflict of interest to declare.

**Grant Support:** The author declared that this study has received no financial support.

## Bibliyografya/Bibliography

<<https://britishsurrogacycentre.com/>>, Erişim Tarihi 28 August 2019.

<<https://hopesurrogacysupportservice.co.uk/>>, Erişim Tarihi 28 August 2019.

<<https://www.brilliantbeginnings.co.uk/about>>, Erişim Tarihi 28 August 2019.

<<https://www.loc.gov/law/foreign-news/article/brazil-new-rules-approved-for-assisted-reproduction/>>, Erişim Tarihi 21 August 2019.

<<https://www.medbox.org/india/national-guidelines-for-accreditation-supervision-and-regulation-of-art-clinics-in-india/preview?q=>>, Erişim Tarihi 01 September 2019.

Abdul-Kareem M and Killian A (eds), Assisted Reproductive Technologies, 2010(11) Georgetown Journal of Gender and the Law, 411.

Ahsen Türkmen S., ‘Milletlerarası Özel Hukukta Taşiyıcı Annelik’, in Günseli Öztekin Gelgel and Faruk Kerem Giray (eds), *Milletlerarası Aile ve Çocuk Hukukuna İlişkin Seçilmiş Makaleler* (Beta 2017) 142 vd.

Akıncı Ziya and Demir Gökyayla Cemile, Milletlerarası Aile Hukuku (Vedat 2010) 122.

Baygın Cem, ‘Kan Bağına Dayanan Soybağı’, *Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2002 (6) 258.

Baygın Cem, *Soybağı Hukuku* (On İki Levha 2010) 15 vd.

Beaumont Paul and Trimmings Katarina, ‘Working Paper No 2016/4: Recent jurisprudence of the European Court of Human Rights in the area of cross-border surrogacy: is there still a need for global regulation of surrogacy?’ 1, 1-5 (University of Aberdeen Working Papers) <[https://www.abdn.ac.uk/law/documents/CPIL\\_2016-4.pdf](https://www.abdn.ac.uk/law/documents/CPIL_2016-4.pdf)>, Erişim Tarihi 19 September 2019.

Ben-Nun Liubov, *Surrogate Motherhood Hagar and Sarah* (B.N. Publications 2014) 74 vd.

Beşir Acabay Mehmet, *Soybağı* (Güncel 2002) 221-222.

Browne-Barbour Vanessa, ‘Bartering for Babies: Are Preconceptions Agreements in the Best interest of Children?’ 2004 (26), *Whittier Law Review* 429, 436.

- Bychkov Gree Sonia, 'Interstate Intercourse, How Modern Assisted Reproductive Technologies Challenge the Traditional Realm of Conflicts of Law', (2009) (24) Wisconsin Journal of Law, Gender and Society, 25, 25-115; Çelikel Aysel and Erdem Bahadır, *Milletlerarası Özel Hukuk* (15th edn Beta 2017) 257 vd.
- Doğan İzzet, *Öğretide ve Uygulamada Milletlerarası Aile Hukuku ve Milletlerarası Usul Hukuku* (Seçkin 2010) 77.
- Ekşi Nuray, 'Mahkeme Kararlarında Sınıraşan Taşıyıcı Anneliğe İlişkin Hukuki Sorunlar' (2016) 36(2) *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* (MHB) 1, 27-28.
- Erdem Bahadır, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (7th edn, Beta 2019).
- Erol Yasemin, *Yapay Döllenme Yöntemleri ve Taşıyıcı Annelik* (Yetkin 2012).
- Field Martha, 'Reproductive Technologies and Surrogacy: Legal Issues', 1991-1992 (25), *Creighton Law Review* 1589, 1595.
- 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. 37. <<https://assets.hchc.net/docs/d4ff8ecd-f747-46da-86c3-61074e9b17fe.pdf>>, Erişim Tarihi 11 September 2019.
- Hatemi Hüseyin and Kalkan Oğuztürk Burcu, *Kişiler Hukuku, Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler* (Vedat 2013).
- Kalkan Oğuztürk Burcu, *Türk Medeni Hukuku'nda Biyoetik Sorunlar* (Vedat 2011).
- Kırkbeşoğlu Nagehan, *Soybağı Alanında Biyoetik ve Hukuk Sorunları* (Vedat 2006).
- Kokiasmenos Maria and Mihalich Lori, 'Assisted Reproductive Technology' (2004) (5) *The Georgetown Journal of Gender and the Law*, 619-642.
- Lammers Roman, *Leihmutterchaft in Deutschland, Rechtfertigen die Menschenwürde und das Kindeswohl ein striktes Verbot?* (Peter Lang 2017).
- Malhotra Anil and Malhotra Ranjit, 'All Aboard the Fertility Express', <<https://docplayer.net/20135516-Malhotra-malhotra-associates-international-lawyers-all-aboard-for-the-fertility-express.html>>, Erişim Tarihi 23 July 2019.
- Martínez De Aguirre Carlos, 'Surrogate Motherhood in Spanish and Latin American Law : The law and the loophole' in Piotr Mostowik (ed), *Fundamental Legal Problems of Surrogate Motherhood Global Perspective* (IWS 2019).
- Mayer Claudia, 'Ordre public und Anerkennung der rechtlichen Elternschaft in internationalen Leihmutterchaftsfällen', (2014) 78 *Rechtszeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*.
- Metin Sevtap, 'Yöründengesinden Çıkan Tabiat: Etik, Sosyal, Psikolojik ve Hukuki Görünümleriyle Taşıyıcı Annelik', (2012) *İstanbul Barosu Dergisi (Sağlık Hukuku Makaleleri II)* 7, 47.
- Munro Julie, 'How much Does the Surrogacy Costs?' <<https://mtqua.org/2014/09/29/commercial-surrogacy-cost/#more-6592>>, Erişim Tarihi 01 September 2019.
- Nomer Haluk Nami, 'Suni Döllenme Dolayısıyla Ortaya Çıkabilecek Nesep Problemleri' in *M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan*, (Beta 2000).
- NOMER Ergin, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (26th edn, Filiz 2019).
- Özdemir Hayrünnisa, 'Yapay Döllenme ve Soybağı' (2013) Prof.Dr.Mustafa Dural'a Armağan 901.
- Özsunay Ergun, 'Yapay Döllenmeye İlişkin Hukuki Sorunlar' (2009) *Ankara Brosu Yayınları* (II. Sağlık Hukuku Kurultayı) 57, 85.

- Öztekin Gelgel Günseli, *Devletler Özel Hukukunda Çocuk Hukukundan Doğan Problemler* (Beta 2012).
- Parlak Börü Şafak, 'Aile Hukukunda Zor Bir Dönemeç' (2019) 39 (1) MHB 63, 96 vd.
- Pluym, Liesbet & Pennings Guido, 'Surrogate Motherhood in Belgium' in E. Sills (ed) *Handbook of Gestational Surrogacy: International Clinical Practice and Policy Issues* (Cambridge 2016).
- Rodziewicz Piotr, 'International surrogacy – conflict of laws and procedural issues of judicial cooperation in civil matters' in Piotr Mostowik (ed), *Fundamental Legal Problems of Surrogate Motherhood Global Perspective* (IWS 2019) 902.
- Scott Sills Eric, M. Healy Clifford, 'Building Irish Families Through Surrogacy: Medical And Judicial Issues for the Advanced Reproductive Technologies', <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2585562/>> Erişim Tarihi 21 August 2019.
- Serozan Rona, *Çocuk Hukuku* (Vedat 2005).
- Surrogacy in the UK: Further Evidence for reform Second Report of the SurrogacyUK Working Group on Surrogacy Law Reform December 2018 <<https://surrogacyuk.org/wp-content/uploads/2018/12/Surrogacy-in-the-UK-2nd-Report-20181230.pdf>>.
- Surrogacy in the UK: Myth Busting and Reform Report of Surrogacy UK Working Group on Surrogacy Law Reform November 2015 <<https://kar.kent.ac.uk/59740/1/Surrogacy%20in%20the%20UK%20Report%20FINAL.pdf>>.
- Steven H. Synder and Mary Patricia Bryn, 'The Use of Prebirth Parentage Orders on Surrogacy Proceedings', 2005(6) *Family Law Quarterly* 633, 633-634; <[https://www.researchgate.net/publication/7170329\\_The\\_use\\_of\\_prebirth\\_parentage\\_orders\\_in\\_surrogacy\\_proceedings](https://www.researchgate.net/publication/7170329_The_use_of_prebirth_parentage_orders_in_surrogacy_proceedings)>, Erişim tarihi 26 July 2019.
- Svitnev Konstantin, 'Legal Control of Surrogacy International Perspectives' in Joseph G Schenker (Ed), *Ethical Dilemmas in Assisted Reproductive Technologies* (Berlin, Walter de Gruyter GmbH & Co KG, 2011) 155.
- Şensöz Malkoç Ebru, 'Milletlerarası Özel Hukukta Boşluk: Taşyıcı Annelik', (2012-2013) 25 SD Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Dergisi 90-93.
- Şensöz Malkoç Ebru, 'Uluslararası Taşyıcı Annelik Sözleşmesinden Doğan İhtilaflara Uygulanacak Hukuk' (2005) 35 (2) MHB 13, 15-16.
- Şimşek Ayşe, 'Yapay Döllenme Tekniği Olarak Taşyıcı Annelik: Hukuki ve Biyoetik Açıdan Değerlendirilmesi' (2014) 6 *Journal of Intercultural and Religious Studies*, 27, 30 <<https://docplayer.biz.tr/2736758-Yapay-dollenme-teknigi-olarak-tasiyici-annelik-hukuki-ve-biyoetik-acidan-degerlendirilmesi.html>>, Erişim Tarihi 01 September 2019.
- Tekinalp Gülören and Uyanık Çavuşoğlu Ayfer, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları* (Vedat 2016).
- Tiryakioğlu Bilgin, *Milletlerarası Özel Hukukta Çocuklara İlişkin Kurallar* (1991, 6) Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu Başkanlığı 29.
- Torres Gloria, Shapiro Anne, K. Mackey Tim, 'A review of surrogate motherhood regulation in south American countries: pointing to a need for an international legal framework', <<https://bmcpregnancychildbirth.biomedcentral.com/articles/10.1186/s12884-019-2182-1>>, Erişim Tarihi 21 August 2019.
- Trimmings Katarina and Beaumont Paul, 'Parentage and Surrogacy in a European Perspective' in Jens M. Scherpe (ed), *European Family Law Volume 3* (Edward Elgar 2016) 237.

- Trimming Katarina and Beaumont Paul, 'General Report on Surrogacy' in Katarina Trimmings and Paul Beaumont (eds), *International Surrogacy Arrangements, Legal Regulation at the International Level*, (Hart Publishing, 2013), 439.
- Turgut Cemile, *Yapay Döllenme Taşıyıcı Annelik ve Soybağına İlişkin Hukuki Sorunlar* (XII Levha 2016).
- Uyanık Çavuşoğlu Ayfer, 'Devletler Özel Hukukunda Yapay Döllenme Sonucunda Dünya'ya Gelen Çocuk ile Ana ve Babası Arasındaki Nesep İlişkisine Uygulanacak Hukuk Sorunu', *Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi* (2006) 17-18 (Ocak-Şubat) 32.
- Uyanık Çavuşoğlu Ayfer, 'Yeni MÖHUK'a Göre Soybağı İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Sorunu' (2008) 2 *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 315, 315-322.
- Westreich Avishalom, 'Surrogacy and Egg Donation in Israel: legal arrangements, difficulties and arrangements' in Piotr Mostowik (ed), *Fundamental Legal Problems of Surrogate Motherhood Global Perspective* (IWS 2019) 269 vd.
- Zuckerman Jamie L., 'Extreme Makeover-Surrogacy Edition: Reassessing the Marriage Requirement in Gestational Surrogacy Contracts and the Right to Revoke Consent in Traditional Surrogacy Agreements', (2007-2008) 32 (3) *Nova Law Review*, 661, 665.



# Public and Private International Law Bulletin

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

## Prag Kuralları ve Milletlerarası Tahkim

### Prag Rules and International Arbitration

Ziya Akıncı\*

#### Öz

Milletlerarası tahkim yargılaması, farklı hukuk sistemlerinden ve kültürlerden gelen kişilerin buluştuğu adil, işlevsel, hızlı ve ekonomik bir yargılama olmalıdır.

Bu çalışmada milletlerarası tahkim uygulamasında tarafların ve hakemlerin yararlanabileceği kurallar olan Prag Kurallarının uygulama alanı, amacı ve kuralların içeriği, milletlerarası tahkim ve Türk hukuku açısından incelenmiştir.

Prag Kuralları özellikle tahkimin daha hızlı ve daha masrafsız bir şekilde gerçekleşmesini sağlamak için oluşturulmuştur. Prag Kurallarının oluşturulmasında bir başka önemli motivasyon, milletlerarası tahkimde belge ibrazı, çapraz sorgulama gibi en azından bazı konulardaki uygulamaların, gitgide Kıta Avrupası Hukuku uygulamalarından daha çok farklılık göstermesinden kaynaklanmaktadır. Bütün bunların sonucu olarak Prag Kuralları, uygulamacılara dilerlerse kullanabilecekleri kurallar sunmaktadır. Bu çalışmada bu kuralların uygulamacılar açısından neler getirdiği değerlendirilecektir. Ayrıca, bu çalışmada Prag Kuralları, Türk Hukuku ve tahkim uygulaması açısından da değerlendirilecektir.

#### Anahtar Kelimeler

Tahkim, Uyuşmazlık çözümü, Prag Kuralları, Belge ibrazı, Tanık

#### Abstract

International arbitration proceedings should bring together people from different jurisdictions and cultures and should be fair, efficient, fast and less costly manner.

The Prague Rules have been adopted, especially, for faster and less costly arbitral proceedings. Another motivation for the application of the Prague Rules arose from the increasing differences in practice as time progresses, which are very different in Civil Law practice, such as document production and cross examination. As a result, the Prague Rules have presented a set of rules that could be used by practitioners if they desire.

This article will scrutinize the novelties that these Rules bring for practitioners. Moreover, in this article, Prag Rules have also been taken into consideration from the perspective of Turkish Law and arbitration practice.

#### Keywords

Arbitration, Dispute resolution, Prague Rules, Document production, Witness

\* Sorumlu Yazar: Ziya Akıncı (Prof. Dr.), Galatasaray, Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye.  
E-posta: zakinci@gsu.edu.tr ORCID: 0000-0002-4932-6146

Atf: Akıncı A, "Prag Kuralları ve Milletlerarası Tahkim" (2020) 40(1) PPIL 481. <https://doi.org/10.26650/ppil.2020.40.1.0005>



### **Extended Summary**

International arbitration proceedings bring together people from different jurisdictions and cultures. Ideally, and as desired by the parties, such proceedings are conducted in a fair, efficient, fast, and less costly manner. Furthermore, international arbitration also aims to fulfil the common and reasonable expectations of all parties.

To fulfil these expectations, the rules of arbitral institutions, arbitral decisions on proceedings and standard rules developed by practice carry a substantial importance. The Prague Rules, which are the subject of this Article, were drafted for parties and arbitrators to apply to their international arbitral proceedings.

In this Article, the scope, aim and content of the Prague Rules were examined from the perspective of international arbitration and Turkish Law.

The Prague Rules were adopted for faster and less costly arbitral proceedings. Another motivation for the application of the Prague Rules arose from the increasing differences in practice as time progresses, which are vastly different in Civil Law practice, in areas such as document production and cross examination. As a result, the Prague Rules present a set of rules that could be used by practitioners if they desire. This article scrutinises the innovations that these Rules bring for practitioners. Moreover, in this article, the Prague Rules were considered from the perspective of Turkish Law and arbitration practice

The 1999 IBA Rule on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration has played an important role for arbitration practitioners. The IBA Rules achieved important success but also attracted some criticism. For the most part, the criticism was concerned with the fact that the IBA rules turn arbitration into a common law procedure and increase the cost and duration of arbitration. In addition, some of the practices of traditional international arbitration that have become commonplace, such as lengthy witness statements, cross examinations, party appointed expert reports and document production do not exist or, at least, are not common in civil law practice. Moreover, these are the most important issues that make international arbitration more expensive and slow down the process. As a result, the concept is that if it is convenient, and if the parties wish, there should be an alternative practice of arbitration. In light of this, The Prague Rules on the Efficient Conduct of Proceedings in International Arbitration were drafted.

It should be noted that the Prague Rules do not aim to replace the IBA Rules on Taking Evidence. The Prague Rules are not only made for civil law lawyers, although civil law lawyers may find the process closer to their usual practices. Finally, the Prague Rules are not new nor are they original, but reflect the tried and tested practice of arbitration in various regions.



The Prague Rules are applicable only if the parties refer to them. In any case, the mandatory rules of *lex arbitri* must be taken into account. The parties or arbitral tribunal may modify and adopt these rules. The Prague Rules can also be applied partially by agreement.

The Prague Rules focus on cost efficiency to the extent appropriate. Consequently, arbitrators are encouraged to resolve the dispute on a documents only basis without a hearing. The Prague Rules default to a no document production process and the party who wants a document production process should explain why it is necessary for the outcome of the case. The arbitral tribunal may reject the document production request if it believes that document production is not necessary. Similarly, the Prague Rules encourage parties to call as few witnesses as possible or prove the case using only documents if possible. The Prague Rules allow and encourage the appointment of experts by the tribunal instead of party appointed experts. Given that these are practices of civil law, it is not surprising that all of these rules are closer to Turkish legal practice. Thus, the Prague Rules may be more attractive for Turkish practitioners than the traditional international arbitration practice.

The Prague Rules also support pro-active arbitrators during the arbitration practice. The arbitrators are entitled and encouraged to take a proactive role in establishing the facts of the case. The rules allow and encourage arbitrators to express their initial opinions on the relief, the facts and legal arguments as well as the burden of proof. The Rules suggest that arbitrators organize a case management conference where the parties define the facts considered to be in dispute. These approaches are rather different to Turkish arbitration and litigation practice. However, as noted above, the parties and arbitrators may modify or partially apply the Prague Rules.

The Prague Rules allow and encourage the arbitrators to assist the parties to settle. The Rules even allow any member of the arbitral tribunal to act as a mediator if the parties agree in writing. However, if the parties cannot settle the case through mediation and would like the arbitrator who acted as the mediator to continue as a member of the arbitral tribunal, then written consent must be obtained from all parties. If this consent is not given, his or her mandate as arbitrator shall be terminated.

## Prag Kuralları ve Milletlerarası Tahkim

Milletlerarası ticari uyuşmazlıkların çözümünde tahkim çok sık olarak tercih edilmektedir. Bunun en önemli sebeplerinden biri, tahkimin taraflar için nötr bir çözüm yolu olmasıdır.<sup>1</sup> Hiçbir taraf davasının diğer tarafın mahkemelerinde görünmesini tercih etmemektedir. Karşı tarafın mahkemeleri tarafsızlık, bağımsızlık ve yargılama bakımından sorunlu olmasa da, avantajı karşı tarafa vermemek için uygulamada taraflar karşı tarafın mahkemelerinin yetkili olmasına razı gelmemektedirler. Bunun dışında, hakemlerin uzman kişiler arasından seçilebilmesi, yargılamanın daha hızlı olması, tarafların yargılamanın dilini ve usule uygulanacak kuralları seçebilmeleri ve tenfiz kolaylığı gibi birçok diğer avantajdan dolayı milletlerarası ticari uygulamada tahkim yaygın bir çözüm yolu olarak kabul edilmektedir.<sup>2</sup>

Milletlerarası ticari uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesinin doğal bir sonucu, farklı hukuk sistemlerinden ve geleneklerinden gelen kişilerin aynı tahkim yargılamasında buluşmasıdır.<sup>3</sup> Uygulamada davalı ve davacı taraflar, taraf vekilleri ve hakemlerin tamamen farklı hukuk sistemlerinden gelen kişiler olması, milletlerarası tahkim uygulamasında oldukça sık rastlanılan bir durumdur. Bunun sonucu olarak milletlerarası tahkim yargılaması, farklı hukuk sistemlerinden ve kültürlerden gelen kişilerin bulunduğu bir yargılama yöntemi olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu tür bir yargılamada tüm taraflar için en ideal olanı, yargılamanın adil, işlevsel, hızlı ve ekonomik olmasıdır. Yine tarafların böyle bir yargılamada bir başka beklentisi, mümkün olduğu kadar kendilerine yabancı olmayan ve öngörülebilir kuralların uygulanmasıdır. Bütün bu beklentileri herkes açısından ve tümüyle gerçekleşmesini beklemek gerçekçi olmayabilir. Bu sebeple, milletlerarası tahkim uygulaması tüm taraflar açısından ortak ve makul beklentileri gerçekleştirmeyi hedeflemektedir.

İşte bu beklentilerin gerçekleştirilmesinde tahkim kurumlarının kuralları, hakemlerin usule ilişkin kararları ve uygulamada geliştirilen standart kurallar büyük önem taşımaktadır. Bu çalışmanın konusunu oluşturan Prag Kuralları da, milletlerarası tahkim uygulamasında tarafların ve hakemlerin yararlanabileceği kurallar olarak hazırlanmıştır.

## Prag Kuralları Nedir?

Yukarıda belirtildiği üzere milletlerarası tahkim günümüzde milletlerarası ticari uyuşmazlıklar açısından mutad çözüm yolu olarak kabul edilmektedir.<sup>4</sup> Uluslararası

1 Mahmut Bırsel, 'Milletlerarası Ticari Tahkim ve Türkiye' (1980) 1(1) Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 97, 100; Cemal Şanlı, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk*, (Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü 1986) 321.

2 Ziya Akıncı, *Milletlerarası Tahkim* (4th edn, Vedat Kitapçılık 2016) 7; Ziya Akıncı, 'Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları' (1996) XVIII(4) 93, 95-101; Gary Born, *International Arbitration: Cases and Materials*, (2nd edn, Kluwer Law International 2015) 110-114.

3 Joshua D H Karton, *The Culture of International Arbitration and Evolution of Contract Law* (1st edn, Oxford University Press) 23.

4 Cemal Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, (6th edn, Beta 2016) 291; Akıncı (n 2) 4.

Barolar Birliği (IBA) yukarıda açıklandığı üzere, farklı ülkelerden tahkime dahil olan tarafların beklentilerini karşılamak üzere kurallar hazırlamıştır. Uluslararası Barolar Birliği, milletlerarası tahkimde belge ibrazı ile ilgili olarak 1999 yılında “Milletlerarası Ticari Tahkimde Delillerin İkamesi Hakkında Uluslararası Barolar Birliği Kuralları”nı kabul etmiştir.<sup>5</sup> Söz konusu kurallar, 2010 tarihinde gözden geçirilerek bugünkü haline gelmiştir.<sup>6</sup> Ancak tahkimin bazı hukuk sistemlerinde bulunmayan ve milletlerarası tahkim uygulamasında yaygın olarak kullanılan bazı yöntemleri, tahkimi daha pahalı, daha yavaş ve çok ayrıntılı kurallara tabi olan bir yargılama haline getirdiği söylenerek eleştirilmiştir.<sup>7</sup> Örneğin ticari davalar bakımından Türk hukukunda da prensip olarak uygulanmayan yazılı tanık ifadeleri, çapraz sorgulama, taraf uzman raporları veya belge ibrazı gibi uygulamalar her dava için uygun olmayabilir. Bu sebeple bu tür davalar için farklı kurallar hazırlanması gereksinimi doğurmuştur. İşte bu gereksinimin bir sonucu olarak Prag Kuralları (*The Prague Rules on the Efficient Conduct of Proceedings in International Arbitration*) hazırlanmıştır.

Prag Kurallarında özellikle yargılamanın daha işlevsel olmasını sağlamak amacıyla delillerin ibrazı, dava yönetimi teknikleri ve uzlaşma ile ilgili hükümlere yer verilmiştir.<sup>8</sup> Bilindiği üzere, tahkim usulüne uygulanacak hukukun emredici kurallarına ve tarafların anlaşmalarına aykırı olmamak koşuluyla, tahkim yargılamasında uygulanacak usul serbestçe belirlenebilir.<sup>9</sup> Uygulamada hakemler ilk ara kararlarında tarafların da görüşünü alarak usule uygulanacak kuralları belirlemektedir (*Procedural Order 1*). İşte hakemler ve taraflar ilk ara kararda uygulanacak kuralları belirlerken Prag Kurallarına atıf yapabilirler. Taraflar isterlerse Prag Kuralları’nın kısmen uygulanmasını da kararlaştırabilirler. Buna karşılık Prag Kuralları’na tahkim şartında atıf yapılması durumunun farklı hukuki sonuçları olacaktır. Böyle bir durumda Prag Kuralları’nın uygulanması için hakemlerin veya tarafların onayı gerekli olmayacaktır<sup>10</sup>.

### Prag Kuralları Ne Değildir?

Prag Kurallarının ne olduğunun belirlenmesi kadar, Prag Kurallarının ne olmadığının belirlenmesi de önem taşımaktadır. Öncelikle Prag Kuralları, Uluslararası Barolar Birliği’nin yine aynı şekilde tahkim usulünde kullanılmak üzere düzenlemiş olduğu

5 Ayrıntılı bilgi için bkz. The 1999 IBA Rule on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration

6 Ayrıntılı bilgi için bkz. . Commentary on the revised text of the 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration”, [www.ibanet.org](http://www.ibanet.org).

7 Draft Prague Rules, Working Group Note

8 Prague Kuralları (Rules on the Efficient Conduct of Proceedings in International Arbitration) madde 3-7

9 Akıncı (n 2) 167; Gary Born, *International Commercial Arbitration*, (2nd edn, Kluwer Law International 2014) 1615-1616; Pierre Mayer, “Comparative Analysis of Power of Arbitrators to Determine Procedures in Civil and Common Law Systems”, in Albert Jan Van Den Berg (eds), *Planning Efficient Arbitration Proceedings: the Law Applicable in International Arbitration* (Kluwer Law International 1996) 26.

10 Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, Prag Kurallarına tahkim şartında atıf yapılmışsa, tahkim yargılamasının söz konusu kurallara aykırı olması, artık tahkim şartına aykırılık anlamına gelebilecektir. Bu sebeple, tahkim şartında bu tür kurallara yer verilmesi, tarafların murad ettiğiinden daha ağır sonuçlar doğurabilir.

kuralların yerine geçen bir düzenleme değildir.<sup>11</sup> Hatta istenirse her iki düzenlemenin de birlikte kullanılması dahi mümkündür.<sup>12</sup> Sonuçta bu kurallar hakemler veya tarafların tercih etmesi durumunda, kısmen veya tamamen kullanılan kurallardır. Bu sebeple bu kurallardan birinin diğerini yürürlükten kaldırması gibi bir durum söz konusu değildir.

Prag Kuralları ile ilgili ikinci önyargı Prag Kurallarının yalnızca Kıta Avrupası hukukunun uygulandığı tahkimler için kullanılacağı algısıdır. Yukarıda belirtildiği gibi, bu tür düzenlemeler farklı hukuk sistemlerine ait tarafların buluşacağı ortak noktayı düzenlemek için yapılmaktadır. Bu sebeple, Prag Kurallarının sadece Kıta Avrupası hukukuna tabi olan hukukçular için yapıldığını söylemek tam olarak doğru olmayacaktır. Bununla beraber, uygulamada Kıta Avrupa'sına tabi hukukçuların Prag Kurallarına daha yakın olduğunu söylemek mümkündür.

Prag Kuralları yeni bir düzenleme olmakla birlikte, uygulamacılara yabancı olan veya yeni keşfedilmiş kurallar değildir. Söz konusu kurallar zaten milletlerarası tahkim uygulamasının içinden gelen ve tahkim uygulamasıyla birlikte gelişen kurallardır. Bu sebeple Prag Kurallarını mevcut tahkim uygulamasından tamamen farklı bir uygulama olarak algılamak gerekir.

### **Prag Kuralları Ne Zaman Uygulanır?**

Milletlerarası tahkim uygulamasında uyuşmazlığı çözecek hakem veya hakem heyeti belirlendikten sonra, hakem veya hakem heyeti, yargılama sürecinde uygulanacak kurallar ile ilgili detaylı bir ara karar verir. Böylece taraflar ve hakemler yargılamanın başlangıcından sonuna kadar devam edecek süreçle ilgili birçok konuya açıklık getirerek herkes için en öngörülebilir, işlevsel ve adil kuralları oluşturur. Hakemler veya taraflardan herhangi biri, bu usulü kuralları belirlerken Prag Kuralları'nın uygulanmasını önerebilir. Tarafların Prag Kuralları'nın uygulanması konusunda anlaşmaları üzerine, artık Prag Kuralları söz konusu uyuşmazlıkta uygulama alanı bulacaktır.<sup>13</sup> Taraflar veya hakemler isterlerse Prag Kuralları'nın bazı maddelerinin uygulanmamasını da kararlaştırabilirler. Başka bir deyişle Prag Kuralları'nın kısmen de uygulanması mümkündür.<sup>14</sup>

Prag Kurallarının uygulanması tahkim şartında da kararlaştırılabilir. Prag Kuralları'na tahkim şartında atıf yapılması durumunda artık Prag Kuralları tahkim şartının bir parçası olacaktır. Bu sebeple, hakemlerin ve tarafların Prag Kuralları'nın uygulanmasına itiraz etmesi söz konusu olmayacaktır. Başka bir deyişle tıpkı tahkim şartındaki diğer hususlar gibi, ancak her iki tarafın da mutabık kalması durumunda

11 Ayrıntılı bilgi için bkz. Duarte Henriques, 'The Prague Rules: Competitor, Alternative or Addition to the IBA Rules on the Taking Evidence in International Arbitration?', 2018 36(2), 351-363.

12 Ayrıntılı bilgi için bkz. *Ibid*, 351-363.

13 Gonzalo Stampa, 'The Prague Rules' 2019, 35(2) Arbitration International 221, 226.

14 *Ibid* 227.

Prag Kuralları'nın uygulanmasından kısmen veya tamamen vazgeçilebilir. Bu sebeple, Prag Kuralları'na tahkim şartında yer verilmesi durumunda, tarafların ancak karşı tarafın onayı olursa Prag Kuralları'na aykırı hükümler benimsetebileceğinin bilincinde olması gerekir. Zira tahkim şartında Prag Kuralları'na atfı yapılması durumunda artık tüm taraflar onay vermedikçe hakemin farklı bir usul öngörmesi prensip olarak söz konusu olmayacaktır.

Prag Kuralları'nın uygulamasında esas olan tarafların anlaşmasıdır.<sup>15</sup> Tarafların anlaşması ve hakem veya hakem heyetinin kabulü üzerine Prag Kuralları uyuşmazlığa uygulanacaktır. Taraflardan birinin Prag Kuralları'nın uygulanmasına itiraz etmesi durumunda, prensip olarak Prag Kuralları'nın uygulanması mümkün değildir. Bununla beraber, hakem veya hakem heyetinin gerekli gördüğü konularda Prag Kuralları'ndan yararlanması mümkündür.

Hakemin ve tarafların kararlaştırılacağı diğer kurallar gibi Prag Kuralları'nın da tahkim usulüne uygulanacak hukukun (*lex arbitri*) emredici kurallarına aykırı olmaması gerekir. Taraflar aksini kararlaştırmamışsa tahkim usulüne tahkim yeri hukuku uygulanacaktır.<sup>16</sup> Bu sebeple tahkim yeri hukukunun tahkim kanununun emredici kurallarının dikkate alınması gerektir.<sup>17</sup> Prag Kuralları'nın tahkim yeri ülkesinin hukukunun emredici kurallarına aykırı olması durumunda, aykırı olan kurallar uygulanmayacaktır.

Prag Kuralları'nın amacı tahkim yargılamasının herkes açısından işlevsel ve adil olmasını sağlamaktır.<sup>18</sup> Bu sebeple Prag Kuralları uygulanırken her halükârda taraflara eşit davranma ve dinlenme haklarının zarar görmemesine ilişkin temel prensibe uygun davranılması gerekir.

### A. Belge İbrazı

Milletlerarası tahkim uygulamasında belge ibrazı yaygın bir şekilde kullanılan bir yöntemdir. Belge ibrazı en basit ifadeyle, karşı tarafın elindeki belgelerin sunulmasının istenmesidir.<sup>19</sup> Belge ibrazı (*document production*) olarak ifade edilen bu yöntemde, ispat yükünü taşıyan taraf, iddiasını ispat etmek için gerekli olan belgelerin diğer tarafın elinde olduğunu biliyorsa, davayı aydınlatacak olan bu belgelerin sunulmasını talep edebilir.<sup>20</sup> Diğer tarafın bu belgeleri gönüllü olarak sunmaması durumunda,

15 E Gaillard and J Savage, *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, (Kluwer Law International 1999) § 11, 44, 45.

16 Akıncı (n 2) 165-169; Şanlı (n 4) 300; Born (n 9) 1530-1531; George A. Bermann, 'The Lex Arbitri and the Arbitral Seat' 2017, *International Arbitration and Private International Law*, 216-223.

17 Akıncı (n 2) 167; Born (n 9) 1583-1592; Bermann (n 17) 204.

18 Stampa, (n 13) 223; Draft Prague Rules, Working Group Note.

19 Akıncı (n 2) 226.

20 Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Cemile Demir Gökyayla, *Milletlerarası Tahkimde Belge İbrazı*, (Vedat 2014) 15 vd.

hakemlerden söz konusu belgelerin talep eden tarafa sunulması hakkında ara karar vermesi talep edilebilir<sup>21</sup>.

Milletlerarası tahkim uygulamasında belge ibrazı çok önemli ve faydalı bir uygulama olmakla birlikte, uygulamada çok sayıda belge talep edilmesi, belge taleplerine yapılan itirazlar ve hakemlerin bu itirazları karara bağlama süreci tahkim süresini ve tahkimin maliyetini önemli ölçüde arttıran bir etken durumuna gelmiştir. Daha da önemlisi her uyuşmazlık için belge ibrazının yararlı ve gerekli olmadığı da bir gerçektir. Nitekim belge ibrazı uygulaması Kıta Avrupa'sında çok daha kısıtlı bir uygulama alanı bulmaktadır. Bunun sonucu olarak Prag Kuralları milletlerarası tahkim uygulaması açısından belge ibrazı ile ilgili daha farklı bir yaklaşım getirmiştir. Buna göre Prag Kuralları eğer gerekli ve yararlı değilse öncelikle belge ibrazı prosedüründen vazgeçilmesini önermektedir.<sup>22</sup> Böylece tarafların belge ibrazı talepleri, bu taleplere itiraz, itiraza cevap ve hakemlerin istenen belgeler hakkında karar vermesi gibi yoğun bir emek ve zaman gerektiren prosedürden tasarruf etmek mümkün olacaktır.

Prag Kuralları uyarınca taraflardan biri belge ibrazı prosedürünün uygulanmasını istiyorsa öncelikle neden belge ibrazına gereksinim duyulduğu konusunda açıklama yapması gerekmektedir. Her hâlükârda belge ibrazı yolu ile karşı talepten belge talep edilebilmesi için talep edilen belgelerin uyuşmazlık hakkında verilecek karar açısından ilgili ve önemli olması gerekmektedir. Ayrıca söz konusu belgelerin belge ibrazı yoluyla istenebilmesi için diğer tarafta olması gerekmektedir. Yine söz konusu belgelerin herkesin erişimine açık belgelerden olmaması gerekmektedir.

Belge ibrazının ne zaman talep edileceği tarafların anlaşması veya hakem kararı ile belirlenecektir.<sup>23</sup> Belge ibrazından azami faydayı sağlayabilmek için, tarafların, birbirlerinin iddia ve savunmaları hakkında bilgi sahibi olmaları ve hakemlerin ibrazı istenen belgenin davanın sonucuna etkili olup olmadığı konusunda karar verebilecek durumda olmaları gerekir. Uygulamada genellikle, ilk dilekçe teatisinin (dava ve cevap dilekçeleri) tamamlanmasından sonra veya dilekçe teatisi tamamlandıktan sonra (replik ve düplik dilekçesinden sonra) belge ibrazı yapılmasına karar verilmektedir.<sup>24</sup> Prag Kuralları belgelerin yargılamanın ileri aşamasında istenmesine istisnai durumlar hariç olmak üzere, prensip olarak izin verilmemesi gerektiğini belirtmektedir.

Hakemler tarafından ibrazı emredilen belge ibraz edilmezse, hakemler, ispat yükünü taşıyan tarafın iddiasının doğru olduğu sonucuna varabilir.<sup>25</sup> Prag Kurallarının belge

21 Özellikle ABD, İngiltere ve diğer müşterek hukuk sistemlerindeki ülkelerin milli hukuk sistemlerinde kullanılan "discovery" ya da "disclosure" usulü, milletlerarası tahkimde uygulama alanı bulmamaktadır. Bu yöntemlerde taraflar kendilerinde bulunan davayla ilgili her türlü bilgi veya belgeyi karşı tarafa vermek veya incelemesine açmak durumundadır.

22 Prag Kuralları, madde 4.3 vd.

23 Akıncı (n 2) 227.

24 Ibid 227

25 Ayrıntılı bilgi için bkz. Vera Van Houtte, 'Adverse Inferences in International Arbitration' in Teresa Giovanni and Alexis Moure (eds) Institute Dossier VI, Written Evidence and Discovery in International Arbitration (Kluwer Law International 2009) 195-320.

ibrazı ile ilgili hükümlerinde Milletlerarası Tahkim Kanunu'na aykırılık yoktur. Esasında Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda bu konuda bir açıklık bulunmamaktadır. Ancak gerek Medeni Kanun'un 2. maddesinde düzenlenen dürüstlük kuralı, gerekse, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 29. maddesindeki tarafların dürüstlük kuralına uygun davranma zorunluluğu ve davanın dayanağı olan vakialara ilişkin açıklamalarını gerçeğe uygun bir biçimde yapma yükümlülüğü böyle bir sonucun Türk Hukuku'na yabancı olmayacağını göstermektedir.<sup>26</sup>

## B. Tanıklar

Milletlerarası tahkim uygulamasında tanık delili çok yaygın ve yoğun bir şekilde kullanılan bir delil türüdür. Taraflar dilekçeleri ile birlikte, yazılı tanık ifadelerini hakem heyetine sunarlar ve duruşmada tanıklar karşı tarafın avukatları ve tanıkları tarafından sorgulanarak, hakemlerin vakialar hakkında tanıklardan bilgi edinmesi sağlanır. Türk hukukunda olduğu gibi Kıta Avrupası sistemi benimseyen ülkelerde ticari davalarda tanık deliline oldukça az dayanılmaktadır. Milletlerarası tahkimde yoğun bir şekilde tanık dinlenilmesi, hakemlerin vakialar hakkında birinci elden bilgi sahibi olmasına imkân vermekle birlikte, tahkim süresinin masrafların artmasına sebep olabilmektedir. Bu sebeple Prag Kuralları, tanık dinlenilmesi ve tanık sayısına dikkatli yaklaşılması gerektiğine dikkat çekmiştir.<sup>27</sup> Buna göre öncelikle taraflardan biri tanık dinletmek istiyorsa, hangi tanıkları, hangi vakıyı kanıtlamak için dinletmek istediğini ve tanıkların hakem kararı açısından nasıl bir katkıda bulunacaklarını belirtmesi gerekmektedir. Bunun üzerine hakem heyeti hangi tanıkların dinleneceğine, aynı konuda birden fazla tanık gösterilmesinin ve yazılı tanık ifadesinin gerekli olup olmayacağına karar verecektir. Bundan başka, hakem heyeti tanıkların dinlenme sırasına, tanıklar için ayrılacak süreye veya gerekli görürse tanıkların aynı anda sorgulanmasına (*witness conferance*) karar verebilir.

## C. Bilirkişi

Milletlerarası tahkimde bilirkişi uygulaması ile yerel mahkemelerimizdeki bilirkişi uygulaması arasındaki en önemli fark, bilirkişi seçim yönteminde ortaya çıkmaktadır. Bilindiği üzere, mahkemelerimizdeki uygulamada, taraflar arasındaki dilekçe değişimi tamamlandıktan sonra, mahkeme yaygın olarak uyuşmazlığın çözümünde kendisine yardımcı olması için bir bilirkişi veya bilirkişi heyeti tayin etmektedir.<sup>28</sup> Milletlerarası tahkim uygulamasında teknik, hukuki ve diğer konularda hem davacının hem de davalının dosyaya uzman görüşü sunma hakkı bulunmaktadır.<sup>29</sup> Uygulama dikkate alındığında, hakemlerin bilirkişi atamasına neredeyse hiç rastlanılmamakta ve taraflar kendileri uzman görüşü sunmaktadırlar.

26 Demir Gökyayla (n 20) 221 vd.

27 Prag Kuralları madde 5

28 Hakan Pekcanitez, *Medeni Usul Hukuku* (15th edn, On İki Levha 2017) 1911-1945.

29 Akıncı (n 2) 220-224.

Milletlerarası tahkimde uzman görüşü sunan kişilerin raporunun doğruluğunu ve tarafsızlığını denetleyecek en önemli mekanizma çapraz sorgu mekanizmasıdır. Zira kendi uzmanlıkları ile ilgili dosyaya rapor sunan kişiler, duruşmaya katılmak ve konu ile ilgili soruları cevaplamak zorundadırlar. Buna göre, taraflardan birinin isteği üzerine uzman görüşü hazırlayan kişi, duruşmaya katılarak uzman görüşü ile ilgili olarak karşı tarafın ve hakemin soracağı soruları cevaplamakla yükümlüdür. Dosyaya uzman görüşü sunan kişinin haklı bir sebep olmaksızın duruşmaya katılmayı reddetmesi durumunda, hakemler söz konusu uzman görüşünün dikkate alınmaması da dâhil olmak üzere, uygulayacakları yaptırımı belirleyebilirler.

Tarafların uzman görüşü sunmaları ve görüş sunan uzmanların duruşmada çapraz sorguya tabi tutulması, yargılama masraflarının ve süresinin artmasına sebep olabilir. Bu sebeple Prag Kuralları hakem heyetine bilirkişi atama yetkisi tanımaktadır.<sup>30</sup> Hakem Heyeti kimin bilirkişi atanacağı konusunda tarafların görüşünü alabilir. Tarafların veya hakemin talebi üzerine bilirkişi duruşmaya gelerek hakem ve tarafların sorularına cevap verebilir.

#### D. Hakem Heyeti

Prag Kurallarının en önemli özelliklerinden bir tanesi, hakemlerin tahkim yargılamasında daha etkili rol almasını önermesidir. Milletlerarası tahkim uygulaması dikkate alındığında, bazı hakem heyetlerinin mümkün olduğu kadar tarafların etkin rol oynamasını teşvik ettiği ve hakemlerin karar aşamasına kadar gözlem ve inceleme ile yetindikleri görülmektedir. Prag Kuralları ise hakemlerin yargılamanın başından itibaren daha etkin rol oynamasını önermektedir.<sup>31</sup> Böylece hakemler tarafların iddia ve savunmaları hakkında gerekli gördükleri bilgileri daha iyi ve açık olarak elde edebilecekleri gibi, taraflar da hakemlerin uyuşmazlığa yaklaşımları ve uyuşmazlığı çözmek için ağırlıklı olarak ihtiyaç duydukları konular hakkında bilgi sahibi olacaktır. Bu yaklaşımı destekleyenlere göre taraflar ve hakemler birbirlerini daha iyi anlayacak ve böylece yargılama sürecinin daha işlevsel geçmesi sağlanacaktır. Buna göre hakemler tarafların dilekçelerini inceledikten sonra uyuşmazlıkla ilgili vakıalar ve hukuki argümanlar hakkındaki ilk görüşlerini ifade etmeli, taraflar arasında ihtilafı olmayan vakıaları belirlemeli, tarafların sonuç ve istemlerini mümkün olduğunca açık hale getirmeli, taraflar arasında uyuşmazlık konusu olan hususları belirlemeli, ispat yükü hakkında görüşlerini bildirmeli ve delillerin hakemlerin verecekleri karar açısından ilgisi ve ağırlığı konusunda taraflara bilgi vermelidir.

Görüldüğü gibi Prag Kuralları hakemler ve taraflar arasında uyuşmazlıkla ilgili iddia ve savunmalar, deliller ve ispat yükü açısından karardan önce bir bilgi alışverişi olmasını öngörmektedir. Ancak, Türk hukuku ve yargılama gelenekleri açısından

30 Prag Kuralları madde 6

31 Prag Kuralları madde 2



böyle bir uygulamanın yerinde olup olmadığı tartışılabilir. Örneğin taraf dilekçelerinin tümü sunulmadan ve duruşma yapılmadan hakemlerin vakıalar ve hukuki argümanlar hakkında ilk görüşlerini ifade etmeleri ihsası rey olması sebebiyle hakemlerin bağımsızlığı açısından sorun yaratabilecektir. Her iki tarafın bu konuda rızasının bulunduğu durumlarda bile, tarafların iddia ve savunmaları tamamlanmadan ve duruşma yapmadan hakemlerin ilk görüşlerini bildirilmeleri, yargılamanın geri kalan bölümünün sağlıklı yürütülmesine engel olabilecektir. Zira hakemlerin bağımsızlığı prensibi, âdil bir yargılamanın gerçekleşmesi ile yakından ilgili temel bir prensiptir<sup>32</sup>. Hakemlerin bağımsızlığını ve tarafsızlığını sağlanmasında ilk yükümlülük, bizzat hakemler için öngörülmüştür<sup>33</sup>.

### E. Hakemin Hukuku Uygulaması (*Jura Novit Cura*)

Uyuşmazlığı çözümlenecek hakemler tarafların iddia ve savunmalar ile sunulan delilleri değerlendirerek karar vereceklerdir. Uyuşmazlığın mahkemelerde çözümlenmesi durumunda, hâkimin hukuku kendiliğinden uygulama yetkisi vardır. Bununla beraber milletlerarası tahkim uygulamasında, hâkimin hukuku kendiliğinden uygulama prensibine daha ihtiyatlı yaklaşılmaktadır.<sup>34</sup> Uyuşmazlığın çözümünde hakemlerin dayanacakları hukuki gerekçeleri taraflar ileri sürmese dahi, hakemler hukuku kendiliğinden uygulayarak tarafların ileri sürmedikleri hukuki gerekçelere dayanarak karar verebilir mi?<sup>35</sup> Milletlerarası ticari tahkim uygulamasında hakemler tarafların ileri sürmedikleri hukuki argümanlar hakkında iki önemli çekinceye sahiptirler. Birincisi, yargılama boyunca tarafların fikir beyan etme fırsatı bulamadığı argümanları, kararlarında ilk kez belirtmeleri durumunda, taraflar söz konusu hukuki konu hakkında beyanda bulunma imkânı bulamayacaklardır. Bu sebeple bu durumum ‘sürpriz karar yasağı’ olarak adlandırılmakta ve hatta sürpriz karar yasağına aynı olarak verilen hakem kararlarının iptali söz konusu olmaktadır.<sup>36</sup> İkinci olarak, hakemlerin taraflarca ileri sürülmemeyen bir hukuki argümana dayanarak karar vermesi taraflara eşit davranma prensibine de aykırılık oluşturabilir. Zira, söz konusu hukuki argüman muhtemelen bir tarafın lehine diğer tarafın aleyhine sonuçlar doğuracağı için, hakemler pratik olarak bir tarafa yardım etmiş olacaklardır. Bu sebeple, milletlerarası tahkim uygulamasında hakemlerin kendiliğinden hukuku uygulamalarına daima çok dikkatli yaklaşılmaktadır.

32 Geniş bilgi için bkz. Didem Kayalı, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı*, (Seçkin 2015); Süheyla Balkar Bozkurt, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Bağımsızlık Yükümlülüğü*, (On İki Levha 2016)

33 Hakemlerin tarafsızlığı ve bağımsızlığı tarafların ortak beklentisidir. Bkz.: J. Martin Hunter, *Ethics of the International Arbitrator*, Swiss Arbitration Association Bulletin, No 4, (Zurich 1986) s. 222; Süheyla Balkar Bozkurt, (n 32) 81

34 G Kaufmann-Kohler, ‘The Arbitrator and the Law: Does He/She Know It? Apply It? How? And a Few More Questions’ 2005, 21(4) *Arbitration International* 631, 635; William Park, ‘Arbitrators and Accuracy’ 2010 1(1) 25, 42-44.

35 Ayrıntılı bilgi için bkz. Hege Elizabeth Kjos, ‘The Role of Arbitrators and the Parties in Ascertainning the Applicability and Content of National and International Law’ in *The Interplay Between National and International Law in Investor-State Arbitration*, (Oxford University Press 2013) 157-211.

36 Örnek karar için bkz. *Urquijo v Da Silva Muniz*, İsviçre Federal Mahkemesi Kararı, No 4A 400/2008, 9 Şubat 2009.

Yukarıda belirtildiği üzere, Prag Kuralları prensip olarak hakemlerin yargılamada mümkün olduğunca etkin ve aktif olmasını istemektedir. Bu sebeple prensip olarak Prag Kuralları uyarınca hukuki argümanların, söz konusu hukuk kuralından lehine sonuçlar çıkararak tarafça yapılması gerekmektedir. Buna karşılık, tarafların hiç tartışmadığı hukuki argümanların hakemler tarafından dikkate alınması mümkündür. Böyle bir durumda, hakemler söz konusu hukuk kuralından bahsederek, tarafların bu konudaki görüşlerini alacaklardır. Böylece bir taraftan hakemler hukuku eksiksiz ve doğru bir şekilde uygulama imkanı bulurken, diğer taraftan, taraflara bu konuda beyanda bulunma imkanı vereceklerdir.<sup>37</sup>

## F. Uzlaşma

Prag Kuralları tahkim yargılaması sırasında tarafların uzlaşması olasılığını da düzenlemiştir. Tahkim yargılaması sırasında tarafların uzlaşma olasılığı ortaya çıkabilir. Taraflar kendi aralarında uzlaşma sağlayarak, tahkim yargılamasını sona erdirebilirler. Bundan başka, taraflar arşında uzlaşma olasılığının söz konusu olması üzerine taraflar bu aşamadan sonra hakemin uyuşmazlığın çözümünde “arabulucu” olarak yardımcı olmasına karar verebilirler. Böyle bir durumda artık tarafların uzlaşması için çaba gösterilecek ve uzlaşma sağlanması durumunda taraflar arasındaki uyuşmazlık sona ermiş olacaktır. Bu yöneteme hakem arabulucu (*arbitration med*) denmektedir.<sup>38</sup>

Burada ortaya çıkan ilginç bir durum, arabuluculuk görüşmelerine rağmen taraflar arasında uzlaşma sağlanamazsa uyuşmazlığa tahkimde devam edilmesi ve aynı kişinin tekrar hakem olarak görevine devam etmesi mümkün müdür? Taraflar arasında tahkim şartı olduğu için arabuluculuk yönteminde uyuşmazlık sağlanamazsa uyuşmazlık tekrar tahkimde çözümlenebilecektir. Ancak arabulucu olarak görev yapan kişinin, arabuluculuk yaptıktan sonra tekrar hakem olarak devam etmesi mümkün olabilir mi?<sup>39</sup> Prag Kuralları arabulucu olarak görev yapan bir hakemin arabuluculuktan sonra tekrar hakem olarak görev yapabilmesi için, bu konuda tarafların yazılı onayını aramaktadır. Aksi takdirde, artık bu kişiler hakem olarak görevlerine devam edemezler ve bu nedenle yeni hakemlerin seçilmesi gerekecektir.<sup>40</sup>

Prag Kurallarının bu yaklaşımı Türk Hukuku’na da uygundur. Türkiye Arabuluculuk Etik Kuralları madde 4(6) uyarınca, arabulucunun bu sıfatla görev yaptığı uyuşmazlık ile ilgili olarak açılan davada, daha sonra, avukat olarak görev üstlenemeyeceği açıkça düzenlenmiştir.<sup>41</sup> Yine aynı maddede arabulucunun ancak, taraflar açık ve

37 Prag Kuralları madde 7

38 Ayrıntılı bilgi için bkz. R Ebe, ‘Results and Observations: How a Multistep Med-Arb Produced a Fast(er) Settlement’, International Institute for Conflict Prevention and Resolution, 2011 29(4).

39 Aksi yönde görüş için bkz. Stampa (n 13) 233-234.

40 Prag Kuralları madde 9.

41 Arabuluculuk Etik Kuralları’nın 4/6. maddesi şöyledir: Arabulucu, bu sıfatla görev yaptığı uyuşmazlık ile ilgili olarak açılan davada, daha sonra, avukat olarak görev üstlenemez. Ancak, taraflar açık ve yazılı onayları ile birlikte talep ederlerse, açılan tahkim yargılamasında hakemlik yapabilir.

yazılı onayları ile birlikte talep ederlerse, açılan tahkim yargılamasında hakemlik yapabileceği belirtilmiştir. Bu sebeple, arabulucunun aynı uyuşmazlıkta hakem olarak görev yapabilmesi için her iki tarafın yazılı onayı gerekmektedir. Taraflardan birinin kabul etmemesi durumunda, arabulucunun aynı taraflar arasındaki bu uyuşmazlıkta hakem olarak görev yapması söz konusu olamayacaktır<sup>42</sup>. Başlangıçta, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununa ilişkin Yönetmeliği'nin 12(4) hükmü arabulucunun ilgili uyuşmazlığa ilişkin açılan davada hâkim, hakem ya da bilirkişi olamayacağını açıkça düzenlemiştir.<sup>43</sup> Ancak daha sonra yayımlanan yeni yönetmelikle<sup>44</sup> hükmün bu kısmı değiştirilmiş ve arabulucunun hakem olarak görev alması yasaklanmamıştır. Bu sebeple tarafların arabulucu olarak görev yapan kişinin hakem olarak atanması konusunda anlaşmaları veya itiraz etmemeleri durumunda, arabulucu olarak görev yapan kişinin sonradan hakem olarak görev yapması mümkün olabilecektir.

Arabulucu olarak görev yaptıktan sonra aynı kişinin tekrar hakem olarak görev yapması konusunda taraflar arasında bir anlaşma olmaması durumunda, hakemin görevi sona erecektir. Zira arabulucu olarak görev yapmış olan kişinin, arabulucu sürecinde duydukları beyanlar ve bilgiler, hakemin bağımsızlığı ve tarafsızlığı prensibini olumsuz etkileyebilir. Nitekim, arabulucunun, arabuluculuk faaliyeti sırasında tarafların tutumları neticesinde herhangi bir taraf hakkında olumlu ya da olumsuz kanaate sahip olması mümkündür. Prensip olarak arabuluculuk sürecinde arabulucunun hedefi tarafların uzlaşmasını sağlamaktır. Arabulucu, tarafların uzlaşmasını sağlamak için tarafların beyanlarını alabilir ve uzlaşma koşullarının sağlanması için tarafların asgari beklentilerini bütün samimiyetiyle öğrenmeye çalışabilir, taraflarla diğer tarafın yokluğunda ayrı ayrı görüşebilir ve tarafların uzlaşmamaları halinde karşılaşılabilecekleri riskleri açıklayarak tarafları uzlaşmaya ikna etmeye çalışabilir. Arabulucunun uzlaşma sağlamazsa tekrar hakem olarak görev yapma ihtimalinin olduğu durumlarda, arabulucu söz konusu faaliyetlerini yerine getirirken son derece ihtiyatlı davranmak durumunda kalacaktır. Örneğin; ileride hakem olarak vazife yapacak olan arabulucunun taraflar ile ayrı ayrı ve diğer tarafın yokluğunda görüşmesi, tarafların kabul edilebilir beklentileri hakkında sorular sorması, taraflar arasındaki uyuşmazlık hakkında herhangi bir fikir beyan etmesi, tahkim süreci ve hakem kararının geçerliliği açısından ciddi sorunlar doğurabilir.

42 Arabuluculuk Etik Kuralları madde 4/6.

43 26.01.2013 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan mülga HUAK Yönetmeliği m. 12(4): "*Arabulucu, bu sıfatla görev yaptığı uyuşmazlık ile ilgili olarak açılan davada, daha sonra, hâkimlik, hakemlik ve bilirkişilik yapamayacağı gibi avukat olarak da görev üstlenemez*".

44 02.06.2018 tarihli Resmi Gazete.

**Hakem Değerlendirmesi:** Dış bağımsız.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

**Finansal Destek:** Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.

**Conflict of Interest:** The author has no conflict of interest to declare.

**Grant Support:** The author declared that this study has received no financial support.

---

## Bibliyografya/Bibliography

- Akıncı Z, *Milletlerarası Tahkim*, (Vedat Kitapçılık 2016)
- Akıncı Z, ‘Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları’ (1996) *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 18(4) 93-109.
- Birsel M, ‘Milletlerarası Ticari Tahkim ve Türkiye’ (1980), *Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 97-100.
- Balkar Bozkurt S, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Bağımsızlık Yükümlülüğü*, (On İki Levha 2016).
- Born G, *International Arbitration: Cases and Materials*, (2nd edn, Kluwer Law International 2015.)
- Born G, *International Commercial Arbitration*, (2nd edn Kluwer Law International 2014).
- Ebe R, ‘Results and Observations: How a Multistep Med-Arb Produced a Fast(er) Settlement’, 2011 29(4) *International Institute for Conflict Prevention and Resolution*.
- Gaillard R and Savage J, Fouchard, Gaillard, *Goldman on International Commercial Arbitration*, (Kluwer Law International 1999).
- George A. Bermann, ‘The Lex Arbitri and the Arbitral Seat’ (2017) *International Arbitration and Private International Law*, 216-223.
- Gonzalo Stampa, ‘The Prague Rules’ 2019, 35(2) *Arbitration International* 221-224.
- Gökyayla Demir C, *Milletlerarası Tahkimde Belge İbrazı*, (Vedat 2014).
- Henriques D, ‘The Prague Rules: Competitor, Alternative or Addition to the IBA Rules on the Taking Evidence in International Arbitration?’, 2018 36(2), 351-363.
- Houtte VV, ‘Adverse Inferences in International Arbitration’ in Teresa Giovanni and Alexis Mourre (eds) *Institute Dossier VI, Written Evidence and Discovery in International Arbitration* (Kluwer Law International 2009) 195-320.
- Hunter JM, *Ethics of the International Arbitrator*, *Swiss Arbitration Association Bulletin*, No 4, (Zurich 1986).
- Karton JDH, *The Culture of International Arbitration and Evolution of Contract Law* (1st edn, Oxford University Press).
- Kaufmann-Kohler G, ‘The Arbitrator and the Law: Does He/She Know It? Apply It? How? And a Few More Questions’ 2005, 21(4) *Arbitration International* 631-638.
- Kayalı D, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı*, (Seçkin 2015)
- Kjos E H, “The Role of Arbitrators and the Parties in Ascertainning the Applicability and Content of National and International Law” in *The Interplay Between National and International Law in Investor-State Arbitration*, (Oxford University Press 2013).

- Mayer P, “Comparative Analysis of Power of Arbitrators to Determine Procedures in Civil and Common Law Systems”, in Albert Jan Van Den Berg (eds), *Planning Efficient Arbitration Proceedings: the Law Applicable in International Arbitration* (Kluwer Law International 1996).
- Park W, ‘Arbitrators and Accuracy’ 2010 1(1) *Journal of International Dispute Settlement* 25-53.
- Pekcanitez H, *Medeni Usul Hukuku* (15th edn, On İki Levha 2017).
- Şanlı C, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk*, (Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü 1986).
- Şanlı C, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, (6th edn, Beta 2016).





# Public and Private International Law Bulletin

Başvuru: 11.03.2020  
Revizyon Talebi: 17.04.2020  
Son Revizyon: 22.04.2020  
Kabul: 16.05.2020  
Online Yayın: 22.06.2020

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

## ICSID Hakem Kararlarında “Yol Ayrımı” (“Fork in the Road”) Kayıtları

### The Fork in the Road Clauses in ICSID Arbitral Awards

Gülüm Bayraktaroğlu Özçelik\*

#### Öz

İki taraflı yatırım anlaşmalarında sıklıkla yer verilen hükümlerden biri yatırımcıya ev sahibi devlet mahkemelerinde dava açmak veya tahkime başvurmak konusunda bağlayıcı bir seçim imkânı tanıyan “yol ayrımı” (*fork in the road*) kayıtlarıdır. Söz konusu kayıtlar yatırım anlaşmalarından doğabilecek uyuşmazlıkların çözüm yöntemleri arasındaki ilişkiyi düzenlemelerinin yanı sıra, aynı uyuşmazlığın farklı yargı mercileri önüne getirilmesinden doğacak paralel yargılama sorununa karşı da bir araç olarak görülmektedir. Uygulamada yol ayrımı kayıtlarına ilişkin temel sorun, davacının ulusal mahkemede herhangi bir dava açmış olmasının, söz konusu kayıtta düzenlenen seçimlik hakkını kullanmış olduğu anlamına gelip gelmediğidir. Çalışmada, bu sorun Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşme ile kurulan Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözümü için Uluslararası Merkez (*International Centre for the Settlement of Investment Disputes* (ICSID)) bünyesinde verilen hakem kararlarıyla sınırlı olarak ele alınmış ve söz konusu kararlarda benimsenen temel yaklaşımların belirlenmesi amaçlanmıştır. Bu kapsamda, konu, iki farklı yaklaşımı temsil eden 2001 tarihli *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil Genin v Republic of Estonia* ve 2009 tarihli *Pantehniki S.A. Contractors & Engineers (Greece) v Republic of Albania* kararları çerçevesinde ele alınmış ve tartışılmıştır.

#### Anahtar Kelimeler

Yol ayrımı kayıtları, Paralel yargılamalar, ICSID, İki taraflı yatırım anlaşmaları, Yatırım tahkimi

#### Abstract

The fork-in-the-road clauses in bilateral investment treaties provide for a right for the plaintiff to apply to the national courts of the host state or to arbitration as regards disputes arising from such treaties. However under such clauses, by initiating proceedings before the court or tribunal the plaintiff makes an irrevocable choice, thus, once one of the dispute resolution mechanisms is initiated by the plaintiff, then he is bound by his choice. As such the fork-in-the-road clauses not only regulate the relationship between different methods of dispute resolution but are also accepted as a tool against parallel proceedings that may arise from taking the same action before different courts and tribunals. In fact the main question is whether the plaintiff must be deemed to have exercised his choice under such a clause by bringing any action before the courts of the host state. This paper aims to determine the answers to this question as regards decisions given by International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID) arbitral tribunals. In this regard decisions of *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil Genin v Republic of Estonia of 2001* and *Pantehniki S.A. Contractors & Engineers (Greece) v Republic of Albania* of 2009 shall be explained and discussed as the main examples of two different approaches.

#### Keywords

Fork in the road clauses, Parallel proceedings, ICSID, Bilateral investment treaties, Investment arbitration

\* Sorumlu Yazar: Gülüm Bayraktaroğlu Özçelik (Doç. Dr.), Bilkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye. E-posta: gulum@bilkent.edu.tr ORCID: 0000-0002-3258-4931

Atf: Bayraktaroğlu-Ozcelik G, “ICSID Hakem Kararlarında “Yol Ayrımı” (“Fork in the Road”) Kayıtları” (2020) 40(1) PPIL 497.  
https://doi.org/10.26650/ppil.2020.40.1.0007



### **Extended Summary**

One of the most important provisions of bilateral investment treaties is considered as the one on settlement of disputes arising from such treaties between the investor and the host state. Although drafted in different terms, some of them provide recourse to international arbitration and domestic courts of the host state, specifying that a choice to be made by the plaintiff shall be exclusive and final. Thus, the plaintiff cannot initiate arbitral proceedings once he has brought his case to domestic courts, and vice versa. As such, the so-called “*fork-in-the-road clauses*” not only regulate the relationship between different dispute resolution mechanisms but also aim to prevent parallel proceedings that may arise from taking the same action before the domestic courts and arbitral tribunals simultaneously. The main practical question as regards the implementation of such clauses is whether the plaintiff must be deemed to have exercised his choice by bringing *any* action before the courts of the host state.

The scope of this paper is limited with different stances taken against this question by International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID) arbitral tribunals. It can be determined that there exist two main approaches established in ICSID awards regarding the implementation of fork-in-the-road clauses.

The first approach which is most often taken by the tribunals is explained and assessed in this paper by reference to *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil Genin v Republic of Estonia* of 2001. This approach is based on the principle of *ne bis in idem*; requiring identity of the parties as well as identity of the cause and subject-matter of the actions. Under the so-called “triple identity test” the first action must be taken before the domestic courts, the parties must act in the same position in multiple fora and the claims must also be identical, thus e.g. they must arise from the infringement of the investment treaty. As such this approach is based on similar characteristics of the pleas of *res judicata* and *lis pendens* as adopted in Continental European legal system.

Nevertheless, under such an approach the characteristics of investment relationships make it less probable to come to the conclusion that the actions before the courts of the host state and the arbitral tribunal are identical. Thus, the parties of the actions may differ, since e.g. the first action before the courts of the host state is taken by a company owned by the investor whereas the investor and the company may act as the defendant in the arbitral proceedings. In a similar vein, the first claim may be based on the investment treaty and the second one may be based on a contractual relationship of the investor in the host state. Under these circumstances strict requirements provided under the triple identity test mostly cause a rejection of arbitral tribunals of the claim that the investor has exercised his choice under the clause. This has certainly lessened the effect of such clauses against parallel proceedings in practice.



However, as all other provisions of investment treaties, the fork-in-the-road clauses are to be construed and implemented effectively. This approach would also be consistent with Articles 31 and 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties of 1969 requiring that the treaties shall be interpreted in good faith and in the light of their object and purpose. Thus, it is thought that the second, however minority approach adopted by ICSID tribunals as explained in *Pantehniki S.A. Contractors & Engineers (Greece) v Republic of Albania* of 2009 would better serve for this function. As such, the sole arbitrator in the mentioned action ignored the prevailing approach based on the triple identity test and adopted a qualitative test which was “whether or not the ‘fundamental basis of a claim’ sought to be brought before the international forum is autonomous of claims to be heard elsewhere”.

## ICSID Hakem Kararlarında “Yol Ayrımı” (“*Fork in the Road*”) Kayıtları

### I. Giriş

Devletler arasında yatırımların karşılıklı teşviki ve korunmasını amaçlayan iki taraflı yatırım anlaşmalarında, yatırımcı ile ev sahibi devlet arasında ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin hükümlere yer verilmektedir. Söz konusu hükümlerde, çoğunlukla, uyuşmazlığın önce dostane şekilde çözümü yoluna başvurulması düzenlenmekte, uyuşmazlığın bu şekilde çözülememesi durumunda ise, yatırımcıya ve/veya ev sahibi devlete, ulusal mahkemelere ve/veya tahkime başvurma imkânı tanınmaktadır<sup>1</sup>.

Devlet yargısına ve tahkime başvurma imkânını birlikte düzenleyen uyuşmazlık çözümüne ilişkin hükümlerin bir kısmı uyarınca davacı, davasını ev sahibi devlet mahkemelerinde açmak veya tahkime başvurmak konusunda seçme hakkına sahip olup, yapacağı seçim ile bağlıdır<sup>2</sup>. Yatırım anlaşmalarında yer alan bu nitelikteki kayıtlar, yabancı doktrinde ve hakem kararlarında “*fork in the road clause*” olarak ifade edilmektedir.

Gündelik dilde metafor olarak kullanılan “*fork in the road*”, kişinin önemli bir yol ayrımına geldikten sonra bu yollardan birini seçme zorunluluğunun bulunduğu ifade etmektedir<sup>3</sup>. Söz konusu benzetme, Latince “*una via electra non datur recursus ad alteram*” (“bir yol seçildiğinde, diğer yola başvurma imkânı kalmaz”) ilkesine dayanır<sup>4</sup>. Bu tür kayıtların karşılığı olarak Türk doktrininde “yolun çatallaşması”<sup>5</sup> veya “yolların çatallaşması”<sup>6</sup> kavramları kullanılmıştır. Bu çalışmada ise, “yol ayrımı kayıtları” ifadesi tercih edilmiştir.

1 Joachim Pohl, Kekeletso Mashigo and Alexis Nohen, ‘Dispute Settlement Provisions in International Investment Agreements: A Large Sample Survey’ (2012) 2 OECD Working Papers on International Investment 8 <[https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2012\\_2.pdf](https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2012_2.pdf)> Erişim Tarihi 6 July 2019. Yatırım anlaşmalarından doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümü hakkında ayrıca bkz. Cemal Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yöntemleri* (Beta 2013); İnci Ataman Fıganmeşe, ‘Manufacturing Consent to Investment Treaty Arbitration by Means of the Notion “Arbitration Without Privity”’ (2011) *Annales de la Faculte de Droit d’Istanbul* 187; Yasemin Aydoğmuş, ‘İki Taraflı Yatırım Anlaşmalarındaki En Ziyade Müsaadeye Mazhar Millet Kaydına İstinaden ICSID’e Başvuru İmkânı’ (2009) 29 *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 21; Pınar Baklacı, *Uluslararası Yatırım Hukukunda En Çok Gözetilen Ulus Muamelesi* (Beta 2010); Faruk Kerem Giray, *Milletlerarası Yatırım Tahkiminde Kamulaştırmadan Doğan Tahminat ve Tahminatın Hesaplanmasında Kullanılan Yöntemler* (Beta 2013).

2 Yatırım anlaşmalarında tahkim ile ulusal mahkemelere başvuru arasındaki ilişkinin farklı şekillerde düzenlenmiş olması da mümkündür. Bazı anlaşmalarda tahkime gidilmeden önce iç hukuk yollarının tüketilmiş olması bir şart olarak hükme bağlanırken, diğerlerinde uyuşmazlığın belirli bir süre içinde ulusal mahkemelerde çözümlenememiş olması durumunda tahkime gidilmesi öngörülmektedir: Christoph Schreuer, ‘Travelling the BIT Route of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road’ (2004) 5 *The Journal of World Investment & Trade* 231, 239. Devlet yargısına ve tahkime başvurma imkânını düzenleyen kayıtlar hakkında ayrıca bkz Pohl, Mashigo and Nohen (n 1) 10 vd.; Markus A Petsche, ‘The Fork in the Road Revisited: An Attempt to Overcome the Clash Between Formalistic and Pragmatic Approaches’ (2019) 18(2) *Washington University Global Studies Law Review* 391, 395 vd. İki taraflı yatırım anlaşmalarından doğan uyuşmazlıkların çözümü hakkında bkz Bilgin Tiryakioglu, *Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması* (Dayınlarlı 2003) 182; Faruk Kerem Giray, ‘Türkiye’nin Taraf Olduğu İki Taraflı Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşmalarında Öngörülen İhtilaf Çözüm Yolları’ (1999) 1 *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 217 vd.

3 <<https://www.collinsdictionary.com/submission/11035/Fork+in+the+road>> Erişim Tarihi 6 July 2018.

4 Schreuer (n 2) 240.

5 Nuray Ekşi, ‘Milletlerarası Tahkimde Paralel Yargılamalar (Parallel Litigation)’ (2013) 2(2) *Legal Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi* 15, 34.

6 Sedat Çal, *Uluslararası Yatırım Tahkimi ve Kamu Hukuku İlişkisi* (Seçkin 2009) 318.

Yol ayrımı kayıtları, yatırım anlaşmalarından doğabilecek uyuşmazlıkların çözüm yöntemleri arasındaki ilişkiyi düzenlerken, aynı zamanda, aynı uyuşmazlığın farklı yargı mercileri önüne getirilmesinden doğacak paralel yargılamaların engellenmesine de hizmet etmektedir. Gerçekten, yabancı unsurlu uyuşmazlıkların çözümünde karşılaşılan paralel yargılama sorunu aynı davanın farklı devlet mahkemelerinde açılmış ve görülmekte olduğu durumlara özgü değildir. Söz konusu sorun, aynı zamanda aynı dava hakkında eş zamanlı olarak birden fazla hakem heyetine veya ulusal mahkeme ve hakem heyetine başvurulduğu durumlarda da ortaya çıkabilmektedir. Paralel davalar, bu ihtimâllerden her birinde uyuşmazlık tarafları ve yargı mercileri bakımından masrafa, emek ve zaman kaybına sebep olduğu gibi, söz konusu yargılamalar neticesinde çelişkili kararların verilmesi tehlikesini de barındırmaktadır<sup>7</sup>. İşte, yatırım uyuşmazlıkları bakımından ortaya çıkabilecek paralel dava sorununun çözümü yöntemlerinden birinin de yatırım anlaşmalarında yol ayrımı kayıtlarına yer verilmesi olduğu bilinmektedir<sup>8</sup>.

Söz konusu anlaşma hükümlerine örnek olarak Şili Cumhuriyeti ile Çek Cumhuriyeti arasındaki Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması (YKTK) Anlaşması'nın<sup>9</sup> 8. maddesi gösterilebilir. Anılan hükümde, bir âkit devlet ile diğer âkit devlet yatırımcısı arasında bu Anlaşma hükümleri çerçevesinde doğan uyuşmazlıkların dostane şekilde çözümleneceği (m. 8/I), ancak bu yolla 3 ay içerisinde bir çözüme ulaşılamaması durumunda yatırımcının, ev sahibi devlet mahkemelerine veya Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözümü için Uluslararası Merkez (*International Centre for the Settlement of Investment Disputes* (ICSID)) tahkimine ya da hakeme yahut Birleşmiş Milletler Milletlerarası Ticaret Hukuku Komisyonu (*United Nations Commission on International Law* (UNCITRAL)) Tahkim Kuralları'na göre kurulan uluslararası *ad hoc* hakem heyetine başvurabileceği düzenlenmiştir (m. 8/II). Anlaşma'ya göre, yatırımcının uyuşmazlık hakkında ulusal mahkemeye veya hakem heyetine başvurmuş olması durumunda, bu seçimi kesin ve nihaidir (m. 8/III). Çin Halk Cumhuriyeti ile Arjantin Cumhuriyeti Arasındaki YKTK Anlaşması'nın<sup>10</sup> 8. maddesinin üçüncü fıkrasında da yatırımcının, uyuşmazlığı yatırım yapıldığı âkit devlet mahkemelerine veya tahkime sunması durumunda, bu seçimin kesin ve nihai olacağı ifade edilmek suretiyle yine bir yol ayrımı kaydına yer verilmiştir.

7 Yabancı unsurlu uyuşmazlıkların çözümünde karşılaşılan paralel dava sorunu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz Gülüm Bayraktaroğlu Özçelik, *Milletlerarası Usûl Hukukunda Paralel Davalar*, (Yetkin 2016) 27 vd.

8 Uluslararası yatırım hukukunda paralel yargılamaların önlenmesine ilişkin tedbirler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz Campbell McLachlan, Laurence Shore and Matthew Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles* (Oxford 2017) para. 4.42 vd.

9 *Agreement Between the Government of the Republic of Chile and the Government of the Czech Republic on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments* <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/669>> Erişim Tarihi 6 July 2019.

10 *Agreement Between the Government of the People's Republic of China and the Government of the Argentine Republic on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments*, <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/79>> Erişim Tarihi 6 July 2019.

Görüldüğü üzere, söz konusu kayıtlar çerçevesinde yatırımcı, ev sahibi devlet mahkemelerine veya tahkime başvurmak arasında bir tercih yapmak zorunda olup, böyle bir seçim yaptıktan sonra ise, söz konusu seçimi ile bağlıdır<sup>11</sup>. Bu bakımdan, yol ayrımı kaydının bulunduğu bir yatırım anlaşmasından uyuşmazlık doğması durumunda, yatırımcı söz konusu uyuşmazlığın çözümü amacıyla ya ev sahibi devletin mahkemelerine veya ilgili kayıttaki belirtilen tahkim yoluna başvurmak konusundaki seçimlik imkândan yararlanacaktır. Yatırımcının bir kez ev sahibi devlet mahkemelerine başvurmayı tercih etmesi durumunda ise, tahkime başvurma imkânı ortadan kalkmaktadır.

Uygulamada yol ayrımı kayıtlarına ilişkin temel sorun, ulusal mahkemede açılmış herhangi bir davanın yol ayrımı kaydındaki seçimlik hakkın kullanılmış olduğu anlamına gelip gelmediğine ilişkindir. Gerçekten, yatırımcının yatırıma ev sahipliği yapan devlette bazısı özel hukuk (satın alma veya kiralama gibi), bazısı ise, kamu hukuku ilişkisi (lisans veya izin alınması ya da vergilendirme gibi) olmak üzere farklı nitelikte ilişkilere girmesi doğaldır<sup>12</sup>. Söz konusu ilişkiler çerçevesinde uyuşmazlık doğması ve ev sahibi devlet mahkemelerinde dava açılması gündeme gelebilecektir. Yatırım anlaşmasında yol ayrımı kaydının yer alması durumunda, ev sahibi devlet mahkemelerinde açılmış olan davanın, davacının tahkim yolunu kapatan bir seçim yaptığı anlamına gelip gelmediği belirlenmelidir. Eğer davacının ev sahibi devlet mahkemelerinde dava açması seçim hakkının kullanıldığı şeklinde anlaşılırsa, tahkime başvurma imkânı kalmayacak ve başvurması durumunda da hakem heyetinin yetkisizlik kararı vermesi gerekecektir.

Bu çalışmada yol ayrımı kayıtları ICSID hakem kararlarıyla sınırlı olarak ele alınmıştır. ICSID davalarında yol ayrımı kayıtları ilk defa *Eudoro Armando Olguin v Republic of Paraguay* kararında<sup>13</sup> gündeme gelmiş ancak somut uyuşmazlıkta yatırımcının tahkime başvurmadan önce ulusal mahkemede dava açtığı yönünde bir kanıt bulunmadığından tartışılmamıştır<sup>14</sup>. Söz konusu kayıtlar, ilk kez tartışıldığı *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v Argentine Republic* kararından<sup>15</sup> sonra ise, çeşitli defalar ICSID hakem kararlarına konu

11 Schreuer (n 2) 239-240. Yol ayrımı kayıtları çoğunlukla yukarıda verilen örneklerle benzer şekilde kaleme alınmalarına rağmen, zaman zaman tahkime başvurma imkânının yatırımcının ulusal mahkemede açmış olduğu davada henüz karar verilmemiş olması şartına bağlandığı da tespit edilebilir. Örneğin Türkiye Cumhuriyeti ile Hollanda Krallığı arasındaki YTKK Anlaşması'nın 8. maddesinde, yatırımcının uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümü amacıyla (uyuşmazlığın) ortaya çıkışından itibaren 1 yıl sonra ICSID'e getirebileceği hükme bağlanmış (m 8/II), ancak yatırımcının bu süre içinde ev sahibi devlet mahkemelerine başvurmuş olması halinde kesin bir kararın verilmemiş olması aranmıştır (m 8/III). Bu nitelikteki hükümler hakkında bkz: Schreuer (n 2) 240; Hanno Wehland, *The Coordination of Multiple Proceedings in Investment Treaty Arbitration* (Oxford 2013) 87; Fiona Marshall, 'Risks for Host States of the Entwinning of Investment Treaty and Contract Claims: Dispute Resolution Clauses, Umbrella Clauses, and Forks-in-the-Road', (2009), <[https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/best\\_practices\\_bulletin\\_4.pdf](https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/best_practices_bulletin_4.pdf)> Erişim Tarihi 6 July 2019.

12 Schreuer (n 2) 241.

13 *Eudoro Armando Olguin v Republic of Paraguay*, ICSID Case No ARB/98/5 (8 August 2000) para 27 <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0587.pdf>> Erişim Tarihi 6 July 2019.

14 *Eudoro Armando Olguin v Republic of Paraguay*, para 27; Guiguo Wang, *International Investment Law: A Chinese Perspective* (Routledge 2014) 235.

15 *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/97/3 (21 November 2000) <<https://www.italaw.com/cases/309>> Erişim Tarihi 6 July 2019.

olmuştur. Bu kararlar incelendiğinde ICSID hakem heyetlerinin, ağırlıklı olarak, aynı uyuşmazlığın birden çok kez dava konusu yapılamayacağı ilkesi (*ne bis in idem*) çerçevesinde, ulusal mahkeme ile hakem heyeti önündeki davaların “aynı dava” olup olmadığını araştırdıkları, bu araştırmada ise, Kıta Avrupası hukuk çevresinde kesin hüküm (*res judicata*) ve derdestlik (*lis pendens*) itirazları bakımından aranan dava tarafları, dava sebebi ve dava konusunun aynı olması gereğinden hareket ettikleri görülmektedir.

Aşağıda öncelikle söz konusu yaklaşımı açık şekilde ortaya koyan 2001 tarihli *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil Genin v Republic of Estonia* kararı<sup>16</sup> incelenecek, daha sonra farklı bir yaklaşımın mümkün olup olmadığı 2009 tarihli *Pantehniki S.A. Contractors & Engineers (Greece) v Republic of Albania* kararı<sup>17</sup> çerçevesinde tartışılacaktır.

### A. Aynı Davanın Varlığı: *Genin v Estonia* Kararı

*Genin v Estonia* kararına konu olan uyuşmazlıkta davacılar ABD vatandaşı Bay *Alex Genin*, *AS Baltoil* ve *Eastern Credit Limited, Inc* olup, bu kişiler, Estonya hukukuna göre kurulmuş bir finansal kuruluş olan *Estonia Innovation Bank* (EIB) hisselerinin çoğunu elinde bulunduran hissedarlardır. Estonya’da kurulmuş olan *Baltoil*, Amerika’da kurulmuş olan *Eastern Credit*’in sahibi olduğu bir şirket iken, daha sonra Bay *Genin* tarafından satın alınmıştır<sup>18</sup>.

12 Ağustos 1994’te Estonya Merkez Bankası tarafından yapılan açık arttırma sonucu, EIB, iflas etmiş durumunda olan Estonya Sosyal Bankası’nın (*Estonia Social Bank*) *Koidu* şubesini 3.000.000 Estonya Kronu karşılığında satın almıştır. Ancak daha sonra, EIB, Estonya Sosyal Bankası’nın kayyımı olarak hareket eden Estonya Merkez Bankası’na başvurarak, *Koidu* şubesinin satışının öncesinde muhtemel alıcılara verilen bilançoda hatalar olduğunu iddia etmiş ve bu hatalar sonucunda ortaya çıkan zararının tazminini talep etmiştir. Estonya Merkez Bankası’nın söz konusu iddiaları reddetmesinin ardından, 9 Ocak 1995’te EIB, Talin Şehir Mahkemesinde Estonya Sosyal Bankası aleyhine dava açarak, bilançoda yer alan hatalar sebebiyle uğradığı zararın tazminini talep etmiştir. Tarafların anlaşmaları sonucunda Talin Şehir Mahkemesi EIB’ye 20.977.117 Estonya Kronu tazminat ödenmesine karar vermiş, karar üzerine Estonya Sosyal Bankası tarafından bir kısım ödeme yapıldıysa da tazminatın 19.491.947 Estonya Kronu tutarındaki kısmı ödenmemiştir.

16 *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil Genin v Republic of Estonia*, ICSID Case No ARB/99/2 (25 June 2001), <<https://www.italaw.com/documents/Genin-Award.pdf>> Erişim Tarihi 6 July 2019. Karar, bu çalışmada kısaca “*Genin v Estonia* kararı” olarak anılmıştır.

17 *Pantehniki S.A. Contractors & Engineers (Greece) v The Republic of Albania*, ICSID Case No ARB/07/21 (30 July 2009) <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0618.pdf>> Erişim Tarihi 6 July 2019. Karar, bu çalışmada kısaca “*Pantehniki* kararı” olarak anılmıştır.

18 Somut uyuşmazlığa ilişkin maddi vakıalar için bkz *Genin v Estonia* kararı, para 43 vd.

Davacının iddiasına göre, Nisan 1996'da EIB ve Estonya Merkez Bankası, EIB'nin Estonya Sosyal Bankası'ndan olan alacağını Estonya Merkez Bankası'na devretmesi karşılığında, üçüncü kişi bankaların Estonya Merkez Bankası'na olan borçlarının EIB'ye devredilmesi konusunda anlaşmışlardır. Ağustos 1996'da EIB, *Koidu* şubesine ilişkin zararı çerçevesinde mevcut 19.491.947 Estonya Kronu tutarındaki alacağını *Eastern Credit*'e devretmiştir. *Eastern Credit* Teksas Mahkemesinde Estonya Merkez Bankası'na karşı açtığı davada zararının tazminini talep etmişse de başarılı olamamıştır.

Mart 1997'de Estonya Merkez Bankası yaptığı yeni bir düzenlemeyle, EIB ve hissedarlarından bazılarının (*Eastern Credit*, *Baltoil* ve *Eurocapial Ltd.* adlı şirketin) EIB hisselerinin belli bir oranından fazlasına sahip olabilmeleri için izin başvurusu yapmalarını öngörmüştür. EIB anılan düzenlemenin iptali talebiyle, 24 Mart 1997 tarihinde Talin İdare Mahkemesinde dava açmıştır. Söz konusu dava henüz görülmekteyken, 9 Eylül 1997'de Estonya Merkez Bankası tarafından EIB'nin bankacılık lisansı iptal edilmiştir. 11 Eylül 1997'de EIB, İdare Mahkemesinde lisansının iptali kararına karşı dava açmıştır. Söz konusu dava derdest iken, EIB'nin tahkim yargılamasına taraf olmayan ortaklarından birinin açtığı bir başka dava sonucu Talin İdare Mahkemesi lisansının iptal edilmiş olduğu gerekçesiyle EIB'nin tasfiyesine karar vermiştir. EIB, lisansın iptaline karşı açtığı dava sonuçlanıncaya kadar tasfiyeye ilişkin davanın bekletilmesini talep ettiyse de, söz konusu talep mahkemece reddedilmiş, mahkemenin red kararı temyiz başvurusu sonucunda yüksek mahkemece de onanmıştır. 6 Ekim 1999 tarihinde EIB'nin, lisansın iptaline karşı açtığı dava reddedilmiştir.

Şubat 1999'de, davacılar ABD ile Estonya Cumhuriyeti arasındaki YKTK Anlaşması<sup>19</sup> uyarınca Estonya'ya karşı ICSID tahkimine başvurmuştur. Davacılar, bir kamu kuruluşu olan Estonya Merkez Bankası'nın YKTK Anlaşması uyarınca eşit ve adil davranmadığını ve fiillerinin davacıların EIB'deki yatırımlarına karşı ayrımcı ve keyfi olduğunu ileri sürerek Estonya'nın söz konusu Anlaşmanın çeşitli hükümlerini ihlâl ettiğini savunmuştur.

Bu çerçevede davacılar,

(a) *Koidu* şubesinin EIB'ye sunulan bilançosunda yer alan esaslı hataların varlığı sebebiyle davalı Estonya'nın Estonya Merkez Bankası aracılığıyla YKTK Anlaşması'nı ihlâl ettiğini; Estonya Merkez Bankası'nın söz konusu hatalardan haberdar olduğunu; Estonya Merkez Bankası'nın EIB ile arasındaki diğer anlaşmalarla birlikte Nisan 1996'da alacakların devrine ilişkin yapılmış anlaşmayı ihlâl ettiğini,

(b) EIB'nin lisansının iptal edilmesi sebebiyle davalı Estonya'nın Estonya Merkez Bankası aracılığıyla YKTK Anlaşması'nı ihlâl ettiğini,

19 ABD ile Estonya Cumhuriyeti arasındaki YKTK Anlaşması'nın İngilizce metni için bkz *Treaty Between the Government of the United States of America and the Government of the Republic of Estonia for the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment* <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1161>> Erişim Tarihi 6 July 2019.

(c) Davalı Estonya'nın, polis kuvvetleri aracılığıyla davacıyı “taciz” etmiş olduğunu ileri sürmüştür<sup>20</sup>.

Anılan gerekçelerle davacılar *Koidu* şubesinin satın alınmasındaki bilanço hataları sebebiyle uğradıkları zararın tazmini amacıyla %10 faiziyle birlikte 1.639.344 ABD Doları ve EIB'ye yapmış oldukları 3.000.000 Estonya Kronu tutarındaki yatırımdan doğan kayıpları için ise, EIB'nin lisansı iptal edilmemiş olsa idi sahip olacağı piyasa değeri çerçevesinde tazminat talep etmiştir.

Davalı, davacının taleplerinin YKTK Anlaşması çerçevesinde tahkime elverişli “yatırım uyuşmazlığı” olarak kabul edilemeyeceğini ve söz konusu taleplerden çoğunun zamanaşımına uğradığını ileri sürerek hakem heyetinin yetkisine itiraz etmiştir<sup>21</sup>. Davalı ayrıca aynı taleplerin daha önce Estonya ve ABD'nde yargılamaya konu olduğunu, davacıların Estonya'ya karşı Estonya mahkemelerinde dava açmakla YKTK Anlaşması ve ICSID Konvansiyonu hükümleri uyarınca aynı davayı yeniden bir başka yargı mercii önüne götürme imkânını kaybettiklerini savunmuştur<sup>22</sup>. Bu çerçevede davalı, tahkim yargılamasının tarafları ile Estonya mahkemesindeki yargılamanın taraflarının aynı sayılması gerektiğini, sadece bu sebeple dahi hakem heyetinin yetkili olmadığını ileri sürmüştür<sup>23</sup>. Davalıya göre, yatırımcının uyuşmazlığın çözümü amacıyla Estonya mahkemelerine veya idarî heyetlerine başvurmuş olması durumunda YKTK Anlaşması'nın VI. maddesinin üçüncü fıkrasına göre ICSID'in yetkisi bulunmamaktadır<sup>24</sup>. Ayrıca davalı, hâkim şirket veya ortakları dava açmışken, bağlı şirkete (EIB) de aynı ihlâl sebebiyle dava açma imkânı tanınmanın YKTK Anlaşması'nın ihlâli anlamına geleceğini savunmuştur<sup>25</sup>.

Uyuşmazlığa konu olan ABD ile Estonya Cumhuriyeti arasındaki YKTK Anlaşması'nın 6. maddesi şu şekilde düzenleme getirmektedir:

“1. Bu hükmün amaçları çerçevesinde yatırım uyuşmazlığı bir Taraf [Devlet] ile diğer Tarafın vatandaşı veya [tâbiyetindeki] şirket arasında olup

(a) Söz konusu Taraf [Devlet] ile söz konusu kişi arasındaki yatırım sözleşmesinden;

(b) Söz konusu Taraf [Devlet]'in yabancı yatırımlardan sorumlu makamı tarafından söz konusu kişiye verilmiş yatırım izninden; veya

20 Davacının söz konusu iddiasına göre, Bay *Genin*'e Estonya polisinden gelen bir yazıyla *Eastern Credit* adlı şirkete karşı cezai tahkikat başlatıldığı bildirilmiştir. Tahkikat sonucunda *Eastern Credit*'e çeşitli suçlamalar yöneltiliyse de, Estonya makamlarınca herhangi bir ceza davası açılmamıştır. Bu sebeple davacılar, esas amacın kendilerine gözdağı vermek olduğunu iddia etmiştir. Diğer yandan, davacıların bir başka iddiası, EIB'nin Başkanı ve Estonya'daki temsilcisi olan Bay *Dashkovsky*'nin, Estonya Göç ve Vatandaşlık Birimi müdürü tarafından sınır dışı edilmekle ve oturma izninin uzatılmamasıyla tehdit edildiği, ayrıca kendisinin Bay *Genin* hakkında hukuka aykırı şekilde sorguya tâbi tutulduğuna ilişkindir. Belirtilen sebeplerle davacılar, davalı Estonya'nın YKTK Anlaşması çerçevesinde eşit ve adil davranma yükümlülüğünü yerine getirmediğini ileri sürmüştür: *Genin v Estonia* kararı, para 95 vd

21 *ibid* para 192.

22 *ibid* para 321.

23 *ibid* para 287.

24 *ibid* para 288.

25 *ibid* para 288.

(c) Bir yatırıma ilişkin olarak işbu Anlaşma 'yla verilen ya da yaratılan bir hakkın ihlâl edildiği iddiasından doğan veya buna ilişkin olan uyuşmazlıklardır.

2. Bir yatırım uyuşmazlığının doğması durumunda, taraflar öncelikle danışma veya müzakere yoluyla uyuşmazlığı çözmeye çalışacaklardır. Uyuşmazlığın dostane şekilde çözülememesi durumunda, söz konusu [Devlet] vatandaşı[1] veya şirket, uyuşmazlığın çözümü konusunda

(a) Uyuşmazlığın tarafı olan devletin mahkeme veya idarî makamlarına başvurmak;

(b) Daha önceden kararlaştırılmış uyuşmazlık çözümü yöntemlerine başvurmak veya

(c) Üçüncü fıkra uyarınca [bir başvuru yapmak] bakımından seçim imkânına sahiptir.

3. Söz konusu [Devlet] vatandaşı[1] veya şirketin uyuşmazlığın çözümü konusunda ikinci fıkranın (a) ve (b) bentleri uyarınca bir başvuru yapmamış olması ve uyuşmazlığın doğduğu tarihten itibaren altı ayın geçmiş olması durumunda, söz konusu taraf uyuşmazlığın bağlayıcı tahkim yoluyla çözümüne ilişkin olarak

(a) Taraf [Devletin] ICSID Konvansiyonu'na taraf olması durumunda, ICSID ("Merkez")'e veya

(b) Merkezin uygun olmaması durumunda Merkezin Ek Mekanizması'na başvurma ya da

(c) UNCITRAL Tahkim Kurallarına göre çözümü, yahut,

(d) Uyuşmazlık taraflarının kararlaştırmış olmaları durumunda başka bir tahkim kurumuna başvurma veya başka tahkim kuralları çerçevesinde çözümü konusundaki iradesini yazılı olarak sunmak konusunda serbesttir".

Hakem heyeti, davacıların Estonya mahkemelerine başvurmakla ICSID tahkimine başvurma imkânını kaybedip kaybetmediklerine ilişkin değerlendirme yapılabilmesi için, öncelikle Konvansiyon ve YKTK Anlaşması uyarınca ICSID hakem heyetinin yetkisinin doğumuna ilişkin şartları ele almıştır<sup>26</sup>. Karara göre;

(1) Hakem heyetinin yetkili sayılabilmesi için aranan ilk şart, uyuşmazlığın doğrudan yatırımdan doğmuş olmasıdır. Hakem heyetine göre, YKTK Anlaşması'nın 1. maddesinde tanımlanan "yatırım" kavramı, davacıların EIB'ye yaptıkları yatırımı açıkça karşılamaktadır. Bu bağlamda, somut uyuşmazlıkta davacıların EIB hisselerine sahip olmalarına ilişkin hukuki işlem, YKTK Anlaşması anlamında davacılar tarafından "doğrudan veya dolaylı olarak sahip olunan veya kontrol edilen", "bir şirketteki mülkiyet hisseleri veya diğer menfaatlere" ilişkin yatırım olarak kabul edilmelidir. Davacıların EIB'ye yapmış oldukları yatırım, Konvansiyon anlamında da yatırım olarak kabul edilmelidir<sup>27</sup>. Diğer yandan, YKTK Anlaşması'nın 6. maddesinin birinci fıkrasında "yatırım uyuşmazlığı", yatırım anlaşmasından, yatırım izninden veya bir yatırıma ilişkin olarak bu Anlaşmadan kaynaklanan bir hakkın ihlalinden doğan veya bunlara ilişkin olan uyuşmazlıklar olarak tanımlanmıştır. Bu çerçevede hakem heyetine göre EIB'nin lisansının iptaline ilişkin uyuşmazlık da yatırım uyuşmazlığı olarak kabul edilmelidir.

26 *ibid* para 319.

27 *ibid* para 324.



(2) İkinci ve üçüncü şartlar yatırım uyuşmazlığının taraflarına ilişkindir. Buna göre, uyuşmazlığın taraflarından biri, âkit devlet veya âkit devlet kurumu, diğeri ise, diğeri âkit devlet tebaası olmalıdır. Somut uyuşmazlıkta Estonya Merkez Bankası, YKTK Anlaşması’nın II/2(b) hükmünde ifade edildiği şekilde “âkit devletçe kendisine verilen yetki uyarınca, kamulaştırma veya lisans verilmesi yetkisi gibi, düzenleyici, idarî ve diğeri yönetsel yetkileri kullanan âkit devlet kurumu” olarak kabul edilmelidir. Bu çerçevede, Estonya Merkez Bankası’nın fiillerinden doğan bir uyuşmazlıkta Estonya Cumhuriyeti davalı konumunda olacaktır<sup>28</sup>. Davacılar ise, bir başka âkit devletin tâbiyetindedir. Bay *Genin* A.B.D vatandaşıdır. *Eastern- Credit* Bay *Genin*’e ait bir A.B.D şirkettir. *Baltoil* tamamı *Eastern Credit*’e ait bir Estonya şirketi olduğundan, Konvansiyon’un 25(2)(a) ve YKTK Anlaşması’nın VI(8). maddesi uyarınca A.B.D tâbiyetinde kabul edilmelidir.

(3) Hakem heyetinin yetkisinin doğabilmesi için gereken bir başka şart, uyuşmazlığı ICSID’e sunma iradesidir. Estonya’nın iradesi YKTK Anlaşması’nın VI(3) hükmü çerçevesinde mevcuttur. Davacılar da söz konusu iradelerini taleplerinde ifade etmişlerdir.

(4) Hakem heyetinin yetkisine ilişkin esas mesele ise, davacıların somut uyuşmazlığa ilişkin olarak daha önce Estonya mahkemelerine veya taraflar arasında kararlaştırılmış bir başka uyuşmazlık çözüm yoluna başvurmuş olup olmadıklarının tespitine ilişkindir. Bu çerçevede, hakem heyeti iki sorun üzerinde durmuştur: Öncelikle, Estonya ve ABD’nde yargılamaya konu olan meseleler ile davacılar tarafından tahkimde ileri sürülen meseleler ne ölçüde aynı kabul edilebilir? Ayrıca, EIB ile davacıların bir grup olarak nitelendirilmesi ve EIB’nin Estonya’da açtığı davaların söz konusu grubun tamamı bakımından yapılmış bir yargı yolu seçimi olarak kabul edilmesi mümkün olabilir mi?<sup>29</sup>

Karara göre, Estonya mahkemelerinde açılan davalar ile ICSID tahkimine konu olan davalar, dava sebepleri dikkate alındığında aynı dava olarak nitelendirilmeye uygun değildir. Zira Estonya mahkemelerinde açılan davalar EIB tarafından *Koidu* şubesinin satın alınmasına ve EIB’nin lisansının iptaline ilişkin olup, davacıların tahkim yargılamasına konu olan “yatırım uyuşmazlığı”na ilişkin davadaki dava sebepleriyle aynı olarak nitelendirilemez<sup>30</sup>. EIB’nin, *Koidu* şubesinin satışına ilişkin olarak Estonya Bankası’nın fiilleri sebebiyle uğradığı zararlar ile Banka’nın lisansının iptaline ilişkin olarak Estonya mahkemelerinde açmış olduğu davalar her ne kadar davacıların menfaatlerini etkilemiş olsa da, bu durum davacıları söz konusu davaların tarafı yapmaya yetmemektedir.

28 *ibid* para 327.

29 *ibid* para 330.

30 *ibid* para 331.

Karara göre, Estonya mahkemelerinde açılan davalar ile tahkim yargılamasına konu olan uyuşmazlığın aynı dava sebebine ilişkin olmadığı özellikle EIB'nin lisansının iptaline ilişkin açtığı dava çerçevesinde çok açıktır<sup>31</sup>. EIB'nin lisans iptaline ilişkin karara karşı açmış olduğu dava, etkisi itibariyle Bankanın, tüm hissedarlarının yanı sıra, EIB'nin faaliyetlerinin kesilmesinden etkilenen müşterileri, borçluları ve çalışanları adına da açılmış sayılır. Statükonun yeniden tesisi amacıyla açılan bu davanın görülmesi bakımından Estonya mahkemeleri dışında yetkili bir mercii bulunmamaktadır. Buna karşın ICSID tahkim yargılamasına konu olan yatırım uyuşmazlığı ise, tek başına davacıların yatırım anlaşmasının ihlal edilmiş olduğu gerekçesiyle görmüş oldukları zararların tazminine ilişkindir. ICSID tahkim yargılamasına konu olan uyuşmazlığa ilişkin vakıalar bazı açılardan Estonya mahkemelerindeki yargılamada gündeme gelmiş olsa dahi, yatırım uyuşmazlığının kendisi Estonya mahkemelerindeki yargılamanın konusu değildir<sup>32</sup>. Bu çerçevede davacıların ICSID tahkimine başvurmaları engellenmemelidir.

Diğer yandan, karara göre Estonya mahkemelerinde açılan davalar ile ICSID tahkim yargılamasına konu olan davanın tarafları da aynı olarak kabul edilemez. Bu çerçevede hakem heyeti Estonya'nın, EIB'nin Estonya mahkemelerinde açmış olduğu davaların, EIB'nin YKTK Anlaşması'nın VI(8). maddesi çerçevesinde A.B.D. tâbiyetinde kabul edilmesinin sonucu olarak ana şirketlerin tahkime başvurmasını engellemesi gerektiği yönündeki itirazlarını da kabul etmemiştir. Karara göre, EIB'nin, lisans iptaline ilişkin davayı tüm menfaat sahipleri adına Estonya mahkemelerinde açmaktan başka çaresi yoktur. Davacılar ise, YKTK Anlaşması çerçevesinde sahip oldukları hakların ihlali iddiasına dayanan tazminat talebiyle, bir yatırım uyuşmazlığının çözümü amacıyla tahkime başvurmuştur<sup>33</sup>.

Hakem heyeti benzer gerekçelerle davacılarından *Eastern Credit* tarafından A.B.D mahkemelerinde açılan davanın da ICSID'e başvuru yolunu kapatmadığına hükmetmiştir<sup>34</sup>. Karara göre A.B.D mahkemelerindeki yargılama, tahkim yargılamasının özünü oluşturan lisans iptaline ilişkin soruna ilişkin değildir. Bu sebeple söz konusu mahkemelere başvurulmuş olması sebebiyle, tahkim yoluna başvurulamayacağından söz edilemeyecektir.

Görüldüğü üzere, *Genin v Estonia* kararında hakem heyeti, davacılarından birinin daha önce Estonya mahkemelerinde açmış olduğu davaların ABD ile Estonya Cumhuriyeti arasındaki YKTK Anlaşması'nda yer alan yol ayrımı kaydı çerçevesinde, ICSID tahkimine başvurma imkânını ortadan kaldırıp kaldırmadığına karar verirken, YKTK Anlaşması'nda tanımlanan "yatırım uyuşmazlığı"ndan hareket ederek, ulusal

31 *ibid* para 332.

32 *ibid* para 332.

33 *ibid* para 333.

34 *ibid* 334.

mahkemede ve tahkimde yargılamaya konu olan davaların aynı dava olup olmadığının tespitinden yola çıkmış ve bu bağlamda “dava taraflarının” ve “dava sebebi”nin aynı olup olmadığını değerlendirmiştir.

*Genin v Estonia* kararındaki söz konusu tespit ve değerlendirmeler, önemli sayıdaki hakem kararında da benimsenmiştir<sup>35</sup>. Aynı davanın varlığını, tarafların, dava sebebinin ve konusunun aynı olmasına bağlayan bu yaklaşım sonraki kararlarda da geliştirilmiş ve doktrin ve uygulamada “üçlü değerlendirme (*triple identity test*)” olarak anılmıştır<sup>36</sup>. ICSID kararlarında üçlü değerlendirme “*taleplerin sırasıyla ulusal mahkemeler ve hakem heyetleri önünde, aynı zamanda, aynı amaçla, aynı temele dayalı olarak ve aynı taraflar arasında ileri sürülmesi gerektiği*”<sup>37</sup> şeklinde açıklanmıştır. Bu çerçevede, YKTK Anlaşmalarında yer alan yol ayrımı kaydı uyarınca seçim imkânının kullanılmış olduğu, dolayısıyla artık tahkime gidilemeyeceği sonucuna ulaşılabilmesi için, yatırımcının ev sahibi devlet mahkemesinde dava açtıktan sonra tahkime başvurmuş olması ve aynı tarafa karşı aynı davayı bir de tahkim yargılamasına konu etmesi gerekmektedir. Tarafların aynı olduğundan bahsedilebilmesi için, tarafların mahkeme ve hakem heyeti önünde aynı sıfatı haiz olmaları gerektiği kabul edilmektedir<sup>38</sup>. Aynı uyuşmazlıktan bahsedilebilmesi için ise, davalarda ileri sürülen talepler aynı olmalı, örneğin, her iki talep de YKTK Anlaşmasının ihlâlinden kaynaklanmalıdır<sup>39</sup>. Buna karşın ulusal mahkemede açılan davanın örneğin sözleşmeye aykırılık iddiasına dayanması, buna karşın tahkime YKTK Anlaşmasının ihlâli iddiasıyla başvurulması durumunda aynı davadan bahsedilmesi mümkün olmayacağından, yol ayrımı kaydı uyarınca tahkime gidilmesine engel bir durum da söz konusu olmayacaktır<sup>40</sup>.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, ICSID hakem kararlarında ağırlıklı olarak kabul edilen bu yaklaşım ile özellikle Kıta Avrupası hukuk çevresinde aynı davanın birden fazla mahkemede görülmesine engel olan kesin hüküm ve derdestlik itirazlarına ilişkin kabul edilen şartlar, yol ayrımı kayıtları bakımından da benzer şekilde kabul edilmiş olmaktadır<sup>41</sup>. Ancak söz konusu değerlendirmenin sıkı şartlara bağlanmış

35 Örneğin bkz *Eudoro Armando Olguin v Republic of Paraguay*, ICSID Case No ARB/98/5 (26 July 2001); *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. v Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No ARB/99/6 (12 April 2002); *CMS Gas Transmission Company v The Republic of Argentina*, ICSID Case No ARB/01/8 (12 May 2005); *Azurix Corp. v The Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/01/12 (14 July 2006); *Enron Corporation and Ponderosa Assets, LP v Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/01/3 (22 May 2007); *Champion Trading Company, Ameritrade International, Inc. v Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No ARB/02/9 (27 October 2006) (formerly *Champion Trading Company, Ameritrade International, Inc., James T Wahba, John B Wahba, Timothy T Wahba v Arab Republic of Egypt*). Anılan kararların metinleri için bkz <<https://www.italaw.com>> Erişim Tarihi 6 July 2019.

36 Petsche (n 2) 391, 407; Filippo Fontanelli, *Jurisdiction and Admissibility in Investment Arbitration- The Practice and the Theory* (Brill 2017) 22; Mariel Dimsey, *The Resolution of International Investment Disputes- Challenges and Solutions* (Eleven 2008) 85, 86.

37 Üçlü değerlendirmeye ilişkin tanım için bkz *Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile*, ICSID Case No ARB/98/2 (8 May 2002), para 483. Kararın ilgili kısmının İngilizce tercümesi için bkz Wang (n 14) 238 dn 131.

38 Schreuer (n 2) 248; Marshall (n 11) 18.

39 Schreuer (n 2) 248.

40 *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, ICSID Case No ARB/01/8 (12 May 2005) para 80 <<https://www.italaw.com/cases/288>> Erişim Tarihi 6 July 2019.

41 Wehland (n 11) 89.

olması sebebiyle, yatırımcının yol ayrımı kaydı çerçevesinde kendisine sunulan seçim imkânından yararlanmış olduğu iddiasının ileri sürüldüğü davaların neredeyse tamamında, söz konusu iddia ICSID hakem heyetlerince reddedilmiştir. Bu sonuç ise, yol ayrımı kayıtlarının yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde paralel yargılamaları engellemek bakımından etkili olmadığına gerekçe oluşturmaktadır<sup>42</sup>.

Buna karşın, az sayıdaki ICSID hakem kararında ise, yol ayrımı kayıtlarına ilişkin sorunların çözümünde farklı bir yaklaşımın benimsendiği görülmektedir. Bu yeni yaklaşım çerçevesinde en çok tartışılan kararlardan biri 2009 tarihli *Pantechniki* kararıdır<sup>43</sup>. Söz konusu karar aynı zamanda bir yatırım uyuşmazlığına ilişkin olarak bir ICSID hakem heyetinin, yatırımcının ulusal mahkemeye başvurmak suretiyle YKTK Anlaşması'nın yol ayrımı kaydında hükme bağlanan seçim imkânını kullanmış olduğuna hükmettiği bilinen ilk karar olması bakımından da önem taşımaktadır<sup>44</sup>. Aşağıda, söz konusu karar incelenecektir.

## B. Yeni Bir Yaklaşım: *Pantechniki* Kararı

*Pantechniki* kararına konu olan uyuşmazlıkta Yunan şirketi *Pantechniki*, Arnavutluk'ta köprü ve yol inşaatı yapmak üzere Arnavutluk hükümetiyle anlaşmıştır. Taraflar arasındaki sözleşmede toplumsal olaylar neticesinde doğabilecek riskler Arnavutluk Genel Yol İdaresi tarafından üstlenilmiştir. 1997 yılında Arnavutluk'ta meydana gelen geniş çaplı yağmalama olayları sebebiyle *Pantechniki*'ye ait teçhizat çalınmış veya zarar görmüş, şirket, söz konusu zararı sebebiyle Arnavutluk hükümetinden 4.8 milyon ABD doları tazminat talep etmiştir. Arnavutluk Genel Yol İdaresi tarafından kurulan özel komisyon tarafından ise, *Pantechniki*'nin zararını 1.8 milyon ABD doları olarak tespit edilmiş, buna karşın söz konusu meblağ Arnavutluk Maliye Bakanlığı tarafından ödenmemiştir. *Pantechniki*, sözleşmeden doğan zararının tazmini amacıyla Arnavutluk mahkemelerinde dava açmış ancak ilk derece ve istinaf mahkemeleri, zarar risklerinin Arnavutluk Genel Yol İdaresi tarafından üstlenilmesine ilişkin sözleşme hükümlerini kamu düzenine aykırı bularak *Pantechniki*'nin taleplerini reddetmiştir. *Pantechniki* Arnavutluk Yüksek Mahkemesi'ne başvurduysa da, daha sonra söz konusu başvurudan vazgeçerek, Yunanistan ile Arnavutluk arasındaki 1991 tarihli YKTK Anlaşması'nın<sup>45</sup> ihlâli iddiasıyla ICSID'e başvurmuştur.

42 McLachlan, Shore and Weiniger (n 8) para 4.82; Marshall (n 11) 16; Wang (n 14) 239.

43 Kararın künyesi için bkz yukarıda dn 17.

44 'Fork-in-the-road Provisions in Investment Treaties', <<http://www.allenoverly.com/publications/en-gb/Pages/Fork-in-the-road-provisions-in-investment-treaties.aspx>> Erişim Tarihi 6 July 2019; Fiona Marshall, 'Commentary: *Pantechniki v. Albania* decision offers pragmatic approach to interpreting fork-in-the-road clauses' <<https://www.iisd.org/itn/2009/09/02/commentary-pantechniki-v-albania-decision-offers-pragmatic-approach-to-interpreting-fork-in-the-road-clauses/>> Erişim Tarihi 6 July 2019. Aynı yönde bir başka karar için bkz *Compania De Aguas Del Aconquija S.A. and Vivendi Universal v Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/97/3, <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0210.pdf>> Erişim Tarihi 6 July 2019.

45 Yunanistan ile Arnavutluk arasındaki YKTK Anlaşması metni için bkz *Agreement Between the Government of the Hellenic Republic and the Government of the Republic of Albania for the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments* <<https://www.italaw.com/sites/default/files/laws/italaw6000%281%29.pdf>> Erişim Tarihi 6 July 2019.

YKTK Anlaşması’nda 10. maddesinin ikinci fıkrasında, taraflar arasındaki uyuşmazlığın aynı maddenin birinci fıkrası uyarınca 6 ay içerisinde dostane şekilde çözülemediği durumlarda, yatırımcının veya âkit tarafın söz konusu uyuşmazlığın çözümü için ilgili âkit devlet mahkemelerine veya uluslararası bir hakem heyetine başvurabileceği düzenlenmiştir<sup>46</sup>.

Arnavutluk, aynı davanın Arnavutluk mahkemelerinde de açılmış olduğu iddiasıyla ICSID hakem heyetinin yetkisine itiraz etmiştir. Arnavutluk’a göre, gerek ICSID Konvansiyonu’nun “[b]u Konvansiyon çerçevesinde tarafların hakemlik için rızaları, aksi belirtilmediği takdirde, herhangi bir çözüm dışında bu hakemliğe rızaları demektir. Âkit Devlet, bu rızalarının ön koşulu olarak yerel idarî ve adlî tüm çarelerin tüketilmiş olmasını isteyebilir” şeklinde düzenleme getiren 26. maddesi gerekse YKTK Anlaşması’nın 10. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, daha önce Arnavutluk mahkemelerinde açılan dava bakımından tahkime başvurma imkânı yoktur<sup>47</sup>.

Buna karşın davacı *Pantechniki* ise, Konvansiyon’un 26. maddesinin, sözleşmeden doğan bir taleple ilgili dava ulusal mahkemede görülürken, YKTK Anlaşmasından doğan taleplere ilişkin olarak tahkime başvurulmasını engellemediğini savunmuştur. Davacı ayrıca, Arnavutluk mahkemelerinde açılan davanın YKTK Anlaşması’nın 10. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca bir seçim yapıldığı anlamına gelmediğini ve Arnavutluk mahkemelerinde açılan dava ile tahkim yargılamasına konu olan davanın aynı dava olmadığını; dolayısıyla YKTK Anlaşması’nın 10. maddesinin ikinci fıkrasının uygulama alanı bulmayacağını ileri sürmüştür.

Bu davada tek hakem olarak görev yapan *Jan Paulsson*, kararında, Arnavutluk mahkemelerinde açılan davanın taraflar arasındaki sözleşmeye, tahkim yargılamasına konu olan davanın ise, YKTK Anlaşması hükümlerine dayandığını tespit etmekle birlikte, bu tespitin ötesinde tahkim yargılamasına konu olan taleplerin varlığını sözleşmesel ilişki dışında bağımsız şekilde sürdürüp sürdürmediğinin belirlenmesi gerektiğinin altını çizmiştir<sup>48</sup>. Karara göre, tahkim yargılamasında ileri sürülen talepler, sözleşme ilişkisi dışında varlığını özerk şekilde sürdürüyor ise, davacının ulusal mahkemeye başvurmak suretiyle yapmış olduğu seçimin sonuçlarına katlanması gerekir.

Kararda Amerika- Venezuela Karma Komisyonu’nun 1903 tarihli *Woodruff* kararı ile 2002 tarihli ICSID *Vivendi* iptal kararına<sup>49</sup> atf yapılmak suretiyle, “talebin esas dayanağı”nın araştırılması gerektiğini ifade etmiştir<sup>50</sup>. Somut uyuşmazlıkta davacının

46 Anılan hükümde açıkça ulusal mahkemelere veya tahkime başvurmak bakımından yapılan seçimin nihai olacağı belirtilmediğinden, hükmün gerçek bir yol ayrımı kaydı olarak nitelendirilemeyeceği hakkında bkz Marshall (n 11); Wehland (n 11) 96.

47 *Pantechniki* kararı para 50 vd.

48 *ibid* 63-64.

49 Kararın künyesi için bkz yuk dn 15.

50 *Pantechniki* kararı para 61.

ulusal mahkemedeki davada başarılı olması durumunda elde edeceği sonuç, ICSID'teki talebiyle tamamen örtüşecek ve aynı temele dayanacaktır<sup>51</sup>. Davacının, tahkim yargılamasındaki talebi, ulusal mahkemede ileri sürdüğü ve sözleşmeye dayanan hakkından kaynaklanmaktadır. Davacı, Arnavutluk mahkemelerinde dava açmayı seçmiştir; aynı temel gerekçe (*same fundamental basis*) YKTK Anlaşması'ndan doğan talebine dayanak olarak kabul edemez<sup>52</sup>. Bu çerçevede yatırımcı söz konusu taleplerini ulusal mahkemeler önünde ileri sürmeyi seçmiş olduğundan, YKTK Anlaşması'nın 10. maddesinin ikinci fıkrası gereğince bir seçim yapmış olduğuna ve böylece aynı ödemeye ilişkin taleplerini ICSID'de ileri süremeyeceğine karar vermiştir.

Görüldüğü üzere, *Pantechniki* kararında ulaşılan sonuç, yukarıda incelenen *Genin v Estonia* kararının temsil ettiği ve taraf, dava konusu ve dava sebebi birliği temeline dayanan, sözleşmesel talepler ile YKTK Anlaşması'ndan doğan talepleri birbirinden ayırmanın yeterli olduğu yaklaşımından farklıdır. Bu yeni yaklaşımın temelini, farklı yargı mercileri önündeki davalarda ileri sürülen taleplerin hangi hukukî ilişkiden kaynaklandığının ötesinde, söz konusu taleplerin konularının da niteliksel bir incelemeye tâbi tutulması gerektiği oluşturur<sup>53</sup>. Bu sebeple, söz konusu karar ile yol ayrımı kayıtlarının uygulanmasında benimsenen şekli yaklaşımın üstesinden geldiği ve etkili şekilde uygulanmalarına imkân tanındığı söylenebilir<sup>54</sup>. Bununla birlikte, doktrinde *Pantechniki* kararına yöneltilen temel eleştiri, kararda ortaya konan yaklaşımın yatırımcılar bakımından belirsizlik yaratacağı, bu sebeple hukuki kesinlik ve öngörülebilirlikten uzak olduğuna ilişkindir<sup>55</sup>.

*Pantechniki* kararında kabul edilen yaklaşımın yol ayrımı kayıtlarına ilişkin önceki yaklaşımı tamamen ortadan kaldırıp kaldırmayacağı belirsizdir. Örneğin, *Pantechniki* kararının akabinde verilen *Toto Costruzioni Generali S.P.A. v Republic of Lebanon* kararında<sup>56</sup>, *Pantechniki* karardan önceki kararlara atıf yapan hakem heyeti, aynı davadan bahsedilebilmesi için tarafların, dava sebebi ve konusunun aynı olması gerektiğini belirtmiş, somut davada sözleşmeden doğan talepler ile yatırım anlaşmasından doğan taleplerin “aynı” olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığını ifade etmiştir<sup>57</sup>. Bu çerçevede hakem heyeti *Pantechniki* kararına benzer şekilde

51 *ibid* para 67.

52 *ibid* para 67.

53 Lee A Steven, ‘Two Roads- Two Tribunals: Recent “Fork-in-the- Road” Interpretations’ <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2009/12/16/two-roads-two-tribunals-recent-fork-in-the-road-interpretations/>> Erişim Tarihi 6 July 2019; ‘Fork-in-the-road Provisions in Investment Treaties’,

<<http://www.allenoverly.com/publications/en-gb/Pages/Fork-in-the-road-provisions-in-investment-treaties.aspx>> Erişim Tarihi 6 July 2019.

54 Wang (n 14) 244; McLachlan, Shore and Weiniger (n 8) para 4.108.

55 Wehland (n 11) 90; Petsche (n 2) 395.

56 Karar metni için bkz *Toto Costruzioni Generali S pA. v The Republic of Lebanon*, ICSID Case No ARB/07/12 (7 June 2012) <<https://www.italaw.com/cases/1108>> Erişim Tarihi 6 July 2019. Söz konusu kararla aynı yönde bir başka karar için bkz *Total SA v The Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/04/01 (27 December 2010) <<https://www.italaw.com/cases/1108>> Erişim Tarihi 6 January 2020.

57 *Toto Costruzioni Generali S pA. v The Republic of Lebanon*, para 203 vd.

yatırımcının taleplerinin sözleşmenin ifasından kaynaklanan ek masrafları tazmin etmeye yönelik olarak aynı amacın bulunduğuna ilişkin Lübnan’ın yaptığı itirazları kabul etmemiştir.

Buna karşın, 2014 tarihli *H&H Enterprises Investments, Inc. v Arab Republic of Egypt* kararında<sup>58</sup> ise, hakem heyetinin *Pantechniki* kararında kabul edilen yaklaşımı aynen benimsediği görülmektedir. Söz konusu karara konu olan uyuşmazlıkta, *H&H* adlı şirket ile Mısır hükümetinin sahip olduğu *Grand Hotels of Egypt* isimli şirket arasında Süveyş Körfezinde bulunan otelin işletme ve yönetimine ilişkin sözleşme yapılmıştır. Davacının iddiasına göre, *Grand Hotels of Egypt* tarafından, söz konusu sözleşmede davacı lehine düzenlenmiş olan otelin ve otele bitişik arazinin alım opsiyonu tanınmamış, ayrıca, kendisinin sunmuş olduğu geliştirme planları kabul edilmeyerek ve sürekli işletme lisansı alması engellenerek sözleşmenin ifasının önüne geçilmiştir. *Grand Hotels of Egypt* tarafından, H&H’nin taraflar arasındaki sözleşmeyi ihlal ettiği ve sözleşmenin böylelikle sona erdirildiği gerekçesiyle, söz konusu sözleşmede yer alan tahkim kaydı uyarınca Mısır’da tahkim süreci başlatılmıştır. *H&H* ise, Mısır mahkemelerinde, biri, geliştirme planlarının kabul edilmemesi ve sürekli işletme lisansı almasının engellenmesine, diğeri ise kendisine tanınmış alım opsiyonuna ilişkin olmak üzere iki dava açmıştır. *H&H*, daha sonra, 2009 yılında ABD ile Mısır arasındaki YKTK Anlaşması<sup>59</sup> uyarınca ICSID’e başvurmuş ve Mısır hükümetinin kendisi aleyhine aldığı tahliye kararı ile sözleşme uyarınca sahip olduğu alım opsiyonunu tanımadığı gerekçeleriyle YKTK Anlaşması’nın adil ve eşit muamele, kamulaştırma ve koruma güvenlik ilke ve standartlarını ihlal ettiğini iddia etmiştir. Söz konusu davada Mısır hükümeti, yatırımcının daha önce Mısır mahkemelerinde dava açmakla YKTK Anlaşması’nın VII 3(a) maddesinde yer alan yol ayrımı kaydı uyarınca kendisine tanınan seçim hakkını kullanmış olduğunu ve bu sebeple tahkime başvurma imkânının kalmadığını iddia etmiş ve hakem heyetinin yetkisine itiraz etmiştir. Hakem heyeti, söz konusu itirazı kabul etmiştir.

YKTK Anlaşması’nın anılan hükmü uyarınca, (uyuşmazlığın bir önceki fıkrada belirtilen usuller uyarınca çözümlenememesi durumunda) yatırımcı, uyuşmazlığın doğumundan itibaren altı ay içerisinde, uzlaşma veya müzakere yoluyla çözümlenmemiş olması veya uyuşmazlığın çözümü için daha önce uyuşmazlık taraflarınca kararlaştırılan yöntemlerinden birine başvurulmamış olması ya da yatırımcının ev sahibi devletin yetkili mahkemelerine başvurmamış olması durumunda, uyuşmazlığın ICSID tarafından uzlaşma veya tahkim yoluyla çözümü için başvuru yapabilecektir.

58 Karar metni için bkz *H&H Enterprises Investments, Inc. v Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No ARB/09/15, <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7979.pdf>> Erişim Tarihi 6 July 2019. Karar, bu çalışmada “*H&H Enterprises Investments* kararı” olarak anılmıştır.

59 *Treaty Between the United States of America and the Arab Republic of Egypt Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investments*, <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1123>> Erişim Tarihi 6 July 2019.

Söz konusu hükmü değerlendiren hakem heyeti, yol ayrımı kayıtlarına ilişkin olarak aranan taraf, dava konusu ve dava sebebi birliğinin önceki hakem kararlarına dayandığını, buna karşın somut uyuşmazlığa konu olan YKTK Anlaşması'nın VII 3(a) hükmünde, davacının seçme imkânını kullandığının kabul edilebilmesi için böyle bir birliğin aranmasının şart olarak öngörülmediğini belirtmiştir<sup>60</sup>. Karara göre yol ayrımı kaydında belirtilen seçme hakkının kullanılıp kullanılmadığının tespiti, bu kayda ilişkin YKTK Anlaşması hükmünün yorumunu gerektirmektedir<sup>61</sup>. Söz konusu hükmü yorumlayan hakem heyeti, âkit devletlerin uyuşmazlığın başka bir uyuşmazlık çözüm yoluna veya ulusal mahkemelere götürülmemiş olması şartıyla ICSID tahkimine başvurabilecekleri konusunda uzlaşmaya varmış olduklarını, ICSID tahkiminin temyiz usûlü olarak öngörülmemiş olduğunu, bu bağlamda somut olayda uyuşmazlık hakkında hem daha önceden üzerinde uzlaşılan uyuşmazlık çözüm yöntemlerine hem de ulusal mahkemelere başvurulmuş olduğu sonucuna varmıştır<sup>62</sup>. Bunun yanı sıra, karara göre taraf, dava konusu ve dava sebebinde birlik aranmasına ilişkin yaklaşımın kabul edilmesi, aynı uyuşmazlığın farklı yargı mercileri önünde davaya konu olmasını engelleme amacını taşıyan yol ayrımı kaydının söz konusu amacına da aykırı olacak ve bu kaydı anlamsız hale getirecektir. Taraf, dava konusu ve dava sebebinde birlik aranması yaklaşımı, kesin hüküm doktrinine dayanmakla birlikte, yatırım uyuşmazlıklarında çoğunlukla tahkim yargılaması ile ulusal mahkeme önündeki yargılamanın tarafları (ulusal mahkemelerdeki davaların daha çok devlet aleyhine değil, tüzel kişiliğe sahip devlet organları aleyhine açıldığı da dikkate alındığında) ve dava sebepleri birbirinden farklıdır<sup>63</sup>. Kaldı ki, YKTK Anlaşması'nın anılan hükmünde tarafların aynı olmasına ilişkin herhangi bir şarta yer verilmemiş, somut uyuşmazlığın başka bir çözüm yoluna konu teşkil etmemesi aranmıştır. Dolayısıyla hakem heyetine göre, taraf ve dava konusunun aynı olmasından ziyade, taleplerin aynı temele dayanıp dayanmadığının tespiti gerekmektedir. Bu sebeple davacının ulusal mahkemede dava açmakla kendisi için tahkim yolunu kapattığını söyleyebilmek için, YKTK Anlaşması'na dayanan taleplerin daha önce ulusal mahkemedeki yargılamaya konu olan taleplerle aynı temele sahip olup olmadığının tespiti gerekmektedir. Aynı temele sahip olması durumunda, yol ayrımı kaydında yer alan seçme imkânından yararlanılmış olduğu kabul edilmelidir. Bu çerçevede, hakem heyeti, somut uyuşmazlıkta, yatırımcının Mısır mahkemelerinde açtığı davalardaki taleplerinin, Mısır'da kendisi aleyhine başlatılan tahkim yargılamasındaki savunmalarının ve ICSID tahkim yargılamasındaki taleplerinin tamamının esas itibarıyla otel işletme ve yönetim sözleşmesinin ihlali ile kendisine tanınmış olan alım opsiyonuna ilişkin olduğu ve bu sebeple yatırımcının ICSID tahkimine başvuramayacağı sonucuna varmıştır.

60 *H&H Enterprises Investments* kararı, para 364.

61 *ibid* para 365.

62 *ibid* para 366.

63 *ibid* para 367.



Yine, 2017 yılında verilen *Supervision y Control v Costa Rica* kararında<sup>64</sup> da hakem heyetinin *Pantechniki* yaklaşımını esas itibariyle benimsediği görülmektedir<sup>65</sup>. Karara konu olan İspanya ile Kosta Rika arasındaki YKTK Anlaşması’nın XI.3. maddesi yol ayrımı kaydı değil, feragat hükmü niteliğinde<sup>66</sup> olmasına rağmen, hakem heyeti uyuşmazlık çözümüne ilişkin her iki tür hükmün de paralel yargılamaları engelleme amacının bulunduğundan hareket etmiş ve somut uyuşmazlıkta ulusal mahkeme önündeki dava ile hakem heyeti önündeki davaların aynı dava olup olmadığını *Pantechniki* kararında benimsenen “talebin esas dayanağı” yaklaşımı çerçevesinde yorumlamıştır. Karara göre, davaların aynı olup olmadığını tayininde, söz konusu davalarda ileri sürülen taleplerin aynı normatif temele dayanıp dayanmadığının ve talebin sözleşme dışında özerk şekilde varlığını sürdürüp sürdürmediğinin belirlenmesi gerekir<sup>67</sup>. Eğer her iki uyuşmazlıkta talebin temel sebebi ve amaç aynı ise, davaların aynı olduğu sonucuna varılması gerekir. Somut uyuşmazlığa konu olan davalarda davacının talepleri Kosta Rika’nın araç muayene hizmet oranını sözleşmede düzenlenmesine rağmen ayarlayamamasından kaynaklanmakta ve bu çerçevede uğradığı zarar ile kâr kaybına dayanan tazminat talepleri bakımından aynı sonuç amaçlanmaktadır. Bu çerçevede, somut uyuşmazlıkta hakem heyeti, her iki davanın da Kosta Rika’nın ihmâliinden kaynaklanan kâr kaybının tazmini amacıyla açılmış olduğuna ve bu kapsamda davaların aynı olduğu sonucuna ulaşmıştır.

## II. Değerlendirme

ICSID hakem kararları incelendiğinde, söz konusu kararların büyük çoğunluğunda yol ayrımı kayıtlarında yer alan seçim hakkının kullanılıp kullanılmadığına ilişkin olarak *Genin v Estonia* kararının temsil ettiği yaklaşımın benimsenerek, ulusal mahkeme ile hakem heyeti önündeki davaların taraf, dava konusu ve dava sebebi bakımından aynı olup olmadıklarını araştırdıkları görülmektedir. Söz konusu yaklaşım, aradığı sıkı şartlar sebebiyle şekli bir yaklaşım olarak nitelendirilebilir. Aynı gerekçeyle bu yaklaşımın, yukarıda da ifade edildiği üzere, yol ayrımı kayıtlarının etkililiğine ve bu anlamda paralel yargılamaları engelleme amacına ket vurduğu da söylenebilir. Gerçekten, ulusal mahkemede açılmış olan dava ile tahkim yargılamasına konu olan davanın sıkı şartlara bağlı olarak “aynı dava” olmasının aranması, yatırım ilişkilerinin niteliği dikkate alındığında, söz konusu yargı mercileri önündeki davaların hemen her zaman aynı dava olmadığı sonucuna ulaşmaya müsaittir. Zira yatırımcı

64 *Supervision y Control v Costa Rica*, ICSID Case No ARB/12/4 (18 January 2017), <<https://www.italaw.com/documents/Genin-Award.pdf>> Erişim Tarihi 6 December 2019.

65 Kararın ayrıntılı eleştirisi için bkz. Serena Lee and Myron Phua, ‘*Supervision y Control v Costa Rica*: Developing the *Pantechniki v Albania* Standart for ‘Fork in the Road’ Provisions in Investment Treaties’ (2019) 34(1) ICSID Review 203, 205.

66 Anılan hüküm uyarınca, yatırımcının uyuşmazlığı tahkime götürmesi durumunda, hakem heyetinin vereceği karar nihaidir. Yatırımcı, yatırımın yapıldığı ülke mahkemelerinde dava açmış ve fakat söz konusu mahkemeler henüz karar vermemiş olması durumunda, tahkime gidebilmesi mümkündür. Bu ihtimalde, yatırımcı ulusal mahkeme önündeki davadan kesin olarak feragat etmesi sonucunu doğuracak her türlü önlemi almakla yükümlüdür.

67 *Supervision y Control v Costa Rica*, para 310.

yatırım anlaşması çerçevesindeki davasını ev sahibi devlete karşı açarken, ulusal mahkemede davayı tüzel kişiliğe sahip bir devlet kurumuna karşı açabilmektedir. Yine, yatırımcının ev sahibi devlette kurmuş olduğu bir şirket aracılığıyla davayı söz konusu devlet mahkemelerinde açması, tahkim yargılamasında ise, söz konusu şirket ve yatırımcının davacı konumunda bulunması muhtemeldir<sup>68</sup>. Davalardan birinin yatırım anlaşmasından, diğerinin ise, yatırımcının ev sahibi devlette girdiği bir hukukî ilişkiden doğmasına bağlı olarak da dava sebepleri arasında farklılık olacaktır.

Bunun yanı sıra, Kıta Avrupası hukukunda aynı davanın farklı mahkemelerce görülmesine engel olunmasının aracı olarak kabul edilen derdestlik ve kesin hüküm itirazlarına ilişkin şartların ulusal hukuklarda kabul edildikleri şekliyle, YKTK Anlaşmalarında yer alan yol ayrımı kayıtlarının uygulanması bakımından aynen benimsenmesinin de ne derece doğru olduğu tartışılabilir<sup>69</sup>. Zira, doktrinde de ifade edildiği üzere, (milletlerarası) derdestliğin kabulündeki temel varsayım, aynı davanın açıldığı iki mahkemenin de söz konusu dava bakımından *yetkili* olduğu varsayımı olup, derdestlik itirazıyla aynı davanın söz konusu dava bakımından yetkili olan farklı mahkemelerde eş zamanlı yargılamaya konu olmasından kaynaklanabilecek masraf, zaman ve emek kaybının önüne geçilmesi amaçlanmaktadır<sup>70</sup>. Buna karşın, benzer nitelikte bir yetkisel eşitlik (*jurisdictional equivalence*) durumunun ulusal mahkemeler ile yatırım hakem heyetleri arasında var olduğu, her zaman aynı kesinlikle söylenemez<sup>71</sup>. Zira, ulusal mahkemeler YKTK Anlaşması hükümlerinin uygulanması bakımından ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümü konusunda genellikle yetkilendirilmedikleri gibi, hakem heyetlerinin de -ilgili uyuşmazlık çözüm hükümlerinin kapsamına göre değişebilecek olmakla birlikte- ulusal hukuk düzenlemelerinden doğan tüm davaları görmek bakımından yetkilendirilmemiş olmaları mümkündür<sup>72</sup>. Benzer şekilde kesin hüküm doktrininin iki farklı mahkeme arasındaki ilişkiyi düzenleyen şartlarının da, yol ayrımı kayıtlarının uygulanmasında ulusal mahkemeler ve hakem heyetleri arasında yapılması öngörülen seçim bakımından aynen benimsenmesinin yerindeliği de tartışılmalıdır<sup>73</sup>.

Buna karşın YKTK Anlaşmalarının diğer hükümleri gibi, yol ayrımı kayıtlarının da 1969 tarihli Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin<sup>74</sup> 31 ve 32. maddeleri uyarınca iyi niyetle ve âkit devletlerin karşılıklı yükümlülükleri çerçevesinde uygulanması gerekir<sup>75</sup>. Dolayısıyla söz konusu kayıtlara mümkün olduğunca etki tanyacak

68 Wang (n 14) 239.

69 Lee and Phua (n 65) 214; Gillies Cuniberti, 'Parallel Litigation and Foreign Investment Dispute Settlement' (2006) 21(2) ICSID Review 381, 382-390.

70 Bayraktaroğlu Özçelik (n 7) 31; Lee and Phua (n 65) 214.

71 Lee and Phua (n 65) 214.

72 Lee and Phua (n 65) 214.

73 Lee and Phua (n 65) 214.

74 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin Türkçe metni için bkz <[http://www.unicankara.org.tr/doc\\_pdf/Viyana\\_69.pdf](http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/Viyana_69.pdf)> Erişim Tarihi 6 July 2019.

75 Wehland (n 11) 88; Wang (n 14) 239.

şekilde bir yorum yoluna gidilmesi gerektiği kabul edilmelidir<sup>76</sup>. Bu çerçevede *Pantechniki* kararının temsil ettiği ve taraf, dava konusu ve dava sebebine ilişkin üçlü değerlendirmeyi sıkı şekilde aramayan yaklaşımın yatırım uyuşmazlıklarının niteliğine daha uygun olduğu ve yol ayrımı kayıtlarının amacına ve etkililiğine hizmet edeceği söylenebilir. Bu bağlamda doktrinde de ifade edildiği üzere, ilgili yatırım anlaşmasında yatırım uyuşmazlığının ne şekilde tanımlandığına bağlı olarak, yatırımcının, söz konusu anlaşmadan doğan bir talebe esas itibariyle eşit olan bir taleple ev sahibi devlet aleyhine dava açması durumunda yol ayrımı kaydı uyarınca seçim yaptığı kabul edilebilir<sup>77</sup>.

---

**Hakem Değerlendirmesi:** Dış bağımsız.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

**Finansal Destek:** Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.

**Conflict of Interest:** The author has no conflict of interest to declare.

**Grant Support:** The author declared that this study has received no financial support.

---

### Bibliyografya/Bibliography

- Ataman Fıganmeşe İ, ‘Manufacturing Consent to Investment Treaty Arbitration by Means of the Notion “Arbitration Without Privity”’ (2011) *Annales de la Faculte de Droit dIstanbul* 187-201.
- Aydoğmuş Y, ‘İki Tarafılı Yatırım Anlaşmalarındaki En Ziyade Müsaadeye Mazhar Millet Kaydına İstinaden ICSID’e Başvuru İmkânı’ (2009) 29 *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 21-84.
- Baklacı P, *Uluslararası Yatırım Hukukunda En Çok Gözetilen Ulus Muamelesi* (Beta 2010).
- Bayraktaroğlu Özçelik G, *Milletlerarası Usûl Hukukunda Paralel Davalar* (Yetkin 2016).
- Çal S, *Uluslararası Yatırım Tahkimi ve Kamu Hukuku İlişkisi* (Seçkin 2009).
- Dimsey M, *The Resolution of International Investment Disputes- Challenges and Solutions* (Eleven 2008).
- Ekşi N, ‘Milletlerarası Tahkimde Paralel Yargılamalar (Parallel Litigation)’ (2013) 2(2) *Legal Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi* 15-51.
- Fontanelli F, *Jurisdiction and Admissibility in Investment Arbitration- The Practice and the Theory* (Brill 2017).
- Giray F K, *Milletlerarası Yatırım Tahkiminde Kamulaştırmadan Doğan Tazminat ve Tazminatın Hesaplanmasında Kullanılan Yöntemler* (Beta 2013).
- Giray F K, ‘Türkiye’nin Taraf Olduğu İki Tarafılı Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşmalarında Öngörülen İhtilaf Çözüm Yolları’ (1999) 1 *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 217-228.
- Lee S and Phua M, ‘*Supervision y Control v Costa Rica: Developing the Pantechniki v Albania Standard for ‘Fork in the Road’ Provisions in Investment Treaties*’ (2019) 34(1) *ICSID Review* 203- 223.

---

76 Campbell McLachlan, *Lis Pendens in International Litigation* (Martinus Nijhoff 2009) 266.

77 McLachlan, Shore and Weiniger (n 8) para 4.108.

- Marshall F, 'Risks for Host States of the Entwining of Investment Treaty and Contract Claims: Dispute Resolution Clauses, Umbrella Clauses, and Forks-in-the-Road' (2009) <[https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/best\\_practices\\_bulletin\\_4.pdf](https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/best_practices_bulletin_4.pdf)> Erişim Tarihi 6 July 2019.
- Marshall F, 'Commentary: Pantechniki v Albania decision offers pragmatic approach to interpreting fork-in-the-road clauses' (2009) <<https://www.iisd.org/itm/2009/09/02/commentary-pantechniki-v-albania-decisionofferspragmatic-approach-to-interpreting-fork-in-the-road-clauses/>> Erişim Tarihi 6 July 2019.
- McLachlan C, *Lis Pendens in International Litigation* (Brill 2009).
- McLachlan C, Shore L and Weiniger M, *International Investment Arbitration: Substantive Principles* (Oxford 2017).
- Petsche M A, 'The Fork in the Road Revisited: An Attempt to Overcome the Clash Between Formalistic and Pragmatic Approaches' (2019) 18(2) Washington University Global Studies Law Review 391- 428.
- Pohl J, Mashigo K and Nohen A, 'Dispute Settlement Provisions in International Investment Agreements: A Large Sample Survey', OECD Working Papers on International Investment (2012) 2 <[https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2012\\_2.pdf](https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2012_2.pdf)> Erişim Tarihi 6 July 2019.
- Schreuer C, 'Travelling the BIT Route of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road' (2004) 5 The Journal of World Investment and Trade 231-256.
- Steven LA, 'Two Roads- Two Tribunals: Recent "Fork-in-the- Road" Interpretations' (2009) <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2009/12/16/two-roads-two-tribunals-recent-fork-in-the-road-interpretations/>> Erişim Tarihi 6 July 2019.
- Şanlı C, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yöntemleri* (5th edn, 2013 Beta).
- Tiryakioğlu B, *Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması* (Dayınlarlı 2003).
- Wehland H, *The Coordination of Multiple Proceedings in Investment Treaty Arbitration* (Oxford 2013).
- Wang G, *International Investment Law: A Chinese Perspective* (Routledge 2014).
- <<https://www.collinsdictionary.com/submission/11035/Fork+in+the+road>> Erişim Tarihi 6 July 2019.
- 'Fork-in-the-road Provisions in Investment Treaties', <<http://www.allenoverly.com/publications/en-gb/Pages/Fork-in-the-road-provisions-in-investment-treaties.aspx>> Erişim Tarihi 6 July 2019.



# Public and Private International Law Bulletin

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

## Uluslararası Hukukta Doğu Akdeniz Krizi ve Türkiye ile Libya Arasındaki Deniz Yetki Alanlarını Sınırlandırma Mutabakatının Değerlendirilmesi

The Eastern Mediterranean Crisis from International Law's Aspect and The Assessment of the Turkey-Libya Maritime Boundary Delimitation Agreement

Cüneyt Yüksel \* , Deniz Baran\*\* 

### Öz

Doğu Akdeniz havzası, tarih boyunca sayısız politik güç arasındaki çeşitli uyumsuzluklara tanıklık etmiştir. Günümüzde de özellikle 2000'li yılların başlarından beri büyük hidrokarbon rezervlerinin keşfedilmesini takiben Doğu Akdeniz'e kıyıdaş devletlerin havzadaki deniz alanları üzerinde birbiriyle çakışan hak iddiaları gündeme gelmeye başlamış ve bir paylaşım krizi ortaya çıkmıştır. Bu krizin temelinde, uluslararası deniz hukukuna göre deniz yetki alanlarının hakça ilkelere uygun bir şekilde paylaşılması meselesi yatmaktadır.

Doğu Akdeniz'deki uyumsuzluklara ilişkin en güncel gelişmelerden biri, 27 Kasım 2019 tarihinde Türkiye ve Libya Ulusal Mutabakat Hükümeti arasında, iki devletin Akdeniz'deki deniz yetki alanları arasındaki sınırı belirlemek amacıyla yapılmış olan Mutabakat Muhtırası'dır. Söz konusu Mutabakat, Türkiye'nin Doğu Akdeniz'deki egemenlik haklarını aktif bir şekilde koruması bakımından önemli bir adımdır. Bu makalenin amacı, uluslararası hukukta deniz yetki alanlarının sınırlandırılmasına ilişkin ilke ve kuralları incelemek ve Mutabakat'ın hükümleri ile hukuki temellerini değerlendirmektir. İlk bölümde, Mutabakat'a giden süreci ortaya koymak için Doğu Akdeniz'deki mevcut uyumsuzluklar incelenmektedir. Bunu takiben, deniz yetki alanlarının sınırlandırılmasına ilişkin uluslararası hukukun genel kural ve ilkeleri, uluslararası anlaşmalar ve içtihad hukuku ışığında ortaya konmaktadır. Üçüncü bölümde Mutabakat'ın hükümleri, deniz yetki alanlarının sınırlandırılmasına ilişkin tespit edilmiş olan ilke ve kurallar çerçevesinde değerlendirilmektedir. Son bölümde ise Mutabakat'ın hukuki temelleri ve geçerliliğine ilişkin tartışmalar ele alınmaktadır.

### Anahtar Kelimeler

Uluslararası hukuk, Uluslararası deniz hukuku, Uluslararası hukukta deniz yetki alanlarının sınırlandırılması, Doğu Akdeniz sorunu, Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Libya Devleti Ulusal Mutabakat Hükümeti Arasında Akdeniz'de Deniz Yetki Alanlarının Sınırlandırılmasına ilişkin Mutabakat Muhtırası

### Abstract

The Eastern Mediterranean Basin has witnessed various disputes between numerous political powers throughout history. At the present time, particularly following the discovery of massive hydrocarbon reserves since the 2000's, contending claims of the littoral states on the maritime jurisdiction zones started to come to the fore, thus a distribution crisis in the Eastern Mediterranean arose. The key point of this crisis was the distribution of maritime zones in accord with the equitable principles in international maritime law.

\* **Sorumlu Yazar:** Cüneyt Yüksel (Prof. Dr.), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye.  
E-posta: cuneyt.yuksel@istanbul.edu.tr ORCID: 0000-0001-8580-6967

\*\* Deniz Baran (Arş. Gör.), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye.  
E-posta: denizbaran@istanbul.edu.tr ORCID: 0000-0002-9761-1910

**Atf:** Yüksel C, Baran D, "Uluslararası Hukukta Doğu Akdeniz Krizi ve Türkiye ile Libya Arasındaki Deniz Yetki Alanlarını Sınırlandırma Mutabakatının Değerlendirilmesi" (2020) 40(1) PPII 519. <https://doi.org/10.26650/ppil.2020.40.1.0019>



One of the latest developments regarding the Eastern Mediterranean crisis was the Turkey-Libya Maritime Boundary Delimitation Agreement, signed by the Turkish government and Libyan Government of National Accord on November 27, 2019 with the purpose of determining the maritime boundaries between the two states. This Agreement was very important in terms of Turkey's proactive manner for protecting its own sovereign rights in the Eastern Mediterranean. The purpose of this article is to examine the maritime delimitation rules and principles in international law and assess the provisions and legal foundations of the Agreement. In the first chapter, the current disputes in the Eastern Mediterranean are elaborated in order to understand the path towards the conclusion of the Agreement. Afterwards, the maritime delimitation rules and principles are reviewed with a detailed examination of the main international treaties and international case law. In the third chapter, the provisions of the Agreement are assessed within the frame of those rules and principles. In the final chapter, the legal foundations and debates revolving around the validity of the Agreement are discussed.

**Keywords**

International law, international maritime law, maritime delimitation in international law, the Eastern Mediterranean Crisis, the Turkey-Libya Maritime Boundary Delimitation Agreement

***Extended Summary***

The Eastern Mediterranean Basin has witnessed various disputes between numerous political powers throughout history. Also, at the present time, there are crucial disputes which concern the regional actors as well as the global powers pursuing their own best interests in the Eastern Mediterranean. The global and regional conjuncture which changed particularly after the Cold war era has increased the significance of the Eastern Mediterranean as a maritime interaction region. What actually made this crisis more crucial was the discovery of massive hydrocarbon reserves under the Eastern Mediterranean since the 2000's. Contending claims of littoral states on the maritime jurisdiction zones started to come to the fore, thus a distribution crisis in the Eastern Mediterranean arose. Particularly the contending claims of Turkey, Greece, the Turkish Republic of Northern Cyprus (TRNC) and the Greek Administration of Southern Cyprus (GASC) have rapidly become one of most prominent regional crises in the last decade. So much so that, the historical "Cyprus issue" that exists because of the long-standing disagreement between Turkey and Greece plus GASC has been recharged in such a way as to extend beyond the boundaries of the Cyprus Island itself to the wide maritime area. In fact, the repercussions of this dispute directly affected the other regional actors such as Egypt, Palestine, Israel, Lebanon. and Syria, while it also concerned the political benefits of global actors such as Russia, the European Union (EU), and the United States.

The key point of this crisis was the distribution of maritime zones in accord with the equitable principles in international maritime law as envisaged in the United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS). The fact that Turkey has by far the longest coastline in the Eastern Mediterranean must surely be taken into consideration in the calculations of the maritime boundaries between the littoral states. This is a well-established principle in international case law as evident from many previous judgements by the International Court of Justice (ICJ). Moreover, the fact

that numerous Greek islands in the Eastern Mediterranean are located on the “opposite side” of the median line between the Turkish and Greek mainland matters in those calculations, because it is also a well-established practice in case law not to give full effect to all islands in determining maritime jurisdiction zones among the contending littoral states, when some islands have a significantly disruptive effect for reaching an equitable solution.

One of the latest developments regarding the Eastern Mediterranean crisis was the Turkey-Libya Maritime Boundary Delimitation Agreement, signed by the Turkish government and the Libyan Government of National Accord (GNA) on November 27, 2019 with the purpose of determining the maritime boundaries between two states. Regardless of its title, this is an international treaty as per the definition of the Vienna Convention on the Law of Treaties, hence its provisions are binding for the parties. With this Agreement, Turkey and Libya agreed on a 30-km long maritime boundary near the Crete Island that belongs to Greece. Thus, the parties demonstrated that they do not recognize the maximalist maritime jurisdiction zone claims of Greece on the grounds of the existence of its islands in the Eastern Mediterranean as well as other claims of GASC overlapping Turkey’s claims on the maritime area between Cyprus and Greece. This Agreement was very important in terms of Turkey’s manner for actively protecting its own sovereign rights in the Eastern Mediterranean. Upon the significance of the Agreement, the purpose of this article is to examine the maritime delimitation rules and principles in international law and assess the provisions of the Agreement within the frame of those rules and principles.

Moreover, it is also aimed at clarifying the debates revolving around the validity of the Agreement. As the United Nations (UN) backed Libyan Government of National Accord is the *de jure* government of the country with its preceding legitimacy and possession of international recognition, it is legally capable of undertaking an international obligation, thus signing international agreements on behalf of all the country. Any contrary argument such as the claims of the Libyan House of Representatives asserting the invalidity of the Agreement are not accurate from an international law aspect.

In conclusion, the provisions of UNCLOS and the historical practice of case law, primarily the ICJ’s, must be guiding the resolution of this issue of delimitation of the maritime jurisdiction zones in the Eastern Mediterranean. The prior goal must be to reach legitimate international agreements among the littoral states which would not infringe on the rights of any third parties and correspond to an equitable solution. Until achieving such a goal, Turkey has to continue pursuing a proactive policy, as it did by signing the Agreement with Libya, and must be careful about having all its steps justifiable on legal grounds.

## Uluslararası Hukukta Doğu Akdeniz Krizi ve Türkiye ile Libya Arasındaki Deniz Yetki Alanlarını Sınırlandırma Mutabakatının Değerlendirilmesi

### Giriş

Günümüzden henüz bir asır öncesine kadar insanoğlu için deniz alanları ticari veya ulaşım amaçlı seyrüsefer, denizdeki canlı veya cansız kimi kaynakların çıkarılması ve deniz yatağına kablo döşenmesinin ötesinde fazla bir anlam ifade etmemekteydi. Geniş deniz yataklarının uğruna en sert politik mücadeleleri vermeyi göze alacak bir değer hâline gelmesi 20. yüzyılın ortalarında ilk açık deniz sondaj platformlarının başarıyla faaliyete geçmesiyle gerçekleşmiştir. Bu teknolojinin baş döndürücü bir hızla gelişmesi, insanoğlunun daha önce erişmeyi dahi hayâl etmediği derin deniz alanlarını toplumların refah seviyelerini değiştirmeyi haiz kaynaklar olarak kullanabilmesi imkânını ortaya çıkarmıştır. Dünyadaki birçok deniz alanı hızla artan bu talepten nasibini alırken Türkiye ile birlikte birçok devletin kıyıdaş olduğu Doğu Akdeniz de benzer bir krizle karşı karşıya kalmıştır. Özellikle 21. yüzyılın başından bu yana Doğu Akdeniz, deniz yetki alanlarını sınırlandırma konusunda çok taraflı bir rekabete sahne olmaktadır.<sup>1</sup>

Binlerce yıldır birçok medeniyete beşiklik etmiş ve büyük jeopolitik öneme sahip olmuş Doğu Akdeniz havzası, doğal olarak tarih boyunca sayısız politik güç arasındaki çeşitli uyuşmazlıklara tanıklık etmiştir. Bugün de bölgesel aktörlerin yanı sıra Doğu Akdeniz’de kendi çıkarlarının peşinde olan küresel güçleri ilgilendiren önemli uyuşmazlıkların mevcut olması, tarihi bir perspektiften bakınca doğal bir durumdur. Özellikle Soğuk Savaş dönemi sonrası değişen küresel ve bölgesel konjonktür, Doğu Akdeniz bölgesinin yeni bir deniz etkileşim havzası olarak önemini artırmıştır. Söz konusu uyuşmazlıklar arasında bugün için en öne çıkan ise Doğu Akdeniz’e kıyıdaş devletlerin havzadaki deniz alanları üzerinde birbiriyle çakışan hak iddialarıdır. Özellikle Türkiye, Yunanistan, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti (KKTC) ve Güney Kıbrıs Rum Yönetimi’nin (GKRY) karşılıklı hak iddiaları 2000’li yılların başlarından beri gündemde olmuş ve son on yılda hızla bölgenin ana meselelerinden biri hâline gelmiştir. Öyle ki bu uyuşmazlığın yansımaları Mısır, Filistin, İsrail, Lübnan ve Suriye gibi diğer bölgesel aktörleri doğrudan etkilemekte, ayrıca Rusya, Avrupa Birliği

1 Doğu Akdeniz sorunu ve deniz yetki alanı uyuşmazlıkları için bkz. Sertaç Hami Başeren, *Doğu Akdeniz Yetki Alanları Uyuşmazlığı* (Türk Deniz Araştırmaları Vakfı Yayınları 2010) ; Sertaç Hami Başeren, *Doğu Akdeniz’de Hukuk ve Siyaset* (Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Uluslararası Siyasi ve Ekonomik İlişkiler Araştırma Merkezi 2013); Sami Doğru, ‘Doğu Akdeniz’de Hidrokarbon Kaynakları ve Uluslararası Hukuka Göre Bölgedeki Kıta Sahaneliği ve Münhasır Ekonomik Bölge Alanlarının Sınırlandırılması’ (2015) (119) TBB Dergisi 504; Cihat Yayıcı, *Doğu Akdeniz’in Paylaşım Mücadelesi ve Türkiye* (Kırmızı Kedi Yayınları 2020); Cihat Yayıcı, *Libya Türkiye’nin Denizden Komşusudur* (ASAM 1994); Cihat Yayıcı, ‘Doğu Akdeniz’de Deniz Yetki Alanlarının Sınırlandırılmasında Libya’nın Rolü ve Etkisi’ (2011) 7 (14) Güvenlik Stratejileri Dergisi 17; Sami Doğru ve Herbert Reginbogin, ‘Rethinking East Mediterranean Security: Powers, Allies & International Law’ (2017) 33 Touro L Rev 827; Nicholas A Ioannides, ‘Rough Seas Ahead: The Implementation of the Law of the Sea in the Turbulent Waters of the Eastern Mediterranean Sea’ (2014) 3 Cyprus Hum Rts L Rev 160; Theodore C Kariotis, ‘Hydrocarbons and the Law of the Sea in the Eastern Mediterranean: Implications for Cyprus, Greece, and Turkey’ (2011) 22 (2) Mediterranean Quarterly 45; James Stocker, ‘No EEZ Solution: The Politics of Oil and Gas in the Eastern Mediterranean’ (2012) 66 (4) Middle East Journal 579; Andrew Filis ve Rafael Leal-Arcas, ‘Legal Aspects of Inter-State Maritime Delimitation in the Eastern Mediterranean Basin’ (2013) 11 (3) Oil, Gas & Energy Law Journal.



(AB) ve ABD gibi küresel aktörlerin politik çıkarlarını ilgilendirmektedir. Bölgedeki deniz yetki alanlarına ilişkin söz konusu uyuşmazlığı bu denli kritik kılan ise Doğu Akdeniz'deki potansiyel hidrokarbon sahalarıdır.<sup>2</sup> Zira yakın dönemlerde yapılan hidrokarbon rezervi keşifleriyle birlikte, hâlihazırda Doğu Akdeniz'de dört önemli enerji sahası zaten mevcuttur: Kıbrıs Adası'nın güneyindeki Afrodit, Kıbrıs Adası ile İsrail arasında kalan Leviathan, Kıbrıs Adası ile Mısır arasında kalan Nil ve Kıbrıs Adası ile Girit Adası'nın güneydoğusunda kalan Herodot. Bu tip başkaca sahaların mevcut olduğuna dair beklentiler, kıyıdaş devletlerin havzadaki deniz yetki alanı iddialarını oldukça kritik hâle getirmektedir.

Söz konusu uyuşmazlığa ilişkin en güncel gelişmelerden biri, 27 Kasım 2019 tarihinde Türkiye ve Libya Ulusal Mutabakat Hükümeti (UMH) arasında, iki devletin Akdeniz'deki deniz yetki alanları arasındaki sınırı belirlemek amacıyla bir Mutabakat Muhtırası imzalanmış olmasıdır.<sup>3</sup> Söz konusu Mutabakat, Türkiye'nin Doğu Akdeniz'deki egemenlik haklarını aktif bir şekilde koruması bakımından çok önemli bir adımdır. Aynı zamanda, böyle bir hamle Yunanistan ve GKRY sözde deniz yetki alanlarını ihlâl ettiği gerekçesiyle, başta Yunanistan, GKRY ve AB olmak üzere birçok aktörün tepkisini çekmiştir. Mutabakat'ın imzalanması ve ona yönelik tepkiler, esasında, Doğu Akdeniz'e ilişkin bir süredir taraflar arasında turmanan gerilimin yeni bir aşamasıdır.

Türkiye ile Libya UMH arasında imzalanan Mutabakat bu noktada büyük öneme sahiptir. Öncelikle belirtmek gerekir ki adı ne konmuş olursa olsun, makale içerisinde de inceleneceği üzere, içerdiği hükümler gereği bu metin bir uluslararası andlaşmadır. Mutabakat'ın bu şekilde tescil edilmesi için Birleşmiş Milletler'e (BM) gerekli bildirimler yapılmıştır.<sup>4</sup> Dolayısıyla, hükümleri iki taraf için bağlayıcıdır. Bu Mutabakat ile birlikte iki taraf, Yunanistan'a ait olan Girit Adası'nın yakınından geçen, yaklaşık 30 km uzunluğunda bir sınırdaki mutabık kalmıştır. Böylece, Türkiye ve Libya, Yunanistan'ın bölgedeki Yunan adaları kaynaklı oldukça geniş kapsamlı ve tartışmalı deniz yetki alanı iddialarını tanımadığını göstermiş, ayrıca Yunanistan ile Güney Kıbrıs Rum Yönetimi (GKRY) arasında yer alan deniz alanında kendi yetki iddialarıyla çakışan iddiaları yok saymıştır.

Yüksek önemine binaen, bu makalenin amacı, uluslararası deniz hukukunda deniz yetki alanlarının sınırlandırılmasına ilişkin ilke ve kuralları incelemek ve Türkiye ile

2 Brenda Shaffer, 'Eastern Mediterranean Energy: A Decade After The Major Discoveries' (*Turkish Policy*, 27 Kasım 2018) <<http://turkishpolicy.com/article/936/eastern-mediterranean-energy-a-decade-after-the-major-discoveries>> Erişim Tarihi 15 Şubat 2019.

3 Aynı tarihte iki taraf arasında "Güvenlik ve Askeri İş Birliği Mutabakat Muhtırası" da imzalanmış ve 25 Aralık 2019 tarihinde Türkiye'deki onay süreçlerinden geçmiştir. Makalenin konusu olan Mutabakat Muhtırası'ndan ayrı olan bu Muhtıra için bkz. (*Resmî Gazete*, 26 Aralık 2019) <<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2019/12/20191226-3.pdf>> Erişim Tarihi 16 Şubat 2019.

4 'Letter dated 8 January 2019 from the Chargé d'affaires a.i. of the Permanent Mission of Turkey to the United Nations addressed to the Secretary-General' <<http://undocs.org/S/2019/33>> Erişim Tarihi 20 Şubat 2020; 29 Mart 2020 tarihi itibarıyla tescil işlemi henüz BM Genel Sekreterliği tarafından tamamlanmamıştır.

Libya UMH arasında yapılmış olan deniz yetki alanlarını sınırlandırma anlaşmasının hükümlerini bu çerçevede değerlendirmektedir. Ayrıca Mutabakat'ın geçerliliğine ilişkin tartışmalara açıklık getirilmesi de hedeflenmektedir. İlk bölümde, Mutabakat'a giden süreci ortaya koymak için Doğu Akdeniz'deki mevcut uyuşmazlıklar incelenecektir. Bunu takiben, Mutabakat'ın asıl konusunu oluşturan deniz yetki alanlarını sınırlandırma meselesine ilişkin uluslararası deniz hukukunun genel kural ve ilkeleri ortaya konacaktır. Söz konusu kural ve ilkelerin tespiti için temel uluslararası anlaşmaların yanı sıra özellikle uluslararası içtihat hukuku detaylı bir şekilde irdelenecektir. Üçüncü bölümde ise Mutabakat'ın maddeleri, deniz yetki alanlarının sınırlandırılmasına ilişkin tespit edilmiş olan ilke ve kurallar çerçevesinde değerlendirilecektir. Son bölümde ise Mutabakat'ın hukuki temelleri ve geçerliliğine ilişkin tartışmalar özellikle hükümetlerin tanınması konusu çerçevesinde ele alınacaktır.

## I. Mutabakat Muhtırası'na Giden Yol ve Doğu Akdeniz Sorunu

### A. Kıbrıs Sorunu

Doğu Akdeniz'deki mevcut gerilimlerin arkasındaki temel sebep, son yıllarda Doğu Akdeniz havzasında büyük hidrokarbon sahalarının varlığına dair yapılan keşiflerin bu havzadaki enerji kaynağı potansiyeline işaret etmesidir. Söz konusu keşiflerle birlikte Kıbrıs Adası'nın statüsüne dair Yunanistan ve GKRY ile ortak bir anlaşmaya varılamamasından doğan tarihi "Kıbrıs sorununu" yeniden canlanmış, hatta adanın kara sınırlarını aşarak deniz alanlarına taşmıştır.<sup>5</sup>

Kıbrıs sorununun kökenleri, Osmanlı İmparatorluğu'nun gerileme dönemine uzanmaktadır. Osmanlı, Kıbrıs Adası'nı 1878 yılında Birleşik Krallık'a kiralamıştır.<sup>6</sup> Ancak 1930'lu yılların başlarından itibaren Kıbrıslı Rumlar arasında Yunanistan ile birleşme talepleri yaygın bir hâle gelmeye başlamış ve Kıbrıs'ın Yunanistan ile birleştirilmesi projesi olarak nitelenebilecek "ENOSİS" kampanyası, İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra hız kazanmıştır.<sup>7</sup> Yunanistan, 1954 yılında "Kıbrıs sorununu" BM'ye götürme kararı almış ancak 1954-1958 yılları arasında "halkların kendi geleceğini tayin hakkına (self-determinasyon)" dayanarak BM'ye yaptığı çeşitli başvurularda başarı sağlayamamıştır.<sup>8</sup> Bu dönemde Yunanistan'ın desteğiyle Kıbrıs Adası'nda 1955 yılında EOKA (Ethniki Organosis Kypriou Agoniston) isimli silâhlı örgüt kurulmuş ve bu gelişmeyle birlikte Ada'daki şiddet eylemleri giderek artmıştır.<sup>9</sup> Aynı dönemde Kıbrıslı Türkler buldukları birçok yerleşim yerini terk etmek zorunda kalmışlardır. İngiltere, 1956 yılında yaptığı öneride Ada'da sadece Rumların değil, Kıbrıslı Türklerin

5 Başeren, *Doğu Akdeniz Yetki Alanları Uyuşmazlığı* (n 3) 176.

6 1878 Kıbrıs Konvansiyonu <[https://archive.org/stream/jstor-2186866/2186866\\_djvu.txt](https://archive.org/stream/jstor-2186866/2186866_djvu.txt)> Erişim Tarihi 17 Şubat 2020.

7 Daha detaylı bilgi için bkz Michael B Bishku, 'Turkey, Greece And The Cyprus Conflict' (1991) 8 (1) *Journal of Third World Studies* 165.

8 Kıbrıs Meselesinin Tarihçesi, BM Müzakerelerinin Başlangıcı <[http://www.mfa.gov.tr/kibris-meselesinin-tarihcesi\\_-bm-muzakerelerinin-baslangici.tr.mfa](http://www.mfa.gov.tr/kibris-meselesinin-tarihcesi_-bm-muzakerelerinin-baslangici.tr.mfa)> Erişim Tarihi 18 Şubat 2020.

9 Laurence Stern, 'Bitter Lessons: How We Failed in Cyprus' 1975 (19) *Foreign Policy* 34, 34-37.

de kendi geleceğini tayin etme hakkı bulunduğunu ve bu çerçevede taksim talebinin müzakere edilmesi gereken bir seçenek olduğunu beyan etmiştir.<sup>10</sup>

Yine aynı dönemde, ENOSIS'e karşı kendi örgütlenme çalışmalarına başlayan Kıbrıslı Türkler, adada taksim görüşünü geliştirmişlerdir. Türkiye de bu direniş örgütlenmesini desteklemek noktasındaki kararlılığını ortaya koyunca, Türkiye ile Yunanistan arasında müzakerelerin başlamasına yol açılmıştır. Zürih'te yürütülen müzakerelerin sonucunda Türkiye ile Yunanistan 11 Şubat 1959 tarihinde anlaşmaya varmışlar,<sup>11</sup> Londra'da İngiltere'nin ve Kıbrıs'taki iki toplumun liderlerinin onayını almışlardır.<sup>12</sup> Zürih ve Londra'da imzalanan bu anlaşmaların temelinde Kıbrıs'ın bağımsızlığı, iki toplumun ortaklığı, toplumsal alanda otonomi ve ortaya çıkan çözümün Türkiye, Yunanistan ve İngiltere'nin garantörlüğü altında olması ilkeleri yer almıştır. Bu anlaşmaların zemin hazırlamasıyla birlikte, Kıbrıs Adası'ndaki iki halkın ortaklığı temelinde bağımsız "Kıbrıs Cumhuriyeti" kurulmuştur.<sup>13</sup>

Kıbrıs Cumhuriyeti üzerindeki anlaşma daha ilk yıllardan itibaren uygulanması güç bir proje hâline gelmiştir. Cumhuriyet'in içerisindeki Rum unsurların ENOSIS ajandasını gözetmeye devam etmeleri ve Kıbrıs Türklerini devlet kurumlarından dışlamaya yönelik tavırları iki taraf arasındaki gerilimleri canlı tutmuştur.<sup>14</sup> Zaman içerisinde Ada'da tanık olunan şiddet olayları artmıştır. 1974 yılında EOKA yanlısı cuntanın darbe yapması ve Kıbrıs'ın Yunanistan'ın bir parçası olacak şekilde işgal edilmesi tehlikesi belirdiğinde ise Türkiye'nin silâhlı kuvvetleri Kıbrıslı Türklerin haklarını bu tehlike karşısında korumak üzere askeri müdahalede bulunmuştur.<sup>15</sup> Bu müdahale geniş çaplı bir askeri çatışmaya dönüşmüş ve ancak BM destekli bir ateşkes ile sona erebilmiştir.<sup>16</sup> Ateşkesi takiben Cenevre'de bir araya gelen Türkiye, Yunanistan ve İngiltere dışişleri bakanları Ada'daki düzenin Kıbrıs Cumhuriyeti'ni kuran 1960 Anayasası temelinde yeniden tesis edileceği üzerinde anlaşmış, böylece Kıbrıs'ta fiilen iki ayrı otonom yönetimin bulunduğunu ve anayasal zeminde düzenin tesis edilmesi için bu yönetimler arasında müzakerelerin gerçekleştirilmesi gerektiğini kayıt altına almıştır. Ayrıca, söz konusu ateşkes uyarınca, Ada'nın ortasından kuzey ve güney kısımlarını bölecek şekilde bir tampon bölge ilân edilmiştir.<sup>17</sup>

10 Elihu Lauterpacht, 'Turkish Republic of Northern Cyprus—the Status of the Two Communities in Cyprus' (1990) <<http://www.mfa.gov.tr/chapter1.en.mfa>> Erişim Tarihi 18 Şubat 2020; Clement Dodd, *The History and Politics of the Cyprus Conflict* (Palgrave Macmillan 2010) 26-29.

11 Garanti Anlaşması <[http://www.mfa.gov.tr/garanti-antlasmasi-\\_zurich\\_11-subat-1959\\_.tr.mfa](http://www.mfa.gov.tr/garanti-antlasmasi-_zurich_11-subat-1959_.tr.mfa)> Erişim Tarihi 19 Şubat 2020.

12 'Londra'daki Mutabakat Muhtırası' <[http://www.mfa.gov.tr/kibris-sorununun-uzerinde-anlasmaya-varilan-nihai-cozumun-temelini-aciklayici-muhtira\\_londra\\_19\\_subat-1959\\_.tr.mfa](http://www.mfa.gov.tr/kibris-sorununun-uzerinde-anlasmaya-varilan-nihai-cozumun-temelini-aciklayici-muhtira_londra_19_subat-1959_.tr.mfa)> Erişim Tarihi 19 Şubat 2020.

13 'Kıbrıs Cumhuriyeti'nin Kuruluşuna İlişkin Temel Andlaşma' (1960) <[http://www.mfa.gov.tr/kibris-cumhuriyeti\\_nin-kurulusuna-iliskin-temel-antlasma\\_-1960\\_ingilizce\\_.tr.mfa](http://www.mfa.gov.tr/kibris-cumhuriyeti_nin-kurulusuna-iliskin-temel-antlasma_-1960_ingilizce_.tr.mfa)> Erişim Tarihi 20 Şubat 2020.

14 'Kıbrıs Meselesinin Tarihçesi, BM Müzakerelerinin Başlangıcı' <[http://www.mfa.gov.tr/kibris-meselesinin-tarihcesi\\_-bm-muzakerelerinin-baslangici.tr.mfa](http://www.mfa.gov.tr/kibris-meselesinin-tarihcesi_-bm-muzakerelerinin-baslangici.tr.mfa)> Erişim Tarihi 20 Şubat 2020.

15 '41st Anniversary of Fascist Greek Coup' <<https://mfa.gov.ct.tr/41st-anniversary-of-fascist-greek-coup/>> Erişim Tarihi 20 Şubat 2020.

16 Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Kararı, 'Kıbrıs' (1974) 353.

17 'Tripartite Conference & Geneva Declaration' (United Nations Peacekeeping Force In Cyprus) <<https://unficyp.unmissions.org/tripartite-conference-geneva-declaration>> Erişim Tarihi 20 Şubat 2020.

1983 yılında ise kuzey kısımda kurulan hükümet bağımsızlığını ilân etmiş ve sadece Türkiye tarafından devlet olarak tanınmıştır. BM Güvenlik Konseyi ve uluslararası toplumun büyük çoğunluğu daha önce “Türkiye işgali altındaki Kıbrıs Cumhuriyeti toprakları” olarak nitelediği<sup>18</sup> kuzey bölgesinde yapılan devlet ilânını uluslararası hukuk açısından hükümsüz saymıştır.<sup>19</sup> Türkiye ise ileride kurulacak herhangi bir tek hükümet modelinin çatısı altında Kıbrıslı Türklerin adil katılımı ve temsili güvence altına alınmadığı sürece askeri birliklerini Ada’dan çekmeyeceği konusunda ısrarcı olmuştur. Türkiye ve GKRY arasındaki diplomatik ilişkiler o dönemden bu yana kesilmiş durumdadır.

Krizi çözmek için günümüze kadar iki taraf arasında birçok müzakere ve BM öncülüğünde birçok girişim gerçekleşmiş ancak başarısız olmuştur. Bu girişimler arasında en öne çıkanlardan biri, 1990’lı yıllarda dönemin BM Genel Sekreteri Butros Gali’nin hazırladığı, “Fikirler Dizisi (*Set of Ideas*)” taşıyan ve gayriresmi nitelikte olan anlaşma çerçevesi taslağıdır.<sup>20</sup> Ancak GKRY’de 1993’te yapılan devlet başkanlığı seçimlerini kazanan ve Fikirler Dizisi’ne olan muhalefetiyle bilinen Glafcos Klerides, göreve başlar başlamaz Fikirler Dizisi’ni müzakere etmeyeceğini, esas tercihlerinin AB üyeliği yönündeki çabaları yoğunlaştırmak olduğunu açıklamıştır.<sup>21</sup> AB üyesi Yunanistan’ın da yardımıyla bu yöndeki çabalarına odaklanan GKRY’ye Mart 1995’te AB tarafından adaylık statüsü verilmiştir.

GKRY’ye adaylık statüsü verilmesiyle birlikte Kıbrıs sorunu farklı bir boyuta taşınmış ve o dönemde BM çatısı altında devam eden müzakere sürecine AB’nin doğrudan müdahil olmasının yolu açılmıştır. Nitekim Türk tarafının tezine göre, meselenin AB zeminine çekilmesi Yunanistan için bir dolaylı ENOSİS’i sağlama hamlesidir.<sup>22</sup> Gerçekten de bir taraftan BM’nin öncülüğünde iki tarafın eş düzeyde görüldüğü Güven Artırıcı Önlemler Paketi<sup>23</sup> gibi adımlar atılırken, öte taraftan AB’nin KKTC aleyhine ihracat yasağı gibi uygulamaları devreye girmiştir.<sup>24</sup> Özellikle 1997 yılındaki Lüksemburg Zirvesi’nde AB’nin GKRY ile üyelik müzakerelerini başlatma kararı, Kıbrıs sorununun BM öncülüğündeki müzakere sürecine ve o döneme kadarki çözüm parametrelerine büyük bir darbe vurmuştur.<sup>25</sup> Zira Kıbrıs Adası’ndaki iki ayrı otonom yönetimin akıbetine ilişkin bir kesinlik olmadan GKRY’nin tüm adanın meşru temsilcisi sıfatıyla AB’de yer almasına yol açılmış ve Türk tarafı için ciddi ölçüde

18 Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Kararı, ‘Kıbrıs’ (1975) 367.

19 Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Kararı, ‘Kıbrıs’ (1983) 541.

20 ‘Set of Ideas’ (1992) <[http://www.mfa.gov.tr/set-of-ideas\\_1992\\_en.mfa](http://www.mfa.gov.tr/set-of-ideas_1992_en.mfa)> Erişim Tarihi 21 Şubat 2020; bu taslağın detayları için bkz Süha Bölükbaşı, ‘Boutros-Ghali’s Cyprus Initiative in 1992: Why Did It Fail?’ (1995) 31 (3) Middle Eastern Studies 460.

21 Bölükbaşı (n 20) 474, 479.

22 ‘Kıbrıs Meselesinin Tarihçesi, BM Müzakerelerinin Başlangıcı’ (n 14).

23 Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Kararı, ‘Kıbrıs’ (1993) 889.

24 ‘Judgement of the Court’ (*Eur-Lex*, 1994) <<https://eurlex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61992CJ0432&from=EN>> Erişim Tarihi 22 Şubat 2020.

25 ‘Kıbrıs Meselesinin Tarihçesi, BM Müzakerelerinin Başlangıcı’ (n 14).

dezavantajlı bir durum yaratılmıştır. Öte yandan, ortaya çıkan tüm dezavantajlara rağmen, dönemin BM Genel Sekreteri Kofi Annan'ın 1999'daki girişimleriyle başlayan ve 2004'te Ada çapında gerçekleştirilip Türk tarafının kabul ettiği ancak Rum tarafının reddettiği referanduma kadar süren Annan Plânı'nda Türkiye yapıcı bir rol oynamıştır.<sup>26</sup> Nitekim, GKRY'nin 1 Mayıs 2004 tarihinde, "Kıbrıs Cumhuriyeti" adı altında AB'ye tam üye olmasıyla birlikte bu durum kalıcı hâle getirilmiştir.<sup>27</sup> Türkiye ise GKRY'nin AB'ye tam üyeliğinin gerçekleştiği gün yaptığı açıklamada, AB'ye katılacak olan Rumların, Kıbrıs Türklerini veya Kıbrıs'ın tamamını temsil etmeye yetkili olmadıklarını, eşit statüye sahip Kıbrıs Türkleri veya Kıbrıs Adası'nın tamamı üzerinde yetki veya egemenliklerinin bulunmadığını ve "Kıbrıs Cumhuriyeti"nin Kıbrıs Türklerine zorla dayatılmayacağını belirtmiştir.<sup>28</sup> Ancak müzakerelerin BM parametrelerinde; yani siyasi eşitlik ve iki kesimlilik temelinde, eşit statüde iki Kurucu Devleti haiz yeni bir Ortaklık kurulması amacıyla yürütülmesine hâlâ gayret edilmektedir.

## B. Doğu Akdeniz'de Deniz Yetki Alanlarının Paylaşımı Krizi

Her ne kadar Doğu Akdeniz'deki mevcut krizin kökenleri, yukarıda belirtildiği üzere, Kıbrıs sorununun çıkış noktasına kadar uzansa da aktüel olarak krizin GKRY'nin 2003'ten itibaren Mısır, Lübnan ve İsrail ile deniz yetki alanı sınırlandırma anlaşmaları imzalaması hamleleriyle ortaya çıktığı söylenebilecektir.<sup>29</sup> Türkiye'nin itiraz ettiği ve geçersiz addettiği<sup>30</sup> bu anlaşmalardan Lübnan ile olanı hariç diğerleri yürürlüğe girmiştir.<sup>31</sup> GKRY, bu anlaşmalarla beraber hem KKTC'yi yok sayıp adanın tümünü temsilen hareket etmiş hem de Türkiye'nin kıta sahanlığı ile çakışan bazı alanları tek taraflı olarak kendi deniz yetki alanı olarak saymıştır. Öte yandan, Yunanistan'ın hakkaniyet ilkelerine uygun olmayan bir biçimde Türkiye'nin potansiyel münhasır ekonomik bölgesini (MEB) ve kıta sahanlığını sınırlandırma çabaları Ege sorununun bir uzantısı olarak Doğu Akdeniz bağlamında zaten mevcuttur.<sup>32</sup> Ancak şüphesiz

26 'BM Kapsamlı Çözüm Planı (Annan Planı)' <[http://www.mfa.gov.tr/bm-kapsamli-cozum-planı-annan-planı\\_tr.mfa](http://www.mfa.gov.tr/bm-kapsamli-cozum-planı-annan-planı_tr.mfa)> Erişim Tarihi 22 Şubat 2020.

27 'The history of the European Union - 2004' (*European Union*, 2004) <[https://europa.eu/european-union/about-eu/history/2000-2009/2004\\_en](https://europa.eu/european-union/about-eu/history/2000-2009/2004_en)> Erişim Tarihi 22 Şubat 2020.

28 'Press Release Regarding the EU Enlargement, 1 May 2004' <[http://www.mfa.gov.tr/press-release-regarding-the-eu-enlargement\\_-1-may-2004.en.mfa](http://www.mfa.gov.tr/press-release-regarding-the-eu-enlargement_-1-may-2004.en.mfa)> Erişim Tarihi 22 Şubat 2020.

29 Mısır ile imzalanan anlaşma için bkz 'Kıbrıs Cumhuriyeti ile Mısır Arap Cumhuriyeti arasında imzalanan Münhasır Ekonomik Bölgenin Sınırlandırılması Anlaşması' (17 Şubat 2003) <<https://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/TREATIES/EGY-CYP2003EZ.pdf>> Erişim Tarihi 17 Şubat 2020; Lübnan ile imzalanan anlaşma için bkz 'Cyprus-Lebanon, Cyprus-Israel Offshore Delimitation' (*Mees*, 28 Eylül 2012) <<https://www.mees.com/2012/9/28/opened-documents/cyprus-lebanon-cyprus-israel-offshore-delimitation/f994d750-6d1a-11e7-9675-d5a0b0510107>> Erişim Tarihi 17 Şubat 2020; İsrail ile imzalanan anlaşma için bkz 'İsrail Devleti Hükümeti ile Kıbrıs Cumhuriyeti Hükümeti Arasında imzalanan Münhasır Ekonomik Bölgenin Sınırlandırılması Anlaşması' <[https://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/TREATIES/cyp\\_isr\\_eez\\_2010.pdf](https://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/TREATIES/cyp_isr_eez_2010.pdf)> Erişim Tarihi 17 Şubat 2020.

30 Doğru, 'Doğu Akdeniz'de Hidrokarbon Kaynakları ve Uluslararası Hukuka Göre Bölgedeki Kıta Sahanlığı ve Münhasır Ekonomik Bölge Alanlarının Sınırlandırılması' (n 3) 514-515.

31 Söz konusu anlaşmaların uygulamalarına dair detaylar için bkz Başeren, *Doğu Akdeniz Yetki Alanları Uyuşmazlığı* (n 3) 18-26.

32 Sevin Toluner, *Milletlerarası Hukuk Açısından Türkiye'nin Bazı Dış Politika Sorunları* (2. baskı, Beta 2004) 18-31.

ki Türkiye'nin de diğer kıyıdaş devletler gibi Doğu Akdeniz'de meşru talepleri ve hakları vardır. Türkiye henüz MEB ilânında bulunmamış olsa da kara topraklarının doğal uzantısı sayılan, kendiliğinden (*ipso facto*) ve en baştan itibaren (*ab initio*) kıyı devletine bazı haklar doğuran ve dolayısıyla ilân edilmesi gerekmeyen kıta sahanlığı sayesinde bu haklara sahip durumdadır.<sup>33</sup>

Özet olarak, GKRY'nin kendi deniz yetki alanı olarak ilan ettiği Doğu Akdeniz'in kimi kısımlarının Türkiye'nin kıta sahanlığı ve potansiyel MEB'i ile çakışması, dahası GKRY'nin çok uluslu bazı petrol şirketlerine bu kısımlarda petrol-doğalgaz arama ve sondaj ruhsatları çıkarması, Doğu Akdeniz'deki mevcut krizin fitilini ateşlemiştir.<sup>34</sup> Zira, Türkiye, GKRY tarafından bilhassa İtalyan petrol şirketi ENI, Fransız Total ve ABD'li ExxonMobil'e arama ve sondaj ruhsatı verilen bazı alanların Türkiye'nin kıta sahanlığı ve potansiyel MEB'i ile çakıştığını öne sürmektedir.<sup>35</sup>

Ayrıca KKTC'nin Ada'nın doğal kaynaklarının paylaşımı noktasında yok sayılması da Türkiye tarafından kabul edilemeyecek bir durumdur.<sup>36</sup> Türkiye'nin görüşüne göre, Kıbrıslı Türklerin Ada açıklarındaki doğal kaynaklar üzerinde GKRY ile aynı şekilde devredilemez ve doğal hakları mevcut olduğu ve GKRY iki tarafın ortak rızasıyla bir ortak yönetim tesis edilene kadar Kıbrıs Cumhuriyeti adı altında tüm adayı temsil etme hakkına sahip olmadığı için, Türkiye böyle bir birleşme gerçekleşene kadar KKTC'yi kendi deniz yetki alanları üzerinde egemen hakları olan, bağımsız bir devlet olarak tanımakta ve buna göre adımlar atmaktadır.<sup>37</sup> Nitekim, bu görüşün bir sonucu olarak, Türkiye Eylül 2011'de Doğu Akdeniz'de GKRY'nin attığı adımlara karşı politik dengeyi sağlamak için KKTC ile yakın işbirliğine girmiş ve iki taraf Kıbrıs Adası'nın kuzey kıyıları ile Türkiye arasında kıta sahanlığı alanlarının sınırını belirleyen Kıta Sahanlığı Sınırlandırma Anlaşması'nı imzalamıştır.<sup>38</sup> Bu andlaşmanın ardından

33 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi (10 Aralık 1982) (BMDHS) m 77.

34 'Cyprus approves Eni, Total, Exxon offshore block deals' (*Reuters*, 17 Mart 2017) <<https://www.reuters.com/article/energy-cyprus/cyprus-approves-eni-total-exxon-offshore-block-deals-idUSL5N1GU316>> Erişim Tarihi 24 Mart 2020; şirketlere verilen ruhsatlara ilişkin detaylar için bkz. Ayla Gürel ve Laure Le Cornu, 'Turkey and Eastern Mediterranean Hydrocarbons', (*GPoT Center*, Ekim 2013) <[http://www.gpotcenter.org/dosyalar/TRhydrocarbons\\_Gurel\\_Lecornu\\_2013.pdf](http://www.gpotcenter.org/dosyalar/TRhydrocarbons_Gurel_Lecornu_2013.pdf)> Erişim Tarihi 23 Şubat 2020, 7-8; 'Turkey slams ExxonMobil's exploration in eastern Med' (*AA*, 19 Kasım 2018) <<https://www.aa.com.tr/en/energy/energy-diplomacy/turkey-slams-exxonmobils-exploration-in-eastern-med/22342>> Erişim Tarihi 23 Şubat 2020.

35 Gürel ve Cornu (n 34) 16.

36 "TRNC too, beside RoC, claims equal, inalienable and inherent rights on offshore reserves for the exploration, extraction and processing of natural resources and that EEZ delimitation is directly linked to the sovereignty issue, which is part of the ongoing comprehensive settlement negotiations, and should be left to the discretion of the new partnership government, which would emerge out of any future settlement between two sides.", 'Statement by the Ministry of Foreign Affairs of the Turkish Republic of Northern Cyprus' <<http://mfa.gov.ct.tr/statement-by-the-ministry-of-foreign-affairsof-theturkish-republic-of-northern-cyprus/>> Erişim Tarihi 20 Şubat 2020.

37 Gürel ve Cornu (n 34) 11-12.

38 'Press Statement On The Continental Shelf Delimitation Agreement Signed Between Turkey And The TRNC' (21 Eylül 2011) <[http://www.mfa.gov.tr/no\\_-216\\_-21-september-2011\\_-press-statement-on-the-continental-shelf-delimitation-agreement-signed-between-turkey-and-the-trnc.en.mfa](http://www.mfa.gov.tr/no_-216_-21-september-2011_-press-statement-on-the-continental-shelf-delimitation-agreement-signed-between-turkey-and-the-trnc.en.mfa)> Erişim Tarihi 21 Şubat 2020; Bu anlaşmada 27 coğrafi koordinat ile sınırlandırma çizgisi belirlenmiş ancak çizginin doğu ve batı uçları ise açık bırakılarak gelecekte yapılacak bir anlaşmayla belirlenmesi kararlaştırılmıştır. Ayrıca, Türkiye ile Kıbrıs arasında kıta sahanlığı sınırını Anadolu ile Kıbrıs kıyıları arasında çizilecek olan ortay hattın ilgili koşullar ve özellikle orantılılık ilkesi dikkate alınarak Türkiye ve KKTC için sırasıyla 2/3 ve 1/3 oranlarında kıta sahanlığı bırakacak şekilde güneye doğru kaydırılması söz konusu olmuştur, bkz. Kıta Sahanlığı Sınırlandırma Anlaşması, (*Resmî Gazete*, 10 Ekim 2012), <<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/10/20121010-3-1.pdf>>.

Türk Petrolleri Anonim Ortaklığı (TPAO), KKTC'nin deniz yetki alanlarında petrol ve doğalgaz arama ve sondaj yapma konusunda yetkilendirilmiştir.<sup>39</sup> Yetki verilmesini takip eden yıllarda TPAO'ya ait gemiler Kıbrıs Adası'nın açıklarında sismik araştırmalara başlamış,<sup>40</sup> GKRY de bu adımlara karşı farklı ülkelerden enerji şirketlerine ruhsat verme faaliyetlerine devam etmiştir.<sup>41</sup>

GKRY'nin sondaj ruhsatı verdiği şirketlerden biri olan ENI'nin, 2015'te Mısır açıklarında, Doğu Akdeniz havzasında o zamana kadar bulunmuş en büyük doğalgaz rezervini keşfettiğini duyurmasıyla birlikte<sup>42</sup> Doğu Akdeniz'deki hidrokarbon potansiyeline yönelik beklentiler teyit edilince,<sup>43</sup> taraflar arasındaki gerilim, beklenebileceği üzere, daha da yükselmiştir. Özellikle son yıllarda karşılıklı güç gösterileri artmıştır. Türkiye 2018 ve 2019 yıllarında Doğu Akdeniz'de araştırma ve sondaj faaliyetleri için sırasıyla Fatih<sup>44</sup> ve Yavuz<sup>45</sup> isimli iki gemiyi daha devreye sokmuştur. Bu arada ifade etmek gerekir ki ExxonMobil, Şubat 2019'da, Doğu Akdeniz'de dünyanın en büyük üçüncü doğalgaz yatağının keşfedildiği haberini duyurmuştur.<sup>46</sup> 2019 yılında, Türkiye tarihindeki en büyük deniz tatbikatı olan ve 103 askeri gemi ile birlikte binlerce askerin katılım gösterdiği "Mavi Vatan" tatbikatını gerçekleştirmiştir.<sup>47</sup> Bunu Mısır, Yunan ve GKRY ordularının ortak askeri tatbikatı olan "Medusa 8" izlemiştir.<sup>48</sup>

Öte yandan, GKRY ve Yunanistan'ın da içerisinde yer aldığı bazı bölge devletleri, 2019 yılında Türk hükümetine Türk gemilerinin Kıbrıs açıklarında gerçekleştirdiği

39 'TRNC issues new license to TPAO' (AA, 9 Temmuz 2012) <<https://www.aa.com.tr/en/turkey/trnc-issues-new-license-to-tpao/356630>> Erişim Tarihi 24 Şubat 2020.

40 Gürel ve Cornu (n 34) 14-15.

41 2014 yılından bir örnek için bkz 'Cyprus in Gas Exploration Deal with ENI, Kogash' (IndustryWeek, 30 Temmuz 2014) <<https://www.industryweek.com/technology-and-iiot/energy/article/21963359/cyprus-in-gas-exploration-deal-with-eni-kogash>> Erişim Tarihi 25 Şubat 2020.

42 'Eni discovers a supergiant gas field in the Egyptian offshore, the largest ever found in the Mediterranean Sea' (Eni, 30 Ağustos 2015) <<https://www.eni.com/en-IT/media/press-release/2015/08/eni-discovers-a-supergiant-gas-field-in-the-egyptian-offshore-the-largest-ever-found-in-the-mediterranean-sea.html>> Erişim Tarihi 25 Şubat 2020.

43 Daha önce söz konusu potansiyele ilişkin bazı araştırma raporları mevcuttu. 2010 yılında yayımlanan ABD kaynaklı bir jeolojik araştırma raporu, Doğu Akdeniz'de Levant kıyılarının açıklarında 122 trilyon fit küpe varan doğalgaz ve 1,7 milyar varile varan petrol kaynaklarının olabileceğini, ayrıca Doğu Akdeniz havzasındaki hidrokarbon kaynaklarının henüz üçte ikisinin keşfedilmemiş olduğunu öne sürmekteydi. Bkz. 'Assessment of Undiscovered Oil and Gas Resources of the Levant Basin Province, Eastern Mediterranean' (USGS, 1 Mart 2010) <<https://pubs.usgs.gov/fs/2010/3014/>> Erişim Tarihi 26 Şubat 2020; ayrıca bkz. Sarah Vogler ve Eric V Thompson, 'Gas Discoveries in the Eastern Mediterranean: Implications for Regional Maritime Security' (German Marshall Fund, Mart 2015) <[www.gmfus.org/file/4519/download](http://www.gmfus.org/file/4519/download)> Erişim Tarihi 27 Şubat 2020.

44 Murat Temizer, 'Turkey's Fatih vessel off for 1st deep drilling in Med.' (AA, 31 Mayıs 2018) <<https://www.aa.com.tr/en/energy/energy-diplomacy/turkeys-fatih-vessel-off-for-1st-deep-drilling-in-med/20307>> Erişim Tarihi 28 Şubat 2020.

45 Murat Temizer, 'Turkey sends Yavuz vessel for oil exploration in E. Med.' (AA, 20 Haziran 2019) <<https://www.aa.com.tr/en/energy/energy-diplomacy/turkey-sends-yavuz-vessel-for-oil-exploration-in-e-med/25830>> Erişim Tarihi 28 Şubat 2020.

46 Nasos Koukakis, 'ExxonMobil makes biggest natural gas discovery in two years off the coast of Cyprus' (CNBC, 28 Şubat 2019) <<https://www.cnbc.com/2019/02/28/exxonmobil-makes-big-natural-gas-discovery-off-the-coast-of-cyprus.html>> Erişim Tarihi 1 Mart 2020.

47 (AA, 5 Mart 2019) <<https://www.aa.com.tr/en/pg/photo-gallery/blue-homeland-2019/0>> Erişim Tarihi 1 Mart 2020.

48 'Joint Greek Egyptian Cypriot exercise MEDUSA 8' (DefencePoint 12 Nisan 2019) <<https://defence-point.com/2019/04/12/joint-greek-egyptian-cypriot-exercise-medusa-8/>> Erişim Tarihi 3 Mart 2020.

ve uluslararası hukuka aykırı olarak niteledikleri faaliyetleri durdurma çağrısı yapmıştır.<sup>49</sup> GKRY'nin Kıbrıs Adası'nda kendileri tarafından tanınan tek hükümet ve AB üyesi olmasından ötürü, AB liderleri de Türk gemilerinin Doğu Akdeniz'deki faaliyetlerini hukuka aykırı olarak niteleyen resmi bir bildiri yayımlamıştır.<sup>50</sup> Ayrıca AB'nin Türkiye'ye olan finansal yardımın azaltılması, havacılık anlaşmasına yönelik müzakerelerin askıya alınması ve Türkiye ile olan yüksek seviyedeki müzakerelerin durdurulması gibi bazı yaptırımların devreye sokulması söz konusu olmuştur.<sup>51</sup> Türkiye ise bu yaptırımları "değersiz" gördüğünü belirterek, tüm dış baskılara rağmen Doğu Akdeniz'deki faaliyetlerini kararlılıkla sürdüreceğini beyan etmiştir.<sup>52</sup>

Sonuç olarak, tarihi Kıbrıs sorunu günümüzde Doğu Akdeniz'deki deniz yetki alanlarının paylaşımı uyuşmazlıklarının merkezinde yer almaktadır. Bu sorun artık BM Barış Gücü birliklerinin denetimindeki bir yeşil hat ile ikiye ayrılmış olan Ada'nın kara sınırlarını aşan bir sorun hâline gelmiştir.<sup>53</sup> Doğu Akdeniz'deki paylaşım krizinin bir yönünü bu oluşturmaktadır. Türkiye açısından diğer yönünü ise diğer kıyıdaş devletlerle olan deniz yetki alanlarını sınırlandırma anlaşmazlıkları veya anlaşmaları oluşturmaktadır. Bu anlaşmalardan biri de Türkiye ile Libya arasındaki Mutabakat Muhtırası'dır. Zira Türkiye ve UMH'nin yaptığı anlaşma uluslararası alanda büyük yankı uyandırmıştır, çünkü Doğu Akdeniz'deki mevcut enerji denklemini ABD ve Rusya gibi kıyıdaş olmayan devletler de dahil olmak üzere birçok devleti ve çok uluslu petrol şirketleri yahut silahlı örgütler gibi birçok devlet dışı aktörü ihtiva etmektedir. Bu sebeptendir ki Mutabakat'ın yürürlüğe girmesinden hemen sonra, Yunanistan Aralık 2019'da BM'ye Mutabakat'a ilişkin itirazlarını sunan iki mektup iletmış,<sup>54</sup> Yunanistan ve Mısır dışişleri bakanları bu anlaşmaya karşı nasıl bir ortak stratejinin geliştirileceğini tartışmak üzere toplanmış,<sup>55</sup> AB bu anlaşmaya dair kaygılarını belirtmiş<sup>56</sup> ve İsrail, Türkiye'nin attığı adıma karşı yanıt vermek için EastMed Boru

49 'Cyprus, Greece, Egypt call on Turkey to end 'provocative' actions' (*Reuters*, 8 Ekim 2019) <<https://www.reuters.com/article/us-cyprus-turkey-ship/cyprus-greece-egypt-call-on-turkey-to-end-provocative-actions-idUSKBN1WN1R0>> Erişim Tarihi 4 Mart 2020; ayrıca GKRY'nin BM Güvenlik Konseyi'ne yaptığı bildiriye bkz 'Letter dated 13 November 2019 from the Permanent Representative of Cyprus to the United Nations addressed to the Secretary-General' <<https://undocs.org/en/A/74/549>> Erişim Tarihi 5 Mart 2020.

50 'Valetta Bildirisi' (14 Haziran 2019) <<https://www.gov.mt/en/Government/DOI/Press%20Releases/Documents/PR191327.pdf>> Erişim Tarihi 5 Mart 2020, para 22-24.

51 'Turkey's illegal drilling activities in the Eastern Mediterranean: Council adopts framework for sanctions' <<https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2019/11/11/turkey-s-illegal-drilling-activities-in-the-eastern-mediterranean-council-adopts-framework-for-sanctions/>> Erişim Tarihi 5 Mart 2020; ayrıca bkz. 'The EU's relationship with Turkey is failing' (*The Economist*, 25 Temmuz 2019) <<https://www.economist.com/europe/2019/07/25/the-eus-relationship-with-turkey-is-failing>> Erişim Tarihi 7 Mart 2020.

52 Dorian Jones, 'Turkey Dismisses EU Sanctions, as Tensions Escalate over Cyprus' (*Voanews*, 18 Temmuz 2019) <<https://www.voanews.com/europe/turkey-dismisses-eu-sanctions-tensions-escalate-over-cyprus>> Erişim Tarihi 8 Mart 2020.

53 Başşeren 'Doğu Akdeniz Yetki Alanları Uyuşmazlığı' (n 3) 176.

54 Permanent Mission Of Greece To The United Nations <<https://www.skai.gr/sites/default/files/attachments/2019-12/3065%20Letter%20SC%20Libya%203.pdf>> Erişim Tarihi 9 Mart 2020.

55 'Egyptian FM discusses Libya with Greek, Italian counterparts' (*Egypt Today*, 23 December 2019) <<https://www.egypttoday.com/Article/2/78968/Egyptian-FM-discusses-Libya-with-Greek-Italian-counterparts>> Erişim Tarihi 20 Şubat 2020.

56 'Outcome Of The Council Meeting' <[https://www.consilium.europa.eu/media/41952/st14949\\_final-en19.pdf](https://www.consilium.europa.eu/media/41952/st14949_final-en19.pdf)> Erişim Tarihi 9 Mart 2020.



Hattı Projesi'nin hızlandırılması çağrısı yapmıştır.<sup>57</sup> Libya devletinin meşru yasama organı olduğunu iddia eden ve Libyalı General Halife Hafter'in kontrolü altında olan Tobruk merkezli Temsilciler Meclisi'nin Başkanı ise, "Bu anlaşma geçersizdir. Bu anlaşmayı imzalayanların hukuken yetkisi yoktur." beyanında bulunmuştur.<sup>58</sup> Dolayısıyla, söz konusu Mutabakat'ın hem usuli hem de maddi boyutlarına ilişkin ilgili uluslararası hukuk normlarını tespit etmek ve ortaya atılan iddiaları bu çerçevede değerlendirmek büyük önem arz etmektedir.

## II. Uluslararası Hukukta Deniz Yetki Alanlarının Sınırlandırılmasına İlişkin İlke ve Kurallar<sup>59</sup>

Doğu Akdeniz'deki mevcut ve potansiyel hidrokarbon kaynaklarının paylaşımına ilişkin temel sorun, her bir devletin deniz yetki alanlarının belirlenmesi ve yetki alanları, dolayısıyla hidrokarbon yataklarının yer aldığı deniz tabanları arasındaki sınırların çizilmesi sorunudur. Uluslararası deniz hukukuna göre deniz yetki alanlarının sınırlandırılmasında çeşitli ilke ve yöntemlere başvurulmaktadır. Temel olarak, her kıyı devletin kendi kıyısının açıklarındaki deniz alanları üzerinde egemenliğini ileri sürme hakkı vardır. Bu deniz alanları, her biri farklı nitelikte ve derecede egemen haklar veren, ayrıca çok farklı mesafeleri kapsayan karasuları, bitişik bölge, kıta sahanlığı ve münhasır ekonomik bölge (MEB) gibi farklı kategorilerden oluşmaktadır.<sup>60</sup> Örneğin, MEB bir kıyı devletine kendi kıyılarından itibaren 200 deniz mili mesafeyi geçmeyecek alanda denizdeki, deniz yatağındaki ve yeraltındaki kaynaklardan faydalanma hakkı verirken,<sup>61</sup> kıta sahanlığı benzer hakları sadece deniz yatağı ve yeraltı için geçerli olmak üzere ve kıyılardan en fazla 350 deniz mili mesafeye kadar vermektedir.<sup>62</sup> Dolayısıyla, farklı kıyıda devletlerin bulunduğu belirli bir bölgede her bir kıyı devletin bu azami

57 'Cyprus rallies Israel, other neighbors to counter Turkey-Libya maritime deal' (*TimesofIsrael* 21 Aralık 2019) <<https://www.timesofisrael.com/cyprus-rallies-israel-other-neighbors-to-buck-turkey-libya-maritime-deal/>> Erişim Tarihi 11 Mart 2020; EastMed Projesi'nin detaylı açıklamaları için bkz 'Eastern Mediterranean Pipeline Project' (*NS Energy*) <<https://www.nsenerybusiness.com/projects/eastern-mediterranean-pipeline-project/>> Erişim Tarihi 12 Mart 2020.

58 Temsilciler Meclisi Başkanı Aguila Saleh Issa'nın açıklaması için bkz 'Head of Libya parliament says Turkey-Libyan deal invalid' (*Reuters* 12 December 2019) <<https://www.reuters.com/article/us-greece-libya-turkey/head-of-libya-parliament-says-turkey-libyan-deal-invalid-idUSKBN1YG26Z>> Erişim Tarihi 11 Mart 2020.

59 Uluslararası hukukta deniz yetki alanlarının sınırlandırılmasına ilişkin bazı temel eserler için bkz. Yoshifumi Tanaka, *The International Law of the Sea* (Cambridge University Press 2012); Robin Churchill ve Vaughan Lowe, *The Law of the Sea* (3. b.s., Manchester University Press); Louis B Sohn vd, *Cases and Materials on the Law of the Sea* (2. b.s., Brill Nijhoff 2004); Yoshifumi Tanaka, *Predictability and Flexibility in the Law of Maritime Delimitation* (Hart 2002); Barbara Kwiatkowska, *Submissions to the UN CLCS in Cases of Disputed and Undisputed Maritime Boundary Delimitations or Other Unresolved Land or Maritime Disputes of Developing States* (Vandeplass Publishing 2012); Clive H Schofield, Seokwoo Lee ve Moon-Sang Kwon, *The Limits of Maritime Jurisdiction* (Brill Nijhoff 2013); David H Anderson, *Modern Law of the Sea: Selected Essays* (Brill Nijhoff 2007) Chapter 22-25; Selami Kuran, *Uluslararası Deniz Hukuku*, (6. bs, Beta 2020); Malcolm Evans, 'Maritime Delimitation and Expanding Categories of Relevant Circumstances' (1991) 40 (1) *The International and Comparative Law Quarterly* 1; Jonathan Charney, 'Progress in International Maritime Boundary Delimitation Law' (1994) 88 (2) *The American Journal of International Law* 227; Yoshifumi Tanaka, 'Unilateral Exploration and Exploitation of Natural Resources in Disputed Areas: A Note on the *Ghana/Côte d'Ivoire* Order of 25 April 2015 before the Special Chamber of ITLOS' (2015) 46 (4) *Ocean Development & International Law* 315; Victor Stoica, 'The Development of Maritime Delimitation by the International Court of Justice' (2018) 20 *Romanian J Int'l L* 114,114.

60 Söz konusu deniz alanlarına ilişkin detaylı bilgi için bkz. Tanaka, *The International Law of the Sea* (n 59) 76-149; daha özet bilgi için bkz. Hüseyin Pazarcı, *Uluslararası Hukuk* (17. bs, Seçkin 2019) 263-278.

61 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi, m 55-57.

62 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi, m 76-77.

mesafelerde deniz yetki alanı iddia etmesine yetecek kadar bir toplam alan yoksa ve hak iddiaları birbirleriyle çakışıyorsa, deniz yetki alanlarının sınırlandırılmasına ilişkin kurallar devreye girmektedir. Zira hiçbir devlet bu tip durumlarda tek taraflı olarak kendi deniz yetki alanlarının sınırlarını belirleyemeyecektir. Söz konusu sınırlandırma, doğası gereği iki veya çok taraflı yapılmalıdır.<sup>63</sup> Doğu Akdeniz bağlamında ise bilhassa MEB ve kıta sahanlığı alanlarının sınırlandırılmasına ilişkin kuralları tespit etmek gereklidir.

Günümüzde, deniz yetki alanlarının sınırlandırılmasına ilişkin kuralların temel kaynakları uluslararası teamül hukuku, BM Deniz Hukuku Sözleşmesi (BMDHS) ve başkaca ilgili uluslararası andlaşmalardır.<sup>64</sup> Sınırlandırma noktasında uyumsuzluğa düşmüş olan devletlerin uluslararası mahkemelere ve hakemlik mekanizmalarına taşıdıkları davalarda verilmiş olan kararlardan oluşan geniş bir içtihat hukuku da uluslararası deniz hukukunun bu alanına dair kurallara ve ilkelere ışık tutmaktadır.

Hem 1982 tarihli BMDHS hem de 1958 tarihli Cenevre Kıta Sahanlığı Sözleşmesi, MEB ve/veya kıta sahanlığı alanlarının sınırlarının öncelikli olarak ilgili devletler arasında yapılacak bir anlaşma ile çizilmesi gerektiğini düzenlemektedir.<sup>65</sup> Böyle bir anlaşmanın amacının da “hakça bir çözüme” ulaşmak olduğu belirtilmektedir.<sup>66</sup> Eğer ilgili devletler kesin olarak bir anlaşmaya varamazlar ise BMDHS’nin XV. Bölümü’nde öngörölmüş olan diğer barışçıl çözüm yollarını denemeleri, ayrıca anlaşma yahut diğer barışçıl çözüm yolları vesilesiyle henüz bir sonuca ulaşamadıkları süreçte en azından karşılıklı anlayış ve işbirliği ruhu içerisinde geçici düzenlemeler yapmaları gerektiği düzenlenmiştir.<sup>67</sup> Elbette, bu adımların her biri yine hakça çözüme ulaşma esasında uygulanmalıdır. Hakça çözüm ilkesinin aynı zamanda bir uluslararası teamül hukuku kuralı olduğu kabul edilmektedir.<sup>68</sup>

Hakça çözümün çerçevesini oluşturan ilkeler kesin bir listesi yapılabilecek olan belirli sayıda ilkeler olmayıp her bir vakanın kendine özgü şartların dikkate alınmasını gerektirmektedir. Bu sebeple, anılan hükümler son derece genel bir dil ile kaleme alınmıştır.<sup>69</sup> Ancak hakça ilkelerin içtihat hukukunda nasıl uygulandığının incelenmesi suretiyle bu kavramın çerçevesine hangi durumların girdiğini tespit etmek mümkündür. Bu bakımdan, hakça çözüm ilkesinin hem nasıl uygulandığını hem de ne tür koşulların bu kavram kapsamında değerlendirildiğini incelemek faydalı olacaktır.

63 Maine Körfezi Davası (Kanada v Amerika Birleşik Devletleri) [1984] ICJ Rep 165, para 112.

64 Başta 1958 yılında yapılan Cenevre Sözleşmeleri olmak üzere devletler arasında yapılan iki veya daha çok taraflı anlaşmalar.

65 1958 Kıta Sahanlığı Anlaşması (1958) 499 U.N.T.S. 311, m. 6; Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi, m 74, 83.

66 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi, m 74 (1), 83 (1); 1958 Kıta Sahanlığı Anlaşması m 6 açıkça hakça ilkeleri zikretmeye de başka özel koşulların farklı bir sınırlamayı haklı göstermemesi durumunda ortay hattın sınır olarak kabul edileceğini söyleyerek üstü kapalı olarak benzer bir sonuca ulaşmaktadır; ayrıca detaylı yorumlar bkz. Churchill ve Lowe (n 59) 182.

67 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi, m 74 (2) ve (3), 83 (2) ve (3).

68 Tanaka, *The International Law of the Sea* (n 59) 192.

69 Nitekim uluslararası hukukun kaynakları konusundaki temel referans olarak kabul edilen Uluslararası Adalet Divanı Statüsü m. 38’in de BMDHS’deki hakça çözüm kavramını aydınlatıcı bir içeriğe sahip olmadığı belirtilmiştir, Tanaka, *The International Law of the Sea* (n 59) 191.

İçtihat hukukunda deniz yetki alanlarının sınırlandırılmasında öncelikli olarak geleneksel ve en temel yöntem olan eşit uzaklık yöntemine başvurulduğu görülmektedir.<sup>70</sup> Eşit uzaklık yöntemine göre karşılıklı veya yan yana yer alan ve farklı devletlere ait kıyılar arasındaki orta noktalar bulunmakta, bu noktaların birleştirilmesiyle bir ortay hat oluşturulmakta ve bu hat deniz yetki alanlarının sınırı olarak kabul edilmektedir. Ancak içtihat hukukunda eşit uzaklık yöntemi katı bir şekilde, yani koşulsuzca her zaman geçerli olacak bir şekilde uygulanmamıştır. Öyle ki 1969 yılında Uluslararası Adalet Divanı'nın (UAD) karara bağladığı Kuzey Kıta Sahanelığı Davası'nda Divan, hakça çözüme ulaşmak hedefinin, deniz yetki alanlarının sınırlandırılmasına ilişkin tüm vakalarda geçerli olan tek ortak zemin olduğunu, bunun dışında her koşul altında uygulanması zorunlu olan başka bir kuralın bulunmadığını belirterek eşit uzaklık yöntemi de dahil olmak üzere hiçbir yöntemin bağlayıcı olmadığını altını çizmiştir.<sup>71</sup> Doktrinde bu yaklaşım “sonuç odaklı yaklaşım” olarak nitelenmiştir.<sup>72</sup>

Bu noktada, bir bakıma Kuzey Kıta Sahanelığı Kararı'nın aksine olacak şekilde, 1977 tarihinde bir hakemlik divanınca karara bağlanan İngiltere-Fransa Kıta Sahanelığı Davası'nda “yeniden düzenlenmiş, değiştirilmiş eşit uzaklık sınırı” anlayışının ortaya konduğu önemle ifade edilmelidir.<sup>73</sup> Bu anlayışa göre, ilk olarak bir ortay hat oluşturulacak ancak her bir vakaya özgü koşulların mevcudiyeti sebebiyle bu hat az veya çok bazı değişikliklere maruz kalacaktır. Böylece, hakemlik divanı, hakça ilkeleri eşit uzaklık yöntemine göre çizilen sınırı “düzeltici” bir işleve sahip olarak görmüştür.<sup>74</sup> Öte yandan, 1982 tarihli Tunus-Libya Kıta Sahanelığı<sup>75</sup> ve 1984 tarihli Maine Körfezi<sup>76</sup> davaları ise Kuzey Kıta Sahanelığı Davası'nda ortaya konan anlayışı devam ettirmiştir. Bilhassa, Maine Körfezi Davası'nda hakça çözüm ölçütlerine ilişkin belli bir sistematik ortaya koyan bir tanımın olmadığı söylenerek hakça çözüme uygun bir sınır belirlenirken izlenmesi gereken sabit aşamaların olmadığı kanaati açıkça vurgulanmıştır.<sup>77</sup> 1985 tarihli Libya-Malta Kıta Sahanelığı Davası'nda ise İngiltere-Fransa Kıta Sahanelığı Davası'nda kullanılan benzer bir yöntem benimsenerek önce ortay hat bulunup daha sonra ilgili koşullar çerçevesinde bu hat değiştirilmiş olsa da teorik olarak sonuç odaklı yaklaşım benimsenmeye devam edilmiştir.<sup>78</sup> Nitekim aynı yaklaşım 1990'ların başlarına kadar başkaca deniz yetki alanlarını sınırlandırma kararlarına da yansımıştır.<sup>79</sup>

70 Nitekim 1958 Kıta Sahanelığı Anlaşması m. 6 da açıkça temel kuralın bu olduğunu belirtmiştir.

71 Kuzey Kıta Sahanelığı Davası (Danimarka v Almaya) [1968] ICJ Rep 9, para 92; para 101.

72 Tanaka, *The International Law of the Sea* (n 59) 193.

73 The Anglo-French Continental Shelf Arbitration (1977) Reports of International Arbitral Awards, s 116, para 249.

74 Tanaka, *The International Law of the Sea* (n 59) 193.

75 Tunus-Libya Kıta Sahanelığı Davası (Libya v Tunus) [1982] ICJ Rep 18, 59, para. 70.

76 Maine Körfezi Davası, s 300, para 112.

77 Maine Körfezi Davası, s 312-313, para 157-158.

78 Libya-Malta Kıta Sahanelığı Davası (Libya v Malta) [1985] ICJ Rep 13, s 52-53, para 73.

79 Örnek için bkz. 1985 tarihli Gine-Gine Bissau Davası ve 1992 tarihli St. Pierre ve Miquelon Davası.

1993'teki Grönland-Jan Mayen Davası ise UAD'nin söz konusu anlayışının değişime uğraması açısından bir dönüm noktası olmuştur.<sup>80</sup> Hem kıta sahanlıklarının hem de MEB'lerin ayrı ayrı sınırlandırılmasını konu edinen davada, başlangıç noktası olarak bir ortay hattın çizilmesi gerektiği ve daha sonra özel koşullar bu hattın değiştirilmesini gerektiriyorsa değişikliklerin yapılması şeklinde bir formül uygulanmıştır.<sup>81</sup> Bu formülün, yani geçici olarak çizilecek bir ortay hattın ilk adım olarak belirlenmesi gerekliliğinin bir uluslararası teamül hukuku kuralı olduğu, UAD tarafından ilk kez ortaya konmuştur.<sup>82</sup> Bu yaklaşım, Jan Mayen Kararı'ndan sonraki UAD ve başkaca hakemlik kararlarında da benimsenmiştir. 1999 tarihli Eritre-Yemen Hakemlik Kararı,<sup>83</sup> UAD'nin 2001 tarihli Katar-Bahreyn Davası<sup>84</sup> ile 2012 tarihli Nikaragua-Kolombiya Davası<sup>85</sup> ve Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi'nin (ITLOS) Bengal Körfezi'ndeki Deniz Alanlarının Sınırlandırılması Davası<sup>86</sup> buna örnektir. Öte yandan, önemle ifade etmek gerekir ki 2007 tarihli Nikaragua-Honduras Davası'nda UAD bu duruma istisna oluşturup Jan Mayen Davası öncesindeki yaklaşımın devamı niteliğinde bir yaklaşım geliştirmiştir.<sup>87</sup> Ancak bu istisna haricinde UAD'nin ve başkaca uluslararası uyuşmazlık çözüm mekanizmalarının Jan Mayen Davası'ndan sonra ağırlıklı olarak uyguladığı yaklaşımın doktrinde de benimsendiği görülmektedir. Bunun en büyük sebebi, her vakanın kendine özgü şartları çok büyük farklılık arz edebileceği için ilk aşamada bir referans noktası belirlemenin hukukun uygulanmasının aşırı sübjektif ve esnek olmamasını sağlayacağı yönündeki kanaattir.<sup>88</sup> Sonuç odaklı yaklaşımın, uluslararası deniz hukuku kurallarının normatif yönünü zayıflattığı ve büyük ölçüde bir tahmin edilemezliğe yol açtığı altı çizilmiştir.<sup>89</sup>

2009 tarihli Romanya-Ukrayna Davası ayrıca ifade edilmesi gereken bazı özellikler taşımaktadır. Temelde Jan Mayen Davası ile birlikte gelişen yaklaşımı takip eden ve deniz yetki alanlarının sınırlandırılmasında ilk aşamada ortay hattın tespitini gerekli gören bu kararda UAD, ilk kez üç aşamalı bir formül ortaya koymuştur. İkinci aşamada ilgili koşullara göre ortay hattın değiştirilmesi öngörülürken, üçüncü aşamada ise taraf devletlerin kıyı uzunluklarının orantısı esasında sınırın yeniden gözden geçirilmesi

80 Tanaka, *The International Law of the Sea* (n 59) 194.

81 Grönland-Jan Mayen Davası (Grönland, Jan Mayen v Danimarka, Norveç) [1993] ICJ Rep 38, s 61, para 51.

82 Grönland-Jan Mayen Davası, s 62, para 53.

83 Eritre-Yemen Hakemlik Kararı (1998), s 1005, para 131–132.

84 Katar-Bahreyn Davası (Katar v Bahreyn) [2001] ICJ Rep 40, s 91, para 167.

85 Nikaragua-Kolombiya Davası (Kolombiya v Nikaragua) ICJ GL No 124 (2012), s 703-704, para 215.

86 *Delimitation of the Maritime Boundary in the Bay of Bengal* (Bangladesh /Myanmar), (ITLOS Reports 2012), s 87, para 323-324.

87 İlk aşamada bir ortay hat çizilmesinin zorunlu olmadığı belirtilmiştir, bkz Nikaragua-Honduras Davası (Nikaragua v Honduras) ICJ GL No 120 (2007), s 745, para 281; bu kararın daha detaylı bir incelemesi için bkz. Yoshifumi Tanaka, 'Case Concerning the Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (8 October 2007)' (2008) 23 IJMCL 342–343.

88 Tanaka, *The International Law of the Sea* (n 59) 197.

89 ibid

gerektiği belirtilmiştir.<sup>90</sup> Bu şekilde orantılılığın içtihat hukukunda başlı başına bir aşama olarak öngörülmesi, Doğu Akdeniz meselesinin hukuki boyutu açısından da önemli bir emsal teşkil etmektedir.

Buraya kadar içtihat hukukuna göre deniz yetki alanlarının hakça çözüm ilkesine uygun sınırlandırılmasının nasıl yapıldığına odaklanılmıştır. Bir diğer husus ise her bir vakaya özgü hangi koşulların sınırlamada dikkate alındığıdır. Her ne kadar tüm koşulların kesin bir listesini yapmak imkansız olsa da içtihat hukukunda genel olarak coğrafi ve coğrafi olmayan koşullar şeklinde bir sınıflandırma yapılmaktadır.<sup>91</sup> Coğrafi koşullar arasında kıyıların biçimleri, orantılılık, adaların varlığı ve durumu, jeolojik ve jeomorfolojik özellikler, bölgede üçüncü devletlerin varlığı gibi unsurlar yer almaktadır.<sup>92</sup> Coğrafi olmayan koşullar arasında ise ekonomik faktörler, tarafların daha önceki tutumları, tarihi haklar, ulusal güvenlik, seyrüsefere ilişkin faktörler, çevresel faktörler gibi unsurlar yer almaktadır.<sup>93</sup>

Doğu Akdeniz meselesinde söz konusu koşulların birkaç tanesi gündeme gelebilecekse de bunlar arasından en öne çıkanları ortantılılık ve adaların durumudur. Deniz yetki alanlarının sınırlandırıldığı bir bölgede kıyıdaş olan her bir devletin ilgili deniz alanına olan kıyıların uzunlukları arasındaki oranın dikkate alınması anlamına gelen orantılılık ilkesi, içtihat hukukundaki neredeyse tüm emsallerde sınırın değişimini etkileyen ilgili koşullar çerçevesinde dikkate alınmıştır.<sup>94</sup> Zira uluslararası deniz hukukunun temel ilkelerinden biri karanın denize hakim olması, dolayısıyla deniz alanlarının sınırlandırılması gibi hususlarda referans noktası olarak kabul edilmesidir.<sup>95</sup> Örneğin, Kuzey Kıta Sahaneli Davası'nda, adil ve hakkaniyete uygun bir paylaşımın elde edilmesi için kıyı şeritlerinin oranlanması gerekliliği açıkça belirtilmiştir.<sup>96</sup> Hatta daha önce Romanya-Ukrayna Davası'na ilişkin açıklamada belirtildiği üzere, orantılılığın kimi zaman başlı başına müstakil bir ölçüt olarak kullanılması söz konusu olmuştur ki bu durum, orantılılığın içtihat hukuku uygulamasında gitgide daha çok önem kazandığını ve daha geniş bir işleve sahip görüldüğü anlamına gelmektedir.<sup>97</sup>

Deniz yetki alanlarının sınırlandırıldığı bir bölgede ada vb. coğrafi oluşumların bulunmasının paylaşımında esas alınacak sınırları az veya çok etkileyeceği kabul

90 Romanya-Ukrayna Davası, (Romanya v Ukrayna) [2009] ICJ Rep 61, s 101–103, para 115–122; bu davanın detaylı incelemesi için bkz. Yoshifumi Tanaka, 'Reflections on Maritime Delimitation in the *Romania/Ukraine* Case before the International Court of Justice' (2009) 56 NILR 397,419–420.

91 Tunus-Libya Kıta Sahaneli Davası, s 9, para 13.

92 Tanaka, *The International Law of the Sea* (n 59) 198-208.

93 Tanaka, *The International Law of the Sea* (n 59) 208-213.

94 Kuzey Kıta Sahaneli Davası, s 52, para 98; Libya-Malta Kıta Sahaneli Davası, s 24, para 39; Jan Mayen Davası, s 65–69, para 61–69; ayrıca bkz. Tanaka (n 59) 199; Jonathan I Charney, *The Delimitation of Ocean Boundaries* (1987) 18 OCEAN DEV & INT'L L 497, 515.

95 Kuzey Kıta Sahaneli Davası, s 51, para 96.

96 Kuzey Kıta Sahaneli Davası, s 52, para 98.

97 Tanaka, *The International Law of the Sea* (n 59) 201.

edilmektedir.<sup>98</sup> İctihat hukuku hakça çözüme ulaşmaya çalışırken ilkesel olarak adaların çeşitli ölçeklerde de olsa belli bir deniz yetki alanına sahip olacağını teyit etmektedir. Zira ilkesel olarak adaların MEB ve kıta sahanlığı gibi deniz yetki alanlarına sahip olmalarına bir engel olmasa da<sup>99</sup> her vakanın kendine özgü koşulları çerçevesinde adaların deniz yetki alanlarına birtakım kısıtlamalar getirilebilmektedir. Bu kısıtlamalara karar verilirken söz konusu adaların büyüklüğü, üzerinde sürekli bir nüfusun bulunup bulunmaması gibi çeşitli unsurlar değerlendirilmektedir.<sup>100</sup>

Adaların sahip olduğu deniz alanları noktasında genel olarak dört seçeneğin mevcut olduğu görülmektedir: Tam deniz yetki alanının verilmesi, yarım deniz yetki alanının verilmesi, çevreleme yöntemi (*enclave*) ve hiç deniz yetki alanının verilmemesi.<sup>101</sup> İlk seçeneğin uygulandığı örneklerden biri Katar-Bahreyn Davası'dır.<sup>102</sup> Bu davada Hawar ve Janan adalarının deniz yetki alanlarının sınırlandırılmasında tam etkiye sahip olmasına karar verilmiştir.<sup>103</sup> Daha yakın tarihli Nikaragua-Honduras Davası'nda da Karayip Denizi'nde Honduras'a ait bazı adaların ve Nikaragua'ya ait bir adanın tam etkiye sahip olacağı kabul edilmiştir.<sup>104</sup> Eritre-Yemen Hakemlik Kararı'nda ise "adaların anakaranın bütünüyle parçası" olduğu durumlarda tam etkiye sahip olabilecekleri gibi bir ölçüt geliştirilmiştir.<sup>105</sup> Böyle bir ölçüt, Türkiye ile Yunanistan anakaraları arasında yüzlerce adanın bulunmasından ötürü Doğu Akdeniz'deki uyuşmazlıklar bağlamında önem arz etmektedir.

İkinci seçeneğin, yani adalara yarım etki tanınmasının, en öne çıkan örnekleri arasında Tunus-Libya Kıta Sahanlığı ve Maine Körfezi davaları gösterilebilecektir. İlk kararda, Tunus'a ait Kerkennah Adaları'na,<sup>106</sup> ikinci kararda ise Kanada'ya ait Seal Adası'na yarım etki verilmiştir.<sup>107</sup> UAD, bu davalarda neden böyle bir tercih yaptığını detaylı olarak gerekçelendirmemişse de esas olarak bu adaların anakaraya olan yakınlığına vurgu yapılmıştır.<sup>108</sup>

Çevreleme yöntemi ise bir adanın, kıyılarından belli bir mesafe uzaklıkta olan noktaların birleştirilmesiyle oluşan dairesel veya yarı-dairesel alan içerisinde kalan sulara yetki alanına sahip olması anlamına gelmektedir. Söz konusu mesafe genelde birkaç deniz milini geçmeyecek şekilde oldukça sınırlı olmaktadır. Bu uygulamanın

98 Derek Bowett, 'Islands, Rocks, Reefs, and Low-Tide Elevations in Maritime Boundary Delimitations' in Jonathan I Charney and Lewis M Alexander (eds), *International Maritime Boundaries* (Brill Nijhoff 1993) 131.

99 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi, m. 121.

100 Tanaka, *The International Law of the Sea* (n 59) 66.

101 ibid 204-205.

102 Bu davaya ilişkin detaylı bir inceleme için bkz. Yoshifumi Tanaka, 'Reflections on Maritime Delimitation in the Qatar/Bahrain Case' (2003) 52 (1) *The International and Comparative Law Quarterly* 53.

103 Katar-Bahreyn Davası, s 109, para 222.

104 Nikaragua-Honduras Davası, s 752, para 304-305.

105 Eritre-Yemen Hakemlik Kararı, s 1007, para. 139; s. 1008, para.150-151.

106 Tunus-Libya Kıta Sahanlığı Davası, s 85, para 120.

107 Maine Körfezi Davası, s 337, para 222.

108 Tanaka, *Predictability and Flexibility in the Law of Maritime Delimitation* (n 59) 251-252.

en tipik örneklerinden biri İngiltere-Fransa Kıta Sahanlığı Davası'nda görülmektedir. Bu davaya bakan hakemlik divanı, İngiltere'nin egemenliğinde olan ancak Fransa'nın Normandiya ve Brittany kıyılarına çok yakın mesafede bulunan Kanal Adaları'na geniş bir deniz yetki alanı vermenin hakça bir sonuç doğurmayacağını düşünmüş<sup>109</sup> ve bu adalara sadece kıyılarından 12 millik mesafeye uzanan bir yarı dairesel deniz yetki alanı verilmesini kararlaştırmıştır.<sup>110</sup> İçtihat hukukunun bir örneği olmayıp bir uluslararası anlaşma olan, Papua Yeni Gine ve Avustralya arasındaki 1978 tarihli Torres Boğazı Anlaşması da çevreleme yönteminin yaygın olarak kullanılması bakımından önemli bir örnek teşkil etmektedir.<sup>111</sup> Önemle belirtmek gerekir ki çevreleme yöntemi genel olarak ortay hattın karşı tarafında yer alan adalar için uygulanmaktadır.<sup>112</sup> Bunun sebebi ise İngiltere-Fransa Kıta Sahanlığı Davası'nda Kanal Adaları için belirtildiği üzere, ortay hattın karşı tarafında yer alan adalara geniş deniz yetki alanlarının tanınması durumunda, o tarafta yer alan devletin deniz yetki alanlarının ciddi ölçüde daralacak olmasıdır.<sup>113</sup> Böyle bir durum, doğal olarak hakça bir çözüme ulaşılmasını engelleyecektir. Nitekim Torres Boğazı Anlaşması'nda da ortay hattın karşı tarafında kalan birçok adaya çok kısıtlı, dairesel deniz alanları verilmiştir.<sup>114</sup>

Kimi zaman ise bazı adalara sınırlı da olsa herhangi bir deniz alanı tanınmasının dahi hakça çözüm ilkesine aykırı olabileceğinden hareketle, bazı kararlarda adalara hiçbir deniz yetki alanı tanınmamıştır. Böyle bir tercih yapmayı gerektiren durumlar çeşitli olabilmektedir. Örneğin, Tunus-Libya Kıta Sahanlığı Davası'nda Jerba Adası'na anakaradan çok dar bir boğazla ayrılıyor olması sebebiyle hiçbir etki tanınmamıştır.<sup>115</sup> Katar-Bahreyn Davası'nda Qit'at Jaradah Adası'na<sup>116</sup> ve Romanya-Ukrayna Davası'nda Yılan Adası'na yerleşime uygun olmayan küçük birer ada olmaları sebebiyle hiçbir etki tanınmamıştır.<sup>117</sup>

Doğu Akdeniz ve Ege'de yer alan birçok Yunan adasının ortay hattın Türkiye tarafında yer aldığı göz önüne alındığında, yukarıda anlaşmalar hukukundan ve içtihat hukukundan ortaya konan emsallere göre bu adaların tam deniz yetki alanına sahip olması uygulanan uluslararası hukuka uygun düşmeyecektir. Doğu Akdeniz'de Türkiye ile Yunanistan arasındaki deniz yetki alanlarının sınırları belirlenirken orantılılık ilkesi ile birlikte bu durumun da dikkate alınması kaçınılmazdır.

109 The Anglo-French Continental Shelf arbitration (Reports of International Arbitral Awards 1977), s 93, para 196.

110 The Anglo-French Continental Shelf arbitration, s 94-95, para 201-202.

111 Torres Boğazı Anlaşması (1978) <<http://www.austlii.edu.au/au/other/dfat/treaties/1985/4.html>> Erişim Tarihi 1 Mart 2020.

112 Başeren, *Doğu Akdeniz Yetki Alanları Uyuşmazlığı* (n 3) 43.

113 The Anglo-French Continental Shelf arbitration, s 92, para 195.

114 Torres Boğazı Anlaşması (Ek-2) (n 109), <<http://www.austlii.edu.au/au/other/dfat/treaties/1985/4.html>> Erişim Tarihi 1 Mart 2020;

115 Tunus-Libya Kıta Sahanlığı Davası, s 85, para 120.

116 Katar-Bahreyn Davası, s 109, para 219.

117 Romanya-Ukrayna Davası, s 109-110, para 149; önemle ifade etmek gerekir ki BMDHS m 121 (3) de üzerinde sürkeli nüfusun yaşam kuramayacağı nitelikteki ada vb. coğrafi oluşumların kıta sahanlığı ve MEB'e sahip olamayacağını düzenlemektedir.

### III. Uluslararası Hukuk Çerçevesinde Mutabakat Muhtırası'nın Hükümlerinin Değerlendirilmesi

Tam adı “Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Libya Devleti Ulusal Mutabakat Hükümeti Arasında Akdeniz’de Deniz Yetki Alanlarının Sınırlandırılmasına ilişkin Mutabakat Muhtırası” olan Mutabakat, 27 Kasım 2019 tarihinde imzalanmış ve 8 Aralık 2019’de yürürlüğe girmiştir.<sup>118</sup> Öncelikle belirtmek gerekir ki adı ne konmuş olursa olsun içerdiği hükümler gereği bu metin bir uluslararası andlaşmadır, çünkü hem Mutabakat’ın hükümleri taraflara doğrudan hak ve yükümlülükler doğurmaktadır hem de Mutabakat’ın Birleşmiş Milletler’e (BM) de bu şekilde tescil edilmesi için gerekli bildirimler yapılmıştır.<sup>119</sup> Dolayısıyla, hükümleri iki taraf için bağlayıcıdır.<sup>120</sup>

Mutabakat’ın 1. maddesinde iki taraf, Yunanistan’a ait olan Girit Adası’nın yakınından geçen, yaklaşık 30 km uzunluğunda bir sınırdaki mutabakat kalmıştır. Sınırın iki ucunun koordinatları şu şekildedir: 34° 16’ 13.720’K- 026° 19’ 11.640’D ile 34° 09’ 07.9’K- 026° 39’ 06.3’D. Bu andlaşmada koordinatlar Dünya Jeodezik Sistemi WGS-84<sup>121</sup> sistemine göre saptanmıştır. 1. maddenin sonunda ise çizilen sınır sonucunda ortaya çıkan harita ve detaylı koordinatlar için Mutabakat’ın eklerine (Ek-1 ve Ek-2) atıfta bulunulmuştur. Önemle belirtmek gerekir ki söz konusu sınır, tarafların kıta sahanlıkları ve potansiyel MEB’leri arasındaki sınırdır ve Türkiye tarafından Doğu Akdeniz’de MEB ilânının yapıldığı anlamına gelmemektedir.

Mutabakat’ın 2. maddesi, harita ve detaylı koordinatların aldığı Ek-1 ve Ek-2’nin anlaşmanın ayrılmaz bir bütünü olduğunu belirtmektedir. 3. madde ise yürürlüğe girişini takiben, Mutabakat’ın BM Şartı m. 102 uyarınca BM Sekreteryası’na tescil için bildirileceğini ortaya koymaktadır. Nitekim taraflar daha sonra bu hükmün gereğini yerine getirmişlerdir.

Mutabakat’ın 4. maddesi anlaşmaya ilişkin uyuşmazlık çözüm mekanizmalarını belirlemektedir. Buna göre, eğer taraflar arasında Mutabakat’tan kaynaklı bir uyuşmazlık çıkarsa BM Şartı m. 33 doğrultusunda hareket edilecek ve karşılıklı anlayış ile işbirliği ruhu içerisinde, diplomatik kanallarla uyuşmazlığın çözülmesine çalışılacaktır. Bunun ötesinde bir uyuşmazlık çözüm mekanizması özel olarak

118 ‘Cumhurbaşkanı Kararı’ (*Resmi Gazete*, 12 Aralık 2019) <<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2019/12/20191212-11.pdf>> Erişim Tarihi 10 Mart 2020.

119 “ ‘Andlaşma’, ister tek bir belgede, isterse iki veya daha fazla ilgili belgede yer alsın ve (kendine) mahsus ismi ne olursa olsun, Devletler arasında yazılı şekilde akdedilmiş ve milletlerarası hukuka tabi olan uluslararası anlaşma demektir.”, Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi m 2 (1); taraflarına yükümlülükler getiren, yürürlüğe girme tarihinden bahseden ve BM Şartı m. 102 uyarınca BM’ye tescil hükmü getiren Mutabakat Muhtırası’nın metni, bu Muhtıra’nın bir uluslararası andlaşma olduğunu açıkça ortaya koymaktadır, BM’ye tescil için yapılan bildirim için bkz ‘Letter dated 8 January 2019 from the Chargé d’affaires a.i. of the Permanent Mission of Turkey to the United Nations addressed to the Secretary-General’ (n 4).

120 Makalenin devamında hükümleri incelenecek olan Muhtıra’nın tam metni için bkz. ‘Milletlerarası Andlaşma’ (*Resmi Gazete*, 6 Aralık 2019) <<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2019/12/20191207-3.pdf>> Erişim Tarihi 25 Şubat 2020.

121 WGS84 elipsoidi, dünyanın şekline en çok yaklaşan düzgün bir şekildir.



belirtilmemiştir. Maddenin 2. fıkrasına göre, bir tarafın MEB’inde başlayıp öbür tarafın MEB’ine uzanan doğal kaynak olması durumunda bunların işletilmesine ilişkin model anlaşmaların taraflarca yapılabileceği ortaya konmaktadır. Maddenin 3. fıkrası ise taraflara Doğu Akdeniz meselesinin gelecekteki seyri açısından kritik bir yükümlülük getirmektedir: Eğer taraflardan biri daha sonra üçüncü bir devlet ile karşılıklı olarak MEB sınırlarını belirleyecek bir anlaşma yapacak olursa bunu önce diğer taraf ile müzakere etmek zorunda olacaktır.

Mutabakat’ın 5. maddesi, anlaşmanın gözden geçirilmesi talebinin taraflarca diplomatik kanallardan, yazılı bir şekilde birbirine iletilebileceğini ve ancak iki tarafın mutabakatıyla gerçekleşebileceğini düzenlemektedir. Ancak ilgi çekici bir şekilde, 1. ve 2. maddeler bu imkâna istisna tutulmaktadır. Böyle sınırlayıcı bir hükmün sebebinin, tarafların gelecekte sınıra ait koordinatların tartışmaya dahi açılmaması yönündeki iradesi olduğunu düşünmekteyiz.

Mutabakat’ın 6. ve son maddesi ise tarafların gerekli iç yasal yolları tamamladıklarını karşılıklı olarak diplomatik yollardan ve yazılı bir şekilde bildirmesiyle birlikte ve son bildirim alındığı tarihte yürürlüğe gireceğini düzenlemektedir. Ayrıca, Mutabakat’ın imza tarihi ve hangi dillerdeki nüshaların geçerli olacağı da bu maddede belirtilmiştir. Buna göre; Türkçe, Arapça ve İngilizce şeklinde üç dilde nüshalar geçerlidir ancak anlaşmanın yorumuna ilişkin bir uyuşmazlık olması durumunda İngilizce nüsha esas alınacaktır.

Açıktır ki Mutabakat’ın özünü 1. madde oluşturmaktadır, diğer maddeler daha ziyade usuli niteliktedir. Bu sebeple, Mutabakat’ın konusu olan deniz yetki alanlarının sınırlandırılması çerçevesinde asıl odaklanılması gereken nokta 1. maddede düzenlenen sınırın durumudur. Ancak Mutabakat’ı takiben ve 1. maddedeki sınırı esas alarak, Türkiye’nin BM Genel Sekreterliği’ne bildirdiği kıta sahanlığı alanı da bu değerlendirmeye dahil edilmelidir.<sup>122</sup> Zira Mutabakat bir MEB veya kıta sahanlığından bahsetmeyip sadece yaklaşık 30 km’lik bir sınır çizgisini belirlediği için sadece Yunanistan ile Türkiye arasındaki bazı uyuşmazlıkları gündeme getirecektir. Kıta sahanlığının sınırlarının ilânı ise GKRY ve belki de Mısır ile Türkiye’nin yaşadığı/yaşayacağı uyuşmazlıkları da göz önüne almayı gerektirecektir.

Mutabakat’ın imzalanmasının ardından itirazlarını dile getiren Yunanistan, 19 Şubat 2020 tarihinde BM Genel Sekreterliği’ne yaptığı bildiri de itirazının hukuki gerekçelerini detaylı bir şekilde açıklamıştır.<sup>123</sup> Buna göre, Türkiye, Yunanistan’ın deniz yetki alanlarına dair kendiliğinden ve en baştan beri var olan haklarını ihlal

122 Bu sınırların net bir biçimde haritada gösterildiği bir resmi belge için bkz. ‘Letter dated 18 March 2020 from the Permanent Representative of Turkey to the United Nations addressed to the Secretary-General’ <<https://undocs.org/en/a/74/757>> Erişim Tarihi 20 Mart 2020.

123 ‘Letter dated 19 February 2020 from the Permanent Representative of Greece to the United Nations addressed to the Secretary-General’ <<https://undocs.org/en/a/74/710>> Erişim Tarihi 20 Mart 2020.

etmiştir. Yunanistan'ın özellikle üzerinde durduğu nokta, BMDHS m. 121 (2)'de boyutlarından bağımsız olarak tüm adaların ilkesel olarak deniz yetki alanlarına sahip olabileceklerinin düzenlenmiş olmasıdır. Bu maddenin aynı zamanda bir uluslararası teamül hukuku normu hâline geldiği de ifade edilmiştir. Dolayısıyla, Mutabakat'ta belirtilen sınırın yakınından geçtiği başta Girit olmak üzere Yunan adalarının deniz yetki alanları ciddi bir biçimde ihlal edilmektedir. İkinci olarak, Türkiye ile KKTC (Yunanistan'ın bildirisinde "hukuka aykırı ayrılıkçı oluşum" olarak anılmaktadır) arasında daha önce yapılmış olan kıta sahanlığı anlaşması bu itiraz çerçevesinde bir kez daha uluslararası hukuka aykırı addedilmiştir. Tüm bu sebeplerden ötürü, Türkiye ve Libya'nın Mutabakat'ta belirlediği koordinatların hukuken geçersiz olduğu ileri sürülmüştür. Türkiye'nin tüm bu girişimleri "hakça çözüm ilkesini ve özel koşulları" soyut ve tek taraflı olarak uygulayarak gerçekleştirdiğinin, dolayısıyla böyle bir hukuki dayanağın Mutabakat'ı meşrulaştırmayacağı ve uluslararası içtihat hukukunun Türkiye'nin hakça çözüm ilkesini kullanım biçimini destekler mahiyette olmadığına altı çizilmektedir.

Türkiye ise Yunanistan'ın bildirisine karşı BM Genel Sekreterliği'ne ilettiği bildiriye Mutabakat'a karşı yapılan itirazlara yanıtlarını sunmuştur.<sup>124</sup> Daha önceki yıllar boyunca birçok kez BM'ye yaptığı bildirimlerde Doğu Akdeniz'deki kıta sahanlığına ilişkin kendiliğinden ve en baştan beri var olan haklarını bildirdiğini belirten Türkiye, daha önceki tutumuna uygun bir şekilde Libya UMH ile deniz yetki alanlarının sınırlandırılması andlaşması yaptığını belirtmiştir. Mutabakat'ta yer alan sınırın uluslararası deniz hukukundaki şu ilkelere uygun olduğunun altını çizmiştir:

- 1- Adaların, Doğu Akdeniz'deki en uzun kıyı şeridinde sahip ülke konumundaki Türkiye'nin kıyı projeksiyonunu kesici bir etkiye (*cut-off effect*) sahip olamayacağı,
- 2- Ortay hattın karşı tarafında yer alan adaların karasularından fazla bir deniz yetki alanına sahip olamayacağı,
- 3- Deniz yetki alanlarının belirlenmesinde ilgili kıyıların uzunluklarının ve doğrultularının dikkate alınması gerektiği.

Türkiye, ek olarak, GKRY'nin Kıbrıs Adası'nın tümünü temsil etme yetkisini haiz olmadığını ve KKTC'ye ait kıyılarda *de jure* veya *de facto* bir yetkiye sahip bulunmadığını belirtmiştir. Buna göre, KKTC ile ilgili herhangi bir hidrokarbon kaynaklarının çıkarılması ve işletilmesi faaliyetinin muhattabı KKTC hükümeti olacaktır.<sup>125</sup>

Karşılıklı iddiaların bir önceki bölümde detaylı bir şekilde incelenen uluslararası anlaşmalar ve içtihat hukuku kaynakları ışığında değerlendirilmesi yapılacak olursa, öncelikle birkaç olgunun ifade edilmesi gerekmektedir. Öncelikli olarak, Ege'deki

124 'Letter dated 18 March 2020 from the Permanent Representative of Turkey to the United Nations addressed to the Secretary-General' (n 122).

125 Yunanistan'ın Türkiye'nin yanıtına karşı itirazlarını yinelediği bir diğer bildiri için bkz 'Letter dated 19 March 2020 from the Permanent Representative of Greece to the United Nations addressed to the Secretary-General' <<https://undocs.org/en/a/74/758>> Erişim Tarihi 19 Mart 2020.

ve Doğu Akdeniz'deki Girit, Rodos ve Yunanistan'a ait diğer birçok ada, üzerinde nüfusun sürekli olarak yaşayamadığı kayalık tarzı coğrafi oluşumlar olmayıp gerçekten de BMDHS m. 121 (2) kapsamında kendi deniz yetki alanlarına sahip olmaya layık adalar durumundadır. Ancak unutulmalıdır ki Türkiye, BMDHS'ye ve hatta benzer bir hükmün yer aldığı 1958 Kıta Sahaneliği Sözleşmesi'ne taraf değildir. Ayrıca, Yunanistan'ın BMDHS m. 121 (2)'nin uluslararası teamül hukuku kuralına dönüştüğü iddiası isabetsiz değilse de Türkiye açısından durum değişmemektedir, zira Türkiye bu maddeye de 1958 Kıta Sahaneliği Sözleşmesi'nin benzer 1. maddesine de ısrarlı itirazcı konumundadır. Dolayısıyla, ısrarlı itirazcı devlet için söz konusu kuralların uluslararası teamül hukuku kuralları olarak bir bağlayıcılığı iddia edilemeyecektir.<sup>126</sup>

Türkiye'nin yukarıda belirtilen anlaşma maddelerine ısrarlı itirazının sebebi zaten Ege ve Doğu Akdeniz'de Yunanistan'a ait 3000'den fazla adanın bulunması ve bunların birçoğunun Türkiye kıyılarına çok yakın olmasıdır. Bu adaların hepsine geniş deniz yetki alanları tanınması doğal olarak Türkiye'nin çok dar bir deniz yetki alanını kabul etmesi anlamına gelecektir.<sup>127</sup> Bundan ötürü, Türkiye 3. Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Konferansı'nda (1973-1982) adalar için farklı bir hukuki rejim talep etmiş ancak istediği sonucu almakta başarısız olmuştur.<sup>128</sup> Bu sebeple de Nisan 1982'de BMDHS'ye karşı oy veren dört devlet arasında yer almış ve daha sonra da tutarlı bir şekilde, BMDHS'yi tüm okyanus ve denizlerdeki faaliyetleri düzenleyen ve evrensel geçerliliğe sahip tek kaynak olarak niteleyen BM Genel Kurul kararlarına karşı oy kullanmıştır.<sup>129</sup>

Dolayısıyla, Türkiye'nin Mutabakat'ta uygulamaya döktüğü tutumu yeni bir husus değildir. Ayrıca belirtmek gerekir ki Yunanistan'ın iddia ettiğinin aksine, sırf Yunanistan ile istişare edilmeden böyle bir anlaşmanın yapılmış olması, bu tip ikili uluslararası anlaşmaların hükümleri asıl olarak sadece taraflar arasında geçerli olacağından ve tarafların üçüncü devletlere yönelik yükümlülüklerini ortadan kaldırmayacağından ötürü, Mutabakat'ı uluslararası hukuka aykırı ve geçersiz kılmamaktadır.<sup>130</sup> Deniz yetki alanlarının çok taraflı olarak paylaşılacağı durumlarda tüm tarafların aynı anda anlaşma yapma gibi bir zorunluluğu yoktur, bilakis devlet uygulamaları genelde birçok ikili anlaşmayla bu tip durumların çözüme kavuşturulduğunu göstermektedir.<sup>131</sup> Üçüncü

126 İsrarlı itiraza ilişkin detaylar için bkz. Emre Öktem, *Uluslararası Teamül Hukuku* (Beta Yayınları 2013) 455 vd.

127 Toluner (n 32) 22-32.

128 'United Nations Convention on the Law of the Sea' <[https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtmsg\\_no=XXI-6&chapter=21&Temp=mtmsg3&clang=\\_en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtmsg_no=XXI-6&chapter=21&Temp=mtmsg3&clang=_en)> Erişim Tarihi 20 Mart 2020, dipnot 13.

129 Oldukça yeni ve Türkiye'nin karşı oy kullanan tek devlet olduğu bir örnek için bkz. 'Adopting Two Resolutions, General Assembly Speakers Stress That Healthy, Resilient Oceans, Seas Play Central Role in Achieving Sustainable Development Goals' <<https://www.un.org/press/en/2018/ga12103.doc.htm>> Erişim Tarihi 21 Mart 2020.

130 'Letter dated 19 February 2020 from the Permanent Representative of Greece to the United Nations addressed to the Secretary-General' (n 122).

131 Stefan Talmon ve Mary Lobo, 'The intricacies of maritime boundary delimitation: Germany's one-sided response to the Turkey-Libya MoU on delimitation of the maritime jurisdiction areas in the Mediterranean' (*GPIL*, 9 Mart 2020) <<https://gpil.jura.uni-bonn.de/2020/03/the-intricacies-of-maritime-boundary-delimitation-germanys-one-sided-response-to-the-turkey-libya-mou-on-delimitation-of-the-maritime-jurisdiction-areas-in-the-mediterranean/>> Erişim Tarihi 21 Mart 2020.

bir devletin, bu tip bir andlaşmanın kendi yetki alanlarını ihlâl ettiğinden hareketle bu andlaşmanın hükümlerini tanımadığını ileri sürmesi mümkün olsa da bu başka bir husustur.<sup>132</sup> Nitekim Yunanistan da böyle yapmış, Girit ve Meis başta olmak üzere Doğu Akdeniz'deki bazı adalarının deniz yetki alanlarının dikkate alınmadığını ve egemenliğinin ihlal edildiğini iddia etmiştir.<sup>133</sup> Ayrıca AB Konseyi de Yunanistan'ın tezine destek vererek benzer bir tutumu benimsemiştir.<sup>134</sup>

O hâlde, Türkiye'nin BMDHS m. 121 (2) veya 1958 Kıta Sahanlığı Anlaşması m. 1 ile bağlı olmadığı ve Türkiye ile Libya'nın deniz yetki alanlarının karşılıklı sınırlandırılmasına yönelik bir ikili andlaşma yapmasının uluslararası hukuka uygun olduğu göz önüne alınmalıdır. Bu durumda, Türkiye açısından bağlayıcı olan temel kural, BMDHS'de yer alan ve bir uluslararası teamül hukuku kuralı olarak kabul edilen,<sup>135</sup> ayrıca Türkiye'nin itiraz etmeyip bilakis şu ana kadar ortaya koyduğu uygulaması ile açıkça benimsediği hakça çözüm ilkesidir.<sup>136</sup> Aynı ilke şüphesiz ki Yunanistan ve Doğu Akdeniz'deki tüm kıyıdaş devletler için de bağlayıcıdır. Dolayısıyla, makalenin bir önceki bölümünde içtihat hukukundaki uygulaması detaylı bir şekilde incelenen bu ilkeye dair yapılmış olan tespitler, Türkiye'nin Doğu Akdeniz'deki mevcut durumu ve Libya ile yapılan Mutabakat için temel referans noktası olacaktır.

Buna göre, Türkiye'nin Doğu Akdeniz'de açık bir farkla en uzun kıyı şeridine sahip olması, orantılılık ilkesi çerçevesinde büyük önem taşımaktadır. Özellikle de Kıbrıs Adası ile Türkiye'nin kıyı uzunlukları arasındaki oranın 1'e 20 olması sebebiyle, eşit uzaklık ilkesine göre belirlenecek farazi bir sınırın Türkiye lehine kaydırılması kaçınılmazdır. UAD içtihatının orantılılık ilkesine gitgide daha önemli bir yer vermesi,<sup>137</sup> bu bakımdan dikkate alınmalıdır.

Türkiye'nin kıta sahanlığının kuzeybatı, batı ve Libya ile yapılan Mutabakat ile kesinleştirilen güneybatı sınırları konusunda ise içtihat hukukunun adalar ile ilgili emsalleri dikkate alınmalıdır. Yunanistan'ın itirazlarında esas aldığı adalarının, Yunanistan anakarası ile Türkiye arasında çizilecek ortay hattın karşı tarafında yer aldığı unutulmamalıdır. Yunanistan geleneksel olarak Türkiye ile Girit, Kaşot, Kerpe, Rodos ve Meis adalarından oluşan hattı esas alan bir ortay hat çizerek deniz yetki alanlarının sınırlandırmasını istemekte,<sup>138</sup> dolayısıyla Mutabakat'taki sınırlama bu

132 "A treaty does not create either obligations or rights for a third State without its consent." Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi (1969) 1155 UNTS 331, m. 34.

133 'Letter dated 19 March 2020 from the Permanent Representative of Greece to the United Nations addressed to the Secretary-General' (n 125).

134 'European Council meeting' (12 Aralık 2019) <<https://www.consilium.europa.eu/media/41768/12-euco-final-conclusions-en.pdf>> Erişim Tarihi 20 Mart 2020, m. 19.

135 Tanaka, *The International Law of the Sea* (n 59) 192.

136 Güncel bir örnek için bkz. 'Letter dated 18 March 2020 from the Permanent Representative of Turkey to the United Nations addressed to the Secretary-General' (n 122).

137 Makelede daha önce Romanya-Ukrayna Davası örneği üzerinden bu olgu açıklanmıştır.

138 Başeren, *Doğu Akdeniz Yetki Alanları Uyuşmazlığı* (n 3) 2-3.

projeksiyona ters düşmektedir. Ancak makalenin önceki bölümünde izah edilen birçok emsalde ortay hattın taraf devletlerin anakaralarının esas alınarak çizilmesi ve bu hattın ters tarafında kalan adalara kısmi etki verilmesi, çevreleme yönteminin uygulanması veya hiç etki verilmemesi suretiyle bu adaların deniz yetki alanlarının sınırlandırılması söz konusu olmuştur. Bunlar arasından, üzerinde sürekli nüfusun bulunduğu adaları konu edinmesi itibarıyla İngiltere-Fransa Kıta Sahanelığı Davası bilhassa esas alınması gereken bir örnektir. Bu nedenle, Doğu Akdeniz’de Türkiye kıyıları ile Yunanistan anakarası arasında çizilecek ortay hattın Girit ile Kaşot adaları arasından geçirilmesi, Türkiye’nin Ege Denizi’nde belirlenecek kıta sahanlığı/MEB sınırının güney ucundan başlatılması ve Libya ile Türkiye arasında belirlenmiş olan sınırın kuzey ucuna eklenmesi hakça çözüm ilkesine uygun bir yaklaşım olacaktır.<sup>139</sup> Bu bakımdan, genel olarak Mutabakat’ta belirlenen sınıra ilişkin herhangi bir sorun bulunmamaktadır. Belki de tartışmalı olabilecek tek nokta, Mutabakat’ta belirlenen sınırın, nüfusu ve coğrafi büyüklüğü kayda değer ölçüde olan Girit Adası’na hakça çözüm ilkesine uygun derecede bir alan bırakıp bırakmadığı olabilecektir. Sonuç olarak, Yunanistan ve GKRY tarafından kendi lehlerine son derece maksimalist bir yaklaşımla ortaya konan ve Türkiye’ye Doğu Akdeniz’de sadece 41.000 km<sup>2</sup> boyutunda bir alan öngören projeksiyon<sup>140</sup> üzerinden Mutabakat’ta ortaya konan sınıra itiraz edilmesi, hakça çözüm ilkesine ve uluslararası hukuka uygun bir çözüme işaret etmemektedir.

#### IV. Mutabakat Muhtrası’nın Hukuki Temelleri

Mutabakat’ta ilişkin gündeme gelen bir diğer önemli husus ise Libya’daki ayrılıkçı hükümet durumundaki Tobruk merkezli Libya Temsilciler Meclisi’nin Mutabakat’ın hukuken geçersiz olduğu iddiasıdır. Bu iddiaya göre, UMH’nin bir başka devletle böyle bir anlaşma imzalamak için gerekli resmi otoriteye sahip olması söz konusu değildir.<sup>141</sup>

Bu iddiayı değerlendirmek için uluslararası hukukta oldukça temel bir kavram olan devletin devamlılığı doktrinine değinmek gerekmektedir. Söz konusu doktrine göre, bir devletin uluslararası hukuk kişiliği, dolayısıyla hakları ve yükümlülükleri, o devleti yöneten hükümette yaşanan değişikliklerden etkilenmeksizin sürekli devam etmektedir.<sup>142</sup> Zira, anayasal veya anayasal olmayan yollardan, hükümetler değişebilir ancak devlet mekanizması sabittir. Devletin devamlılığı doktrini, uluslararası düzenin politik istikrarı için çok önemlidir. Bu doktrin çerçevesinde, bir hükümetin yerine

<sup>139</sup> ibid 45.

<sup>140</sup> Söz konusu projeksiyon, AB Danışma Konseyi’nin önerisi ile Sevilla Üniversitesi’nde hazırlanan ve kamuoyunda “Sevilla haritası” olarak bilinen çalışmaya dayanmaktadır, bkz. Turan Gafarlı, ‘Against All Odds: Turkey’s Position in the Eastern Mediterranean’ (*TRT World Research Centre*, 4 Aralık 2019) <<https://researchcentre.trtworld.com/publications/discussion-papers/against-all-odds-turkey-s-position-in-the-eastern-mediterranean>> Erişim Tarihi 20 Mart 2020, 9.

<sup>141</sup> Temsilciler Meclisi Başkanı Saleh Aguila İssa’nın beyanati için bkz. ‘Head of Libya parliament says Turkey-Libyan deal invalid’ (*Reuters* 12 Aralık 2019) <<https://www.reuters.com/article/us-greece-libya-turkey/head-of-libya-parliament-says-turkey-libyan-deal-invalid-idUSKBN1YG26Z>> Erişim Tarihi 27 Mart 2020.

<sup>142</sup> Malcolm Shaw, *Public International Law* (8. bs, Cambridge University Press 2017) 165.

gelen yeni bir hükümet, kendisinden önceki hükümet tarafından verilen taahhütlerle ve üstlenilen yükümlülüklerle bağlı sayılır, yeni hükümetin daha önce söz konusu taahhüt ve yükümlülükleri politik olarak desteklemiş olup olmaması bu noktada önem arz etmeyecektir.<sup>143</sup>

Bir devlette anayasal yollardan hükümet değişikliği olduğunda, devletin devamlılığı meselesi tartışma konusu olmamaktadır. Ancak anayasal olmayan yollardan değişiklikler vuku bulduğunda, hâlihazırda Libya’da olduğu gibi, bazı tartışmalı durumlar ortaya çıkabilmektedir.<sup>144</sup> “Anayasal olmayan yollardan kasıt bir ülkede iç savaş, askeri darbe veya iç ayaklanma gibi birbiriyle yarışan siyasi otoritelerin/hükümetlerin ortaya çıkmasına sebep olan durumlardır.

Devletler birbiriyle yarışan hükümetlerin ortaya çıkması durumunda tercih ettikleri hükümeti tanımak noktasında uluslararası hukuk açısından serbesttir.<sup>145</sup> Hükümetin meşru bir zemine dayanıyor olması gerekçesi bazen kimi devletlerce diğer hükümetlerin tanınması veya tanınmaması için kullanılsa da<sup>146</sup> “sadece meşru hükümetlerin” tanınması gerektiğini ileri süren Tobar Doktrini gibi görüşler bu zamana kadar uluslararası toplumun çoğunluğu tarafından benimsenmemiştir.<sup>147</sup> Genel olarak tanıma, devletlerin tek taraflı, salt politik ve pratik saiklerle aldığı bir karardır. Bu sebeple, birbiriyle yarışan siyasi otoritelerden birinin hükümet olarak tanınması çoğu zaman o otoritenin ülkede kayda değer ölçekte bir toprak parçası üzerinde etkin kontrolünün bulunmasına bağlı olmaktadır. Nitekim Tobar Doktrini’nin karşısında konumlanan Estrada Doktrini de bir hükümetin meşru yollardan yönetime gelip gelmediğinden ziyade sahadaki fiili varlığının esas alınması gerektiğini önererek bu gerçeğe işaret etmektedir.<sup>148</sup>

Libya bağlamında ise UMH’nin veya Temsilciler Meclisi’ne bağlı kuvvetlerin her ikisinin de sahada etkin kontrole sahip olduğu vakıdır. Elbette, gelecekte taraflardan biri diğerini mağlup edip Libya’nın tamamının kontrolünü ele geçirebilir. Böyle bir durumda, galip gelen hükümetin diğer hükümetle yarıştığı dönemde kendi verdiği uluslararası taahhütlerle bağlı olacağı şüphesizken diğer tarafın aynı dönemde verdiği uluslararası taahhütlerle bağlı olup olmayacağı, yani yarışan hükümetlerin yaptığı uluslararası anlaşmaların geçerli olup olmayacağı sorusunun cevabı “*de jure* hükümet” kavramında yatmaktadır.

143 James Crawford, *Brownlie’s Principles of Public International Law* (8. b.s, Oxford University Press 2013) 142.

144 Pazarıcı (n 60) 327.

145 Shaw (n 142) 337.

146 Örneğin, 2010’da Fildişi Sahilleri’nde yapılan genel seçimlerden sonraki tanıma uygulamaları için bkz. ‘UN backs Alassane Ouattara as Ivory Coast president’ (*BBC*, 9 Aralık 2010) <<https://www.bbc.com/news/world-africa-11955468>> Erişim Tarihi 28 Mart 2020.

147 Tobar Doktrini’ne ilişkin detaylar için bkz. Charles Stansifer, ‘Application of the Tobar Doctrine to Central America’ (1967) 23(3) *The Americas* 251.

148 Estrada Doktrini’ne ilişkin detaylar için bkz. Philip Jessup, ‘The Estrada Doctrine’ (1931) 25 *AJIL* 719.

*De jure* hükümet, bir devletin “hukuki ve asli” hükümeti olup diğer uluslararası hukuk kişilerince yaygın olarak tanınan hükümettir.<sup>149</sup> Bir başka deyişle, *de jure* hükümetin, kendi otoritesine bir başka rakip hükümet tarafından meydan okununcaya kadar ülkedeki asıl siyasi otoriteyi elinde tutan hükümet olduğu söylenebilir.<sup>150</sup> Bir devlette birbiriyle yarışan hükümetlerin olması durumunda, *de jure* hükümet olarak kabul edilen tarafın ülke üzerindeki etkin kontrolü ciddi derecede azalmış olsa dahi, tüm ülke adına uluslararası taahhütler verebileceği genel olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla, bir *de jure* hükümet rakip hükümet tarafından tamamen ortadan kaldırıldığında veya devrildiğinde, daha önce verilmiş olan taahhütler yeni hükümet için de bağlayıcı olacaktır.<sup>151</sup> Kosta Rika ve Birleşik Krallık arasındaki 1923 tarihli Tinoco Davası bu ilkenin uluslararası hukukta en belirgin şekilde ortaya konduğu örneklerden biridir.<sup>152</sup>

Elbette, belli bir vakada yarışan siyasi otoritelerden hangi tarafın *de jure* hükümet olduğuna karar vermek her zaman kolay değildir. Bu tespit, söz konusu vakaya ilişkin olgusal arka plânın incelenmesini gerektirmektedir.<sup>153</sup> Bir *de jure* hükümetin sahip olduğu en temel olgusal özelliklerden birinin uluslararası toplum tarafından yaygın olarak tanınması olduğu söylenebilecektir. Nitekim UMH, BM destekli kurulan bir hükümettir. 2015 yılında, Libya’da o döneme kadar çatışma hâlinde farklı grupların uzlaşması amacıyla kurulmuş olup BM Güvenlik Konseyi tarafından konsensüs ile Libya’nın yegâne idari otoritesi olarak tanınmıştır.<sup>154</sup> AB de UMH çatısı altında birlik hükümetinin kurulmasını desteklemiştir.<sup>155</sup>

Bir diğer önemli olgu ise Temsilciler Meclisi’nin ve General Haftar’e bağlı kuvvetlerin bizzat kendilerinin, Libya’daki çatışan gruplar arasında 2015 yılında imzalanan bir barış anlaşmasını takiben UMH’nin kuruluşunu desteklemiş olmasıdır.<sup>156</sup> Güvenlik Konseyi’nin UMH’yi tanımasından sadece iki hafta sonra bizzat Temsilciler

149 ‘De Jure Government and De Facto Government Law and Legal Definition’ <<https://definitions.uslegal.com/d/de-jure-government-and-de-facto-government/>> Erişim Tarihi 30 Mart 2020.

150 Deniz Baran, ‘Will the Turkey-Libya Maritime Boundaries Deal Be Legally Valid If Haftar Takes Over Tripoli?’ (*Al Sharq Forum*, 2 Ocak 2020) <<https://research.sharqforum.org/2020/01/02/will-the-turkey-libya-maritime-boundaries-deal-be-legally-valid-if-haftar-takes-over-tripoli/>> Erişim Tarihi 29 Mart 2020.

151 Charles G Fenwick, ‘The Recognition of De Facto Governments’ (1968) 131 (3) *World Affairs* 177, 178.

152 ‘Tinoco Claims Arbitration (Great Britain v. Costa Rica)’ <<https://www.casebriefs.com/blog/law/international-law/international-law-keyed-to-damrosche/chapter-5/tinoco-claims-arbitration-great-britain-v-costa-rica/>> Erişim Tarihi 29 Mart 2020.

153 2011 yılındaki Arap Devrimleri dalgası ile Libya’da başlayan halk isyanı, o dönemki Kaddafi rejimi tarafından sivil katliamlara başvurularak bastırılmaya çalışılmıştır. Kaddafi rejiminin Libya’daki isyancılara ve sivillere karşı başvurduğu silahlı yöntemler dolayısıyla “ülkeyi yönetme meşruiyetini kaybettiği” açıklamaları yapan devletler, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi’nin yetkilendirmesi ile NATO, Libya’ya askeri müdahalede bulunmuştur. Bu müdahale sonrasında Kaddafi rejiminin devrilmesinden sonra Libya’da yönetim istikrarı sağlanamamış ve 2014 yılı itibarıyla ülke, “yarışan meşruiyetlere” sahip yapılar arasında parçalanmıştır, detaylar için bkz. Lokman B Cetinkaya, Deniz Baran, ‘Paylaşılmalı Enkaz: Libya’ (*UHAM*, Aralık 2017) <<http://uham.fsm.edu.tr/haber/Paylasilmayan-Enkaz-Libya2017-12-20-07-42-42am>> Erişim Tarihi 10 Nisan 2020.

154 Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Kararı, ‘Libya’ (2015) 2259.

155 ‘Council conclusions on Libya’ <<https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2016/01/18/fac-conclusions-libya/>> Erişim Tarihi 30 Mart 2020.

156 ‘Libya Siyasi Anlaşması’ <<https://unsmil.unmissions.org/sites/default/files/Libyan%20Political%20Agreement%20-%20ENG%20.pdf>> Erişim Tarihi 30 Mart 2020.

Meclisi Başkanı, UMH için Temsilciler Meclisi'nin desteğini ve tanınmasını ilân etmiş, UMH'yi kuracak grup 2016 yılının başında ilk toplantısını gerçekleştirdiğinde ortaya çıkan hükümet, Temsilciler Meclisi tarafından güvenoyu almıştır.<sup>157</sup> Dahası, Temsilciler Meclisi'ni destekleyen silâhlı birlikler UMH'nin Mart 2016'da bazı isyancı gruplara karşı Trablus'a yerleşmesinin yolunu açmıştır.<sup>158</sup> Ancak 2016 yılının yazında Temsilciler Meclisi bazı politik anlaşmazlıklardan ötürü UMH'ye olan desteğini çekmiş ve meydan okuyup daha önce ilân ettiği tanınmasını geri alarak bu hükümetin rakip hükümeti hâline gelmiştir.<sup>159</sup> 2018 yılında Fransa ve İtalya'da iki taraf arasında yapılan müzakerelere rağmen bir uzlaşmaya varılamamıştır.<sup>160</sup> Buna karşın, UMH hâlâ BM ve uluslararası toplumun çoğunluğu tarafından Libya'nın meşru ve *de jure* hükümeti olarak tanınmaktadır. Açıkça görülebileceği üzere, UMH, Libya'nın resmi birlik hükümeti olup şu an onun yetkisiz olduğunu iddia eden kuvvetlerin de ilk aşamada tanıdığı asli siyasi otoritedir. Türkiye ve UMH arasında imzalanan Mutabakat'a tepkisini ortaya koymak için Yunanistan'ın geri gönderdiği Libya Büyükelçisi'nin UMH tarafından atanmış olan bir büyükelçi olması da bu gerçeği göstermektedir.<sup>161</sup>

Sonuç olarak, UMH tüm ülkedeki etkin kontrolünü kaybetmediği ve Libya'nın tamamında kontrol sağlama potansiyelini muhafaza ettiği sürece ülkenin *de jure* hükümeti statüsünü koruyacaktır. Böylece, tüm ülke adına uluslararası anlaşmalar imzalama yetkisini de muhafaza edecektir ki bu anlaşmalar Temsilciler Meclisi de dahil olmak üzere tüm olası gelecek hükümetler için bağlayıcı olacaktır.<sup>162</sup> Hâliyle, Mutabakat'ın yetkisiz taraflar arasında yapıldığı iddiası uluslararası hukuk açısından isabetli değildir.

## Sonuç

Enerji talebinin hem Doğu Akdeniz'i çevreleyen coğrafyalarda hem küresel ölçekte hızla arttığı günümüzde devletlerin yeni enerji kaynakları bulabilecekleri deniz alanlarına verdiği önem de hızla büyümektedir. Doğu Akdeniz sorunu olarak nitelendirilen deniz yetki alanlarının paylaşımı krizinin bugün küresel ölçekte bir sorun

157 Sami Zaptia, 'Ageela Salah now supports UN-brokered Skhirat agreement: Kobler' (*Libya Herald*, 1 Ocak 2016) <<https://www.libyaherald.com/2016/01/01/ageela-salah-now-supports-un-brokered-skhirat-agreement-kobler/>> Erişim Tarihi 30 Mart 2020.

158 'Libya's UN-backed government sails into Tripoli' (*Aljazeera*, 31 Mart 2016) <<https://www.aljazeera.com/news/2016/03/libya-backed-unity-government-arrives-tripoli-160330125804929.html>> Erişim Tarihi 30 Mart 2020.

159 'Holding Up the Peace Process in Libya' (*Worldview*, 17 Şubat 2020.) <<https://worldview.stratfor.com/article/holding-peace-process-libya>> Erişim Tarihi 30 Mart 2020.

160 Patrick Wintour ve Lorenzo Tondo, 'Italy to host Libyan conference in fresh push for elections' (*The Guardian*, 12 Kasım 2018) <<https://www.theguardian.com/world/2018/nov/12/italy-to-host-libyan-conference-in-fresh-push-for-elections>> Erişim Tarihi 30 Mart 2020.

161 Patrick Wintour, 'Greece expels Libyan ambassador in row over maritime boundaries' (*The Guardian* 6 Aralık 2019) <<https://www.theguardian.com/world/2019/dec/06/greece-expels-libyan-ambassador-row-maritime-boundaries>> Erişim Tarihi 1 Nisan 2020.

162 Explanatory note from the Permanent Mission of the State of Libya to the United Nations on the memorandum of understanding signed on 27 November 2019 between the Government of National Accord of Libya and the Government of the Republic of Turkey regarding the delimitation of maritime jurisdiction areas in the Mediterranean, 'Letter dated 26 December 2019 from the Chargé d'affaires a.i. of the Permanent Mission of Libya to the United Nations addressed to the Secretary-General' <<https://undocs.org/en/A/74/634>> Erişim Tarihi 31 Mart 2020.



olarak görülmesinin temel sebebi budur. Zira Doğu Akdeniz havzasındaki hidrokarbon potansiyeli sadece bölgesel değil, küresel çapta enerji arz dinamiklerini değiştirme kapasitesine sahip gözükmektedir.

Böyle bir denklemden, Doğu Akdeniz’de en uzun kıyı şeridinde sahip olan devlet konumundaki Türkiye’nin buradaki deniz yetki alanlarına sahip çıkma konusunda kararlılık göstermesi oldukça mühimdir. Yakın geçmişe kadar bilhassa Yunanistan ile GKRY’nin attığı ve kendi deniz yetki alanlarını ihlâl eder nitelikteki girişimlere karşı tepkisel bir tutum sergilemekle sınırlı kalan Türkiye, Libya ile imzalanan Mutabakat Muhtırası ile birlikte proaktif bir tavır ortaya koyarak ilk adımı atmıştır. Mutabakat’ın en önemli yönü budur. Türkiye’nin, Doğu Akdeniz’de hem kendisinin hem de KKTC’nin sahip olduğu hakları daha aktif bir rol oynayarak muhafaza etmeye gayret edeceğini ve uluslararası hukukun elverdiği imkânlar çerçevesinde tüm gerekli adımları atmaktan kaçınmayacağını göstermiştir. Ayrıca Libya ile yapılan Mutabakat ile birlikte Türkiye, Doğu Akdeniz’deki hiçbir devletle anlaşmıyor imajını da ortadan kaldırmıştır. Mısır gibi başkaca devletlerle yapılacak benzer anlaşmalarla bu imajı güçlendirmek mümkün olacaktır.

Mutabakat’ın yapılma usulü de içeriği de uluslararası hukuka bir aykırılık taşımamaktadır. Mutabakat, BM başta olmak üzere uluslararası toplumun geniş bir kesimince tanınan ve Libya’nın meşru hükümeti konumundaki UMH ile imzalanmıştır. Mutabakat’ın düzenlediği sınır ise deniz yetki alanlarının sınırlandırılması noktasında uluslararası anlaşmalar ve teamül hukukunun temel bir normu olan hakça çözüm ilkesine ilişkin uygulamalar esas alınarak belirlenmiştir. UAD’nin yerleşik uygulamasında görüleceği üzere, her bir deniz yetki alanlarının sınırlandırılması vakasında o vakaya özgü coğrafi ve coğrafi olmayan ilgili koşullar dikkate alınmalıdır. Doğu Akdeniz’de bilhassa orantılılık ve adaların varlığı hususları Türkiye’nin iddialarına dayanak oluşturan özel koşullar yaratmaktadır.

Öte yandan, kıyıdaş devletlerin Doğu Akdeniz’deki gerilimi yatıştırması ve havzadaki zengin doğal kaynaklardan ortak bir şekilde ve barışçıl bir ortamda faydalanması tüm taraflar için en ideal çözümdür. Bu sebeple, bölgesel işbirliğine, uluslararası hukuk kural ve ilkeleriyle uyumlu bir çözüm plânına yolu açacak şekilde yapıcı bir diyaloga hâlâ ihtiyaç bulunmaktadır. Mevcut uyuşmazlıkları çözmek için her devletin hakça çözüm çerçevesinde razı olacağı bir genel uzlaşmaya varması temel hedef olmalıdır. Hatta herhangi bir kalıcı uzlaşmaya varana kadar uygulamada bazı kolaylıklar sağlayacak geçici çözüm mekanizmalarının kurulması da mümkündür. Ortak geliştirme ve işletme formülü bu mekanizmalardan biridir.<sup>163</sup> Esasında, KKTC hükümeti, BM Genel Sekreterliği aracılığıyla Eylül 2011, Eylül 2012 ve Temmuz

163 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi m 74 (3), m 83 (3); ayrıca bkz. Natalie Klein, ‘Provisional Measures and Provisional Arrangements’ in A Oude Elferink, T Henriksen ve S Busch (eds), *Maritime Boundary Delimitation: The Case Law: Is It Consistent and Predictable?* (Cambridge University Press 2018) 117-144.

2019’da deniz alanlarında bu şekilde bir işbirliğini öngören üç adet teklif sunmuştur.<sup>164</sup> Bu teklifleri Türkiye de desteklemiş ancak bunlar Yunanistan ve GKRY tarafında karşılık bulmamıştır.<sup>165</sup> Şayet bu taraflar uluslararası hukukun sunduğu çözümler çerçevesinde müzakereye ve uzlaşmaya yanaşmazsa bu tercih hem uyuşmazlığın taraflarına hem de genel olarak Doğu Akdeniz’deki devletlerin refah ve güvenliğine zarar verebilecektir. Örneğin, herhangi bir anlaşmanın sağlanmaması durumunda, Doğu Akdeniz’deki petrol ve doğalgaz kaynaklarını en verimli yol gözüken Türkiye’den geçecek boru hattıyla taşıma plânları suya düşecektir.<sup>166</sup> Hatta bunun alternatifi olarak sunulan EastMed Boru Hattı’nın hayata geçirilebilirliği de Türkiye ile Libya arasındaki Mutabakat ile birlikte sorgulanır hâle gelmiştir.<sup>167</sup>

Son olarak önemle ifade etmek gerekir ki üçüncü tarafların Doğu Akdeniz’deki krizi tırmandırıp daha karmaşık hâle getirecek müdahalelerden kaçınma özeni göstermesi gereklidir. Özellikle AB’nin son yıllarda Türkiye’ye karşı takındığı aktif olumsuz tutum ve sürekli olarak öne çıkardığı yaptırım tehditleri bu tarz müdahalelerin en öne çıkan örneğidir. Her ne kadar AB, GKRY’nin AB’ye üyeliği sebebiyle kendisini üçüncü bir taraf olarak görmüyorsa da KKTC’nin Kıbrıs Adası’ndaki varlığı ve GKRY’nin tüm Ada’yı temsili haiz olmadığı olgusu göz ardı edilmemelidir. AB’nin Doğu Akdeniz’de en uzun kıyı şeridinde sahip Türkiye’nin görüşlerini hiçbir şekilde dikkate almıyor görüntüsü vermekten kaçınması gereklidir. Kıbrıs sorununun temeline ilişkin bir çözüm ortaya konmadan AB’nin atacağı her benzer adım KKTC ve Türkiye nezdinde meşruiyet sorunu yaşamaya mahkûmdur. Bu sebeple, AB’nin Kıbrıs sorununa yönelik 2000’li yılların ortalarında olduğu gibi daha dengeli bir tutum takınması ve müzakere sürecinin BM parametrelerine göre devam etmesini teşvik etmesi mühimdir. Bu bakımdan örnek teşkil etmesi açısından BM’nin tutumu AB’den çok daha tarafsız ve isabetlidir. BM Genel Sekreter Yardımcısı’nın 11 Aralık 2019’da yaptığı açıklamada, BM’nin Doğu Akdeniz’deki deniz yetki alanlarına ilişkin uyuşmazlıkta taraf olmadığını ancak tarafların bu krizi barışçıl yollarla çözmeleri gerektiğini vurgulamıştır.<sup>168</sup>

Bu süreçte Doğu Akdeniz’deki krizin tırmanmasını engelleyecek adımlar atma özenini göstermesi gereken bir diğer aktör de Kıbrıs Adası açıklarındaki hidrokarbon

164 ‘Press Statement on the “Agreement on the Delimitation of the Continental Shelf in the Mediterranean”’ <<https://mfa.gov.ct.tr/press-statement-on-the-agreement-on-the-delimitation-of-the-continental-shelf-in-the-mediterranean/>> Erişim Tarihi 2 Nisan 2020.

165 ‘No: 203, 13 July 2019, Press Release Regarding The New Cooperation Proposal of TRNC on Hydrocarbon Resources’ <[http://www.mfa.gov.tr/no\\_203\\_-kktc-nin-hidrokarbon-kaynaklarina-iliskin-yeni-isbirligi-onerisi-hk.en.mfa](http://www.mfa.gov.tr/no_203_-kktc-nin-hidrokarbon-kaynaklarina-iliskin-yeni-isbirligi-onerisi-hk.en.mfa)> Erişim Tarihi 3 Nisan 2020.

166 Tim Robinson ve Geordie Jeakins, ‘Squaring The Triangle: Why Turkey and the Eastmed Project Need Each Other’ (*War on the Rocks*, 12 Nisan 2019) <<https://warontherocks.com/2019/04/squaring-the-triangle-why-turkey-and-the-eastmed-project-need-each-other/>> Erişim Tarihi 3 Nisan 2020.

167 Ariel Cohen, ‘Turkey-Libya Maritime Deal Upsets Mediterranean Energy Plan’ (*Forbes*, 8 Ocak 2020) <<https://www.forbes.com/sites/arielcohen/2020/01/08/turkey-libya-maritime-deal-upsets-mediterranean-energy-plan/#523d996bee4c>> Erişim Tarihi 3 Nisan 2020.

168 ‘Daily Press Briefing by the Office of the Spokesperson for the Secretary-General’ <<https://www.un.org/press/en/2019/db191211.doc.htm>> Erişim Tarihi 4 Nisan 2020.

sahalarında faaliyet gösteren veya göstermeyi plânlayan çok uluslu enerji şirketleridir. Söz konusu şirketlerin, büyük maddi kazanç sağlanma potansiyeli olan bu sahalardan zaman kaybetmeksizin faydalanma isteği doğal bir durumdur. Ancak devletlerin birbiriyle yarışan iddialarının olduğu ve bu devletlerin kendi hak iddialarını korumak için cüretkâr adımlar atmaya kararlı gözüktüğü mevcut konjonktürde çok uluslu şirketlerin tartışmalı deniz sahalarında faaliyetlere başlamaktan kaçınması uzun vadede onlar için de daha makul bir seçenek olabilecektir. Aksi takdirde, tartışmalı alanlardaki haklarını korumaya kararlı olan devletlerin söz konusu şirketlerin gemilerine ve platformlarına müdahale etmek durumunda kalması gibi krizi tüm taraflar için daha fazla derinleştirecek senaryolar gündeme gelecektir.

Sonuç olarak, Doğu Akdeniz'deki deniz yetki alanlarının sınırlandırılması hususunda BMDHS'nin ve UAD başta olmak üzere uluslararası içtihad hukukunun öngördüğü çerçeveye yol göstericidir. Meşru ve üçüncü tarafların haklarını ihlal etmeyen uluslararası anlaşmaların yapılması elbette en büyük önceliktir ve bu anlaşmaların temel amacı, tüm taraflar için adil bir çözüme ulaşmak olmalıdır. Türkiye de Libya ile yaptığı Mutabakat'ta olduğu gibi, Doğu Akdeniz krizi bağlamında proaktif bir politika izlemeli ve tüm adımlarını uluslararası hukuka uygun bir şekilde atmalıdır.

---

**Hakem Değerlendirmesi:** Dış bağımsız.

**Çıkar Çatışması:** Yazarlar çıkar çatışması bildirmemiştir.

**Finansal Destek:** Yazarlar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.

**Conflict of Interest:** The authors have no conflict of interest to declare.

**Grant Support:** The authors declared that this study has received no financial support.

---

### Bibliyografya/Bibliography

1878 Kıbrıs Konvansiyonu <[https://archive.org/stream/jstor-2186866/2186866\\_djvu.txt](https://archive.org/stream/jstor-2186866/2186866_djvu.txt)>.

1958 Kıta Sahanlığı Anlaşması (1958) 499 U.N.T.S. 311.

1985 tarihli Gine-Gine Bissau Davası.

1992 tarihli St. Pierre ve Miquelon Davası.

Anderson DH, *Modern Law of the Sea: Selected Essays* (Brill Nijhoff 2007).

Baran D, 'Will the Turkey-Libya Maritime Boundaries Deal Be Legally Valid If Haftar Takes Over Tripoli?' (*Al Sharq Forum*, 2 Ocak 2020)

<<https://research.sharqforum.org/2020/01/02/will-the-turkey-libya-maritime-boundaries-deal-be-legally-valid-if-haftar-takes-over-tripoli/>>.

Başeren SH, *Doğu Akdeniz Yetki Alanları Uyuşmazlığı* (Türk Deniz Araştırmaları Vakfı Yayınları 2010).

Başeren SH, *Doğu Akdeniz'de Hukuk ve Siyaset* (Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Uluslararası Siyasi ve Ekonomik İlişkiler Araştırma Merkezi 2013).

Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi (10 Aralık 1982) (BMDHS).

- Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Kararı, 'Libya' (2015) 2259.
- Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Kararı, 'Kıbrıs' (1974) 353.
- Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Kararı, 'Kıbrıs' (1975) 367.
- Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Kararı, 'Kıbrıs' (1983) 541.
- Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Kararı, 'Kıbrıs' (1993) 889.
- Bishku MB, 'Turkey, Greece And The Cyprus Conflict' (1991) 8 (1) *Journal of Third World Studies*.
- Brenda S, 'Eastern Mediterranean Energy: A Decade After The Major Discoveries' (*Turkish Policy*, 27 Kasım 2018) <<http://turkishpolicy.com/article/936/eastern-mediterranean-energy-a-decade-after-the-major-discoveries>>.
- Bölükbaşı S, 'Boutros-Ghali's Cyprus Initiative in 1992: Why Did It Fail?' (1995) 31 (3) *Middle Eastern Studies*.
- Charney J, 'Progress in International Maritime Boundary Delimitation Law' (1994) 88 (2) *The American Journal of International Law*.
- Charney JI, *The Delimitation of Ocean Boundaries* (1987) 18 *OCEAN DEV & INT'L L*.
- Churchill R ve Lowe V, *The Law of the Sea* (3. b.s, Manchester University Press).
- Cohen A, 'Turkey-Libya Maritime Deal Upsets Mediterranean Energy Plan' (*Forbes*, 8 Ocak 2020) <<https://www.forbes.com/sites/arielcohen/2020/01/08/turkey-libya-maritime-deal-upsets-mediterranean-energy-plan/#523d996bee4c>>.
- Crawford J, *Brownlie's Principles of Public International Law* (8. b.s, Oxford University Press 2013).
- Delimitation of the Maritime Boundary in the Bay of Bengal (Bangladesh /Myanmar), (ITLOS Reports 2012).
- Derek Bowett, 'Islands, Rocks, Reefs, and Low-Tide Elevations in Maritime Boundary Delimitations' in Jonathan I Charney and Lewis M Alexander (eds), *International Maritime Boundaries* (Brill Nijhoff 1993).
- Dodd C, *The History and Politics of the Cyprus Conflict* (Palgrave Macmillan 2010).
- Doğru S ve Reginbogin H, 'Rethinking East Mediterranean Security: Powers, Allies & International Law' (2017) 33 *Touro L Rev*.
- Doğru S, 'Doğu Akdeniz'de Hidrokarbon Kaynakları ve Uluslararası Hukuka Göre Bölgedeki Kıta Sahaneliği ve Münhasır Ekonomik Bölge Alanlarının Sınırlandırılması' (2015) (119) *TBB Dergisi*.
- Eritre-Yemen Hakemlik Kararı (1998).
- Evans M, 'Maritime Delimitation and Expanding Categories of Relevant Circumstances' (1991) 40 (1) *The International and Comparative Law Quarterly*.
- Fenwick CG, 'The Recognition of De Facto Governments' (1968) 131 (3) *World Affairs*.
- Filis A ve Leal-Arcas R, 'Legal Aspects of Inter-State Maritime Delimitation in the Eastern Mediterranean Basin' (2013) 11 (3) *Oil, Gas & Energy Law Journal*.
- Gafarlı T, 'Against All Odds: Turkey's Position in the Eastern Mediterranean' (*TRT World Research Centre*, 4 Aralık 2019) <<https://researchcentre.trtworld.com/publications/discussion-papers/against-all-odds-turkey-s-position-in-the-eastern-mediterranean>>.
- Garanti Anlaşması <[http://www.mfa.gov.tr/garanti-antlasmasi-\\_zurich\\_11-subat-1959\\_.tr.mfa](http://www.mfa.gov.tr/garanti-antlasmasi-_zurich_11-subat-1959_.tr.mfa)>.
- Grönland-Jan Mayen Davası (Grönland, Jan Mayen v Danimarka, Norveç) [1993] ICJ Rep 38.

- Gürel A ve Le Cornu L, 'Turkey and Eastern Mediterranean Hydrocarbons', (*GPoT Center*, Ekim 2013) <[http://www.gpotcenter.org/dosyalar/TRhydrocarbons\\_Gurel\\_Lecornu\\_2013.pdf](http://www.gpotcenter.org/dosyalar/TRhydrocarbons_Gurel_Lecornu_2013.pdf)>.
- Ioannides NA, 'Rough Seas Ahead: The Implementation of the Law of the Sea in the Turbulent Waters of the Eastern Mediterranean Sea' (2014) 3 *Cyprus Hum Rts L Rev*.
- Jessup P, 'The Estrada Doctrine' (1931) 25 *AJIL*.
- Jones D, 'Turkey Dismisses EU Sanctions, as Tensions Escalate over Cyprus' (*Voanews*, 18 Temmuz 2019) <<https://www.voanews.com/europe/turkey-dismisses-eu-sanctions-tensions-escalate-over-cyprus>>.
- Kariotis TC, 'Hydrocarbons and the Law of the Sea in the Eastern Mediterranean: Implications for Cyprus, Greece, and Turkey' (2011) 22 (2) *Mediterranean Quarterly*.
- Katar-Bahreyn Davası (Katar v Bahreyn) [2001] *ICJ Rep* 40.
- Kıbrıs Meselesinin Tarihçesi, BM Müzakerelerinin Başlangıcı <[http://www.mfa.gov.tr/kibris-meselesinin-tarihcesi\\_-bm-muzakerelerinin-baslangici.tr.mfa](http://www.mfa.gov.tr/kibris-meselesinin-tarihcesi_-bm-muzakerelerinin-baslangici.tr.mfa)>.
- Kıta Sahanlığı Sınırlandırma Anlaşması, (*Resmi Gazete*, 10 Ekim 2012), <<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/10/20121010-3-1.pdf>>.
- Klein N, 'Provisional Measures and Provisional Arrangements' in A Oude Elferink, T Henriksen ve S Busch (eds), *Maritime Boundary Delimitation: The Case Law: Is It Consistent and Predictable?* (Cambridge University Press 2018).
- Koukakis N, 'ExxonMobil makes biggest natural gas discovery in two years off the coast of Cyprus' (*CNBC*, 28 Şubat 2019) <<https://www.cnbc.com/2019/02/28/exxonmobil-makes-big-natural-gas-discovery-off-the-coast-of-cyprus.html>>.
- Kuran S, *Uluslararası Deniz Hukuku*, (6. bs, Beta 2020).
- Kuzey Kıta Sahanlığı Davası (Danimarka v Almaya) [1968] *ICJ Rep* 9.
- Kwiatkowska B, *Submissions to the UN CLCS in Cases of Disputed and Undisputed Maritime Boundary Delimitations or Other Unresolved Land or Maritime Disputes of Developing States* (Vandeplass Publishing 2012).
- Lauterpacht E, 'Turkish Republic of Northern Cyprus—the Status of the Two Communities in Cyprus' (1990) <<http://www.mfa.gov.tr/chapter1.en.mfa>>.
- Libya-Malta Kıta Sahanlığı Davası (Libya v Malta) [1985] *ICJ Rep* 13.
- 'Londra'daki Mutabakat Muhtırası' <[http://www.mfa.gov.tr/kibris-sorununun-uzerinde-anlasmaya-varilan-nihai-cozumun-temelini-aciklayici-muhtira\\_londra\\_19\\_subat-1959\\_.tr.mfa](http://www.mfa.gov.tr/kibris-sorununun-uzerinde-anlasmaya-varilan-nihai-cozumun-temelini-aciklayici-muhtira_londra_19_subat-1959_.tr.mfa)>.
- Maine Körfezi Davası (Kanada v Amerika Birleşik Devletleri) [1984] *ICJ Rep* 165.
- Nikaragua-Honduras Davası (Nikaragua v Honduras) *ICJ GL No* 120 (2007).
- Nikaragua-Kolombiya Davası (Kolombiya v Nikaragua) *ICJ GL No* 124 (2012).
- Öktem E, *Uluslararası Teamül Hukuku* (Beta Yayınları 2013).
- Pazarıcı H, *Uluslararası Hukuk* (17. bs, Seçkin 2019).
- Permanent Mission Of Greece To The United Nations <<https://www.skai.gr/sites/default/files/attachments/2019-12/3065%20Letter%20SC%20Libya%203.pdf>>.
- Robinson T ve Jeakins G, 'Squaring The Triangle: Why Turkey and the Eastmed Project Need Each Other' (*War on the Rocks*, 12 Nisan 2019) <<https://warontherocks.com/2019/04/squaring-the-triangle-why-turkey-and-the-eastmed-project-need-each-other/>>.

- Romanya-Ukrayna Davası, (Romanya v Ukrayna) [2009] ICJ Rep 61.
- Schofield CH, Lee S ve Kwon MS, *The Limits of Maritime Jurisdiction* (Brill Nijhoff 2013).
- Shaw M, *Public International Law* (8. bs, Cambridge University Press 2017).
- Sohn LB vd, *Cases and Materials on the Law of the Sea* (2. b.s, Brill Nijhoff 2004).
- Stansifer C, 'Application of the Tobar Doctrine to Central America' (1967) 23(3) *The Americas*.
- Stern L, 'Bitter Lessons: How We Failed in Cyprus' 1975 (19) *Foreign Policy*.
- Stocker J, 'No EEZ Solution: The Politics of Oil and Gas in the Eastern Mediterranean' (2012) 66 (4) *Middle East Journal*.
- Stoica V, 'The Development of Maritime Delimitation by the International Court of Justice' (2018) 20 *Romanian J Int'l L*.
- Talmon S ve Lobo M, 'The intricacies of maritime boundary delimitation: Germany's one-sided response to the Turkey-Libya MoU on delimitation of the maritime jurisdiction areas in the Mediterranean' (*GPIL*, 9 Mart 2020) <<https://gpil.jura.uni-bonn.de/2020/03/the-intricacies-of-maritime-boundary-delimitation-germanys-one-sided-response-to-the-turkey-libya-mou-on-delimitation-of-the-maritime-jurisdiction-areas-in-the-mediterranean/>>.
- Tanaka Y, 'Reflections on Maritime Delimitation in the Qatar/Bahrain Case' (2003) 52 (1) *The International and Comparative Law Quarterly*.
- Tanaka Y, 'Case Concerning the Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (8 October 2007)' (2008) 23 *IJMCL*.
- Tanaka Y, 'Reflections on Maritime Delimitation in the *Romania/Ukraine* Case before the International Court of Justice' (2009) 56 *NILR*.
- Tanaka Y, 'Unilateral Exploration and Exploitation of Natural Resources in Disputed Areas: A Note on the *Ghana/Côte d'Ivoire* Order of 25 April 2015 before the Special Chamber of ITLOS' (2015) 46 (4) *Ocean Development & International Law*.
- Tanaka Y, *Predictability and Flexibility in the Law of Maritime Delimitation* (Hart 2002).
- Tanaka Y, *The International Law of the Sea* (Cambridge University Press 2012).
- Temizer M, 'Turkey sends Yavuz vessel for oil exploration in E. Med.' (*AA*, 20 Haziran 2019) <<https://www.aa.com.tr/en/energy/energy-diplomacy/turkey-sends-yavuz-vessel-for-oil-exploration-in-e-med/25830>>.
- Temizer M, 'Turkey's Fatih vessel off for 1st deep drilling in Med.' (*AA*, 31 Mayıs 2018) <<https://www.aa.com.tr/en/energy/energy-diplomacy/turkeys-fatih-vessel-off-for-1st-deep-drilling-in-med/20307>>.
- The Anglo-French Continental Shelf Arbitration (1977) Reports of International Arbitral Awards.
- Toluner S, *Milletlerarası Hukuk Açısından Türkiye'nin Bazı Dış Politika Sorunları* (2. bası, Beta 2004).
- Torres Boğazı Anlaşması (1978) <<http://www.austlii.edu.au/au/other/dfat/treaties/1985/4.html>>.
- Torres Boğazı Anlaşması (Ek-2) (n 109), <<http://www.austlii.edu.au/au/other/dfat/treaties/1985/4.html>>.
- Tunus-Libya Kıta Sahaneliği Davası (Libya v Tunus) [1982] ICJ Rep 18.
- Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi (1969) 1155 UNTS 331.
- Vogler Sve Thompson EV, 'Gas Discoveries in the Eastern Mediterranean: Implications for Regional Maritime Security' (*German Marshall Fund*, Mart 2015) <[www.gmfus.org/file/4519/download](http://www.gmfus.org/file/4519/download)>.

- Wintour P ve Tondo L, 'Italy to host Libyan conference in fresh push for elections' (*The Guardian*, 12 Kasım 2018) <<https://www.theguardian.com/world/2018/nov/12/italy-to-host-libyan-conference-in-fresh-push-for-elections>>.
- Wintour P, 'Greece expels Libyan ambassador in row over maritime boundaries' (*The Guardian* 6 Aralık 2019) <<https://www.theguardian.com/world/2019/dec/06/greece-expels-libyan-ambassador-row-maritime-boundaries>>.
- Yaycı C, 'Doğu Akdeniz' de Deniz Yetki Alanlarının Sınırlandırılmasında Libya'nın Rolü ve Etkisi' (2011) 7 (14) Güvenlik Stratejileri Dergisi.
- Yaycı C, *Doğu Akdeniz'in Paylaşım Mücadelesi ve Türkiye* (Kırmızı Kedi Yayınları 2020).
- Yaycı C, *Libya Türkiye'nin Denizden Komşusudur* (ASAM 1994).
- Zaptia S, 'Ageela Salah now supports UN-brokered Skhirat agreement: Kobler' (*Libya Herald*, 1 Ocak 2016) <<https://www.libyaherald.com/2016/01/01/ageela-salah-now-supports-un-brokered-skhirat-agreement-kobler/>>.
- (AA, 5 Mart 2019) <<https://www.aa.com.tr/en/pg/photo-gallery/blue-homeland-2019/0>>.
- (Cyprus-Lebanon, Cyprus-Israel Offshore Delimitation) (*Mees*, 28 Eylül 2012) <<https://www.mees.com/2012/9/28/op-ed-documents/cyprus-lebanon-cyprus-israel-offshore-delimitation/f994d750-6d1a-11e7-9675-d5a0b0510107>>.
- (*Resmi Gazete*, 26 Aralık 2019) <<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2019/12/20191226-3.pdf>>.
- '41st Anniversary of Fascist Greek Coup' <<https://mfa.gov.ct.tr/41st-anniversary-of-fascist-greek-coup/>>.
- 'Adopting Two Resolutions, General Assembly Speakers Stress That Healthy, Resilient Oceans, Seas Play Central Role in Achieving Sustainable Development Goals' <<https://www.un.org/press/en/2018/ga12103.doc.htm>>.
- 'Assessment of Undiscovered Oil and Gas Resources of the Levant Basin Province, Eastern Mediterranean' (*USGS*, 1 Mart 2010) <<https://pubs.usgs.gov/fs/2010/3014/>>.
- 'BM Kapsamlı Çözüm Planı (Annan Planı)' <[http://www.mfa.gov.tr/bm-kapsamli-cozum-plan\\_i-annan-plan\\_i\\_tr.mfa](http://www.mfa.gov.tr/bm-kapsamli-cozum-plan_i-annan-plan_i_tr.mfa)>.
- 'Council conclusions on Libya' <<https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2016/01/18/fac-conclusions-libya/>> .
- 'Cumhurbaşkanı Kararı' (*Resmi Gazete*, 12 Aralık 2019) <<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2019/12/20191212-11.pdf>>.
- 'Cyprus approves Eni, Total, Exxon offshore block deals' (*Reuters*, 17 Mart 2017) <<https://www.reuters.com/article/energy-cyprus/cyprus-approves-eni-total-exxon-offshore-block-deals-idUSL5N1GU316>>.
- 'Cyprus in Gas Exploration Deal with ENI, Kogash' (*IndustryWeek*, 30 Temmuz 2014) <<https://www.industryweek.com/technology-and-iiot/energy/article/21963359/cyprus-in-gas-exploration-deal-with-eni-kogas>>.
- 'Cyprus rallies Israel, other neighbors to counter Turkey-Libya maritime deal' (*TimesofIsrael* 21 Aralık 2019) <<https://www.timesofisrael.com/cyprus-rallies-israel-other-neighbors-to-buck-turkey-libya-maritime-deal/>>.
- 'Cyprus, Greece, Egypt call on Turkey to end 'provocative' actions' (*Reuters*, 8 Ekim 2019) <<https://www.reuters.com/article/us-cyprus-turkey-ship/cyprus-greece-egypt-call-on-turkey-to-end-provocative-actions-idUSKBN1WN1R0>>.

- ‘Daily Press Briefing by the Office of the Spokesperson for the Secretary-General’ <<https://www.un.org/press/en/2019/db191211.doc.htm>>.
- ‘De Jure Government and De Facto Government Law and Legal Definition’ <<https://definitions.uslegal.com/d/de-jure-government-and-de-facto-government/>>.
- ‘Eastern Mediterranean Pipeline Project’ (*NS Energy*) <<https://www.nsenergybusiness.com/projects/eastern-mediterranean-pipeline-project/>>.
- ‘Egyptian FM discusses Libya with Greek, Italian counterparts’ (*Egypt Today*, 23 December 2019) <<https://www.egypttoday.com/Article/2/78968/Egyptian-FM-discusses-Libya-with-Greek-Italian-counterparts>>.
- ‘Eni discovers a supergiant gas field in the Egyptian offshore, the largest ever found in the Mediterranean Sea’ (*Eni*, 30 Ağustos 2015) <<https://www.eni.com/en-IT/media/press-release/2015/08/eni-discovers-a-supergiant-gas-field-in-the-egyptian-offshore-the-largest-ever-found-in-the-mediterranean-sea.html>>.
- ‘European Council meeting’ (12 Aralık 2019) <<https://www.consilium.europa.eu/media/41768/12-euco-final-conclusions-en.pdf>>.
- ‘Head of Libya parliament says Turkey-Libyan deal invalid’ (*Reuters* 12 December 2019) <<https://www.reuters.com/article/us-greece-libya-turkey/head-of-libya-parliament-says-turkey-libyan-deal-invalid-idUSKBN1YG26Z>>.
- ‘Head of Libya parliament says Turkey-Libyan deal invalid’ (*Reuters* 12 Aralık 2019) <<https://www.reuters.com/article/us-greece-libya-turkey/head-of-libya-parliament-says-turkey-libyan-deal-invalid-idUSKBN1YG26Z>>.
- ‘Holding Up the Peace Process in Libya’ (*Worldview*, 17 Şubat 2020.) <<https://worldview.stratfor.com/article/holding-peace-process-libya>>.
- ‘İsrail Devleti Hükümeti ile Kıbrıs Cumhuriyeti Hükümeti Arasında imzalanan Münhasır Ekonomik Bölgenin Sınırlandırılması Andlaşması’ <[https://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/TREATIES/cyp\\_isr\\_eez\\_2010.pdf](https://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/TREATIES/cyp_isr_eez_2010.pdf)>.
- ‘Joint Greek Egyptian Cypriot exercise MEDUSA 8’ (*DefencePoint* 12 Nisan 2019) <<https://defencepoint.com/2019/04/12/joint-greek-egyptian-cypriot-exercise-medusa-8/>>.
- ‘Judgement of the Court’ (*Eur-Lex*, 1994) <<https://eurlex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61992CJ0432&from=EN>>.
- ‘Kıbrıs Cumhuriyeti ile Mısır Arap Cumhuriyeti arasında imzalanan Münhasır Ekonomik Bölgenin Sınırlandırılması Andlaşması’ (17 Şubat 2003) <<https://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/TREATIES/EGY-CYP2003EZ.pdf>>.
- ‘Kıbrıs Cumhuriyeti’nin Kuruluşuna İlişkin Temel Andlaşma’ (1960) <[http://www.mfa.gov.tr/kibris-cumhuriyeti\\_nin-kurulusuna-iliskin-temel-antlasma\\_-1960\\_ingilizce\\_tr.mfa](http://www.mfa.gov.tr/kibris-cumhuriyeti_nin-kurulusuna-iliskin-temel-antlasma_-1960_ingilizce_tr.mfa)>.
- ‘Kıbrıs Meselesinin Tarihçesi, BM Müzakerelerinin Başlangıcı’ <[http://www.mfa.gov.tr/kibris-meselesinin-tarihcesi\\_-bm-muzakerelerinin-baslangici.tr.mfa](http://www.mfa.gov.tr/kibris-meselesinin-tarihcesi_-bm-muzakerelerinin-baslangici.tr.mfa)>.
- ‘Letter dated 13 November 2019 from the Permanent Representative of Cyprus to the United Nations addressed to the Secretary-General’ <<https://undocs.org/en/A/74/549>>.
- ‘Letter dated 18 March 2020 from the Permanent Representative of Turkey to the United Nations addressed to the Secretary-General’ <<https://undocs.org/en/a/74/757>>.
- ‘Letter dated 19 February 2020 from the Permanent Representative of Greece to the United Nations addressed to the Secretary-General’ <<https://undocs.org/en/a/74/710>>.



- 'Letter dated 19 March 2020 from the Permanent Representative of Greece to the United Nations addressed to the Secretary-General' <<https://undocs.org/en/a/74/758>>.
- 'Letter dated 26 December 2019 from the Chargé d'affaires a.i. of the Permanent Mission of Libya to the United Nations addressed to the Secretary-General' <<https://undocs.org/en/A/74/634>>.
- 'Letter dated 8 January 2019 from the Chargé d'affaires a.i. of the Permanent Mission of Turkey to the United Nations addressed to the Secretary-General' <<http://undocs.org/S/2019/33>>.
- 'Libya Siyasi Anlaşması' <<https://unsmil.unmissions.org/sites/default/files/Libyan%20Political%20Agreement%20-%20ENG%20.pdf>>.
- 'Libya's UN-backed government sails into Tripoli' (*Aljazeera*, 31 Mart 2016) <<https://www.aljazeera.com/news/2016/03/libya-backed-unity-government-arrives-tripoli-160330125804929.html>>.
- 'Milletlerarası Andlaşma' (*Resmi Gazete*, 6 Aralık 2019) <<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2019/12/20191207-3.pdf>>.
- 'No: 203, 13 July 2019, Press Release Regarding The New Cooperation Proposal of TRNC on Hydrocarbon Resources' <[http://www.mfa.gov.tr/no\\_203\\_-kkct-nin-hidrokarbon-kaynaklarina-iliskin-yeni-isbirligi-onerisi-hk.en.mfa](http://www.mfa.gov.tr/no_203_-kkct-nin-hidrokarbon-kaynaklarina-iliskin-yeni-isbirligi-onerisi-hk.en.mfa)>.
- 'Outcome Of The Council Meeting' <[https://www.consilium.europa.eu/media/41952/st14949\\_final-en19.pdf](https://www.consilium.europa.eu/media/41952/st14949_final-en19.pdf)>.
- 'Press Release Regarding the EU Enlargement, 1 May 2004' <[http://www.mfa.gov.tr/press-release-regarding-the-eu-enlargement\\_-1-may-2004.en.mfa](http://www.mfa.gov.tr/press-release-regarding-the-eu-enlargement_-1-may-2004.en.mfa)>.
- 'Press Statement on the "Agreement on the Delimitation of the Continental Shelf in the Mediterranean"' <<https://mfa.gov.ct.tr/press-statement-on-the-agreement-on-the-delimitation-of-the-continental-shelf-in-the-mediterranean/>>.
- 'Press Statement On The Continental Shelf Delimitation Agreement Signed Between Turkey And The TRNC' (21 Eylül 2011) <[http://www.mfa.gov.tr/no\\_-216\\_-21-september-2011\\_-press-statement-on-the-continental-shelf-delimitation-agreement-signed-between-turkey-and-the-trnc.en.mfa](http://www.mfa.gov.tr/no_-216_-21-september-2011_-press-statement-on-the-continental-shelf-delimitation-agreement-signed-between-turkey-and-the-trnc.en.mfa)>.
- 'Set of Ideas' (1992) <[http://www.mfa.gov.tr/set-of-ideas-\\_1992\\_.en.mfa](http://www.mfa.gov.tr/set-of-ideas-_1992_.en.mfa)>.
- 'Statement by the Ministry of Foreign Affairs of the Turkish Republic of Northern Cyprus' <<http://mfa.gov.ct.tr/statement-by-the-ministry-of-foreign-affairsof-theturkish-republic-of-northern-cyprus/>>.
- 'The EU's relationship with Turkey is failing' (*The Economist*, 25 Temmuz 2019) <<https://www.economist.com/europe/2019/07/25/the-eus-relationship-with-turkey-is-failing>>.
- 'The history of the European Union - 2004' (*European Union*, 2004) <[https://europa.eu/european-union/about-eu/history/2000-2009/2004\\_en](https://europa.eu/european-union/about-eu/history/2000-2009/2004_en)>.
- 'Tinoco Claims Arbitration (Great Britain v. Costa Rica)' <<https://www.casebriefs.com/blog/law/international-law/international-law-keyed-to-damrosche/chapter-5/tinoco-claims-arbitration-great-britain-v-costa-rica/>>.
- 'Tripartite Conference & Geneva Declaration' (United Nations Peacekeeping Force In Cyprus) <<https://unficypr.unmissions.org/tripartite-conference-geneva-declaration>>.
- 'TRNC issues new license to TPAO' (*AA*, 9 Temmuz 2012) <<https://www.aa.com.tr/en/turkey/trnc-issues-new-license-to-tpao/356630>>.
- 'Turkey slams ExxonMobil's exploration in eastern Med' (*AA*, 19 Kasım 2018) <<https://www.aa.com.tr/en/energy/energy-diplomacy/turkey-slams-exxonmobils-exploration-in-eastern-med/22342>>.

‘Turkey’s illegal drilling activities in the Eastern Mediterranean: Council adopts framework for sanctions’ <<https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2019/11/11/turkey-s-illegal-drilling-activities-in-the-eastern-mediterranean-council-adopts-framework-for-sanctions/>>.

‘UN backs Alassane Ouattara as Ivory Coast president’ (*BBC*, 9 Aralık 2010) <<https://www.bbc.com/news/world-africa-11955468>>.

‘United Nations Convention on the Law of the Sea’ <[https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=XXI-6&chapter=21&Temp=mtdsg3&clang=\\_en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXI-6&chapter=21&Temp=mtdsg3&clang=_en)>.

‘Valetta Bildirisi’ (14 Haziran 2019) <<https://www.gov.mt/en/Government/DOI/Press%20Releases/Documents/PR191327.pdf>>.

## Hakem Kararları Maddi Hukuka Aykırılık Sebebiyle İptal Edilebilir Mi? Hakem Kararlarının İptali Müessesesinin Tarihi Kökeni

### Can Arbitral Awards Be Set Aside Due to Inconsistency with Substantive Law? Historical Background and Legal Nature of the Setting Aside of Arbitral Awards

Ali Cem Budak\* 

#### Öz

Mülga 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu döneminde verilen 28.01.1994 tarih ve 4/1 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'nda tahkimin yargısal yönünü öne çıkaran bir yaklaşım benimsenerek, özetle, hakem kararlarının maddi hukuka uygunluğunun devlet mahkemeleri tarafından denetlenebilmesinin mümkün olduğu sonucuna varılmıştır. Bu kararda benimsenen görüşün 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun uygulandığı dönemde de muhafaza edilmesi hâlinde, hakem kararlarının kanuna aykırı olması hususu bir iptal sebebi sayılabilecektir. Ancak, hakem kararlarının iptali müessesesinin amacı, mahiyeti ve tarihi kökeni dikkate alındığında, hakem kararlarının iptali sebepleriyle yabancı mahkeme ve yabancı hakem kararları hakkındaki tenfiz engelleri arasında bağlantı ve benzerlik görülmektedir ki söz konusu bağlantı ve benzerlikler tesadüfî değildir. Yabancı mahkeme ve yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi bakımından milletlerarası hukuka hâkim olan anlayış, egemen devletlerin yek diğerinin yargı yetkileri dahilinde vermiş oldukları yargı kararlarına eşitlik ve karşılıklılık ilkeleri çerçevesinden saygı göstermeleri; yek diğerinin ülkelerinde verilen mahkeme ve hakem kararlarına kapsamlı bir kanun yolu denetimi yapmadan sadece hak arama hürriyetine riayet edilip edilmediği hususunu incelemekle yetinerek millî mahkeme ve hakem kararları gibi kesin hüküm ve icra kabiliyeti vasıflarını tanımak şeklindedir. Aynı mülhazaların millî hakem kararlarının kesin hüküm ve icra kabiliyeti vasıflarının kendi devletleri tarafından tanınması bakımından da geçerli olduğunu söylemek mümkündür. Bu çalışmada hakem kararlarının iptali müessesesinin tarihi gelişimi ve niteliği incelendikten sonra, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu uyarınca hakem kararlarının iptali usulünde bu yaklaşımın uygulanmasının mümkün olup olmadığı tartışılacaktır.

#### Anahtar Kelimeler

Tahkim, Tahkimin niteliği, İptal davası, Tenfiz engelleri, Kanun yolları

#### Abstract

In a decision dated 01.28.1994 and no.4/1, rendered at the time when the former Code of Civil Procedure no.1086 was still in force, the Joint Chambers of the Court of Cassation held that state courts can review arbitral awards in terms of their consistency with substantive law. In case of insisting on this opinion during the period of the new Code of Civil Procedure no.6100, the inconsistency of arbitral awards with substantial law will still be a reason for setting aside of the awards. However, when the aim, legal nature and historical background of the notion of setting aside of arbitral awards are taken into consideration, it is determined that there are connections and similarities between the grounds for setting aside of arbitral awards and the grounds for refusal of enforcement for foreign court judgments/arbitral awards. The predominant understanding concerning recognition/enforcement of foreign court decisions/arbitral awards expects states to recognize the main characteristics - namely that they are a final judgment and enforceable - of foreign court decisions/arbitral awards like its own court decisions/arbitral awards without conducting a comprehensive

\* Sorumlu Yazar: Ali Cem Budak (Prof. Dr.), İstanbul Ticaret Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye, E-posta: acbudak@ticaret.edu.tr ORCID: 0000-0002-3756-4964

Atf: Budak AC, "Hakem Kararları Maddi Hukuka Aykırılık Sebebiyle İptal Edilebilir Mi? Hakem Kararlarının İptali Müessesesinin Tarihi Kökeni" (2020) 40(1) PPIL 557. <https://doi.org/10.26650/ppil.2020.40.1.0014>

appeal review, and that they should be content with an analysis whether the basic procedural guarantees/due process is respected or not. The same principle is also applicable for recognition/enforcement of domestic arbitral awards. In this work, it will be discussed that whether the approach of the Court of Cassation can still be used in the procedure of the setting aside of arbitral awards under Code of Civil Procedure no.6100, or not.

**Keywords**

Arbitration, Legal nature of arbitration, Setting aside, Grounds for reversal, Appeal procedures

**Extended Summary**

Article 533 of the former [Turkish] Code of Civil Procedure (“f-CCP”) numbered 1086 which regulated the appeal procedure / the setting aside procedure against arbitral awards was as follows:

“Award of arbitrators may only be set aside, by means of appeal, in the following cases:

- a. if the award was rendered after the expiration of the time limit fixed for the arbitration.
- b. if the award was rendered for an issue which had not been demanded.
- c. if the arbitrators rendered an award on the issues beyond their competence.
- d. if the arbitrators did not decide upon each one of two parties’ allegations.

In case the award is set aside, by means of appeal, pursuant to one of the three latter reasons, a new arbitral tribunal is elected [and constituted] and new time limit for arbitration will be given.”

Even though the notion of inconsistency with the substantive law does not exist among the grounds for appeal specified in art. 533 of the f-CCP, the inconsistency of arbitral awards with the substantive law was deemed as a ground for reversal in various decisions of the Turkish Court of Cassation, especially in the cases where the parties determined that the agreement is subject to Turkish substantive law.

In their decision for unification of precedents dated January 28, 1994 and numbered 4/1, the Joint Chambers of the Court of Cassation held that

“... in case the parties set forth in the arbitration agreement or the arbitration clause that arbitrators shall resolve the dispute in accordance with the rules of substantive law, the arbitrators have to decide within the frame of these rules, rendering the decision contrary to this principle shall be deemed as a ground for appeal ...”

by providing the following reasoning:

“in subparagraph 3 of paragraph 1 of article 533 of our Code of Civil Procedure, in case arbitrators render a decision for the dispute, which is not within their competence, that shall be deemed as a valid ground for appeal. According to which, the arbitrators have to decide on issues for which they have competence. The parties restrict decision-making authority/competence of the arbitrators by agreeing upon the condition that ‘the rules of substantive law’ shall be applicable for resolving the dispute. As a natural result of this, the circumstance that arbitrators render a decision inconsistent with the rules of substantive law must be regarded as

going beyond their competence. Review of this matter by the Court of Cassation, at the same time, also fits the purpose of the necessity of fulfilment of the agreement between the parties and the arbitrators. In particular, rendering a decision ignoring the rules of substantive law [...] which was agreed on to be applicable in the dispute or rendering decision against such rules should be further deemed as a kind of excess of competence.”

It must be noted that even though the *stare decisis* doctrine does not apply in Turkey, as an exception, the decisions of the Court of Cassation for unification of precedents are binding for all lower ranking courts when deciding similar cases.

In the third edition of a book entitled *Medenî Usul Hukuku* (Civil Procedure Law), it was asserted that if the Court of Cassation insists on its opinion adopted at the time when f-CCP was still in force, the inconsistency of arbitral awards with substantial law will still be a reason for setting aside of the arbitral awards under the new Code of Civil Procedure (“CCP”) numbered 6100. However, the entry into force of the new provisions regarding arbitration of the CCP should be considered as an opportunity for reconsidering this decision of unification of precedents. From my standpoint, decision of unification of precedents is based on a strained interpretation that expands the scope of the ground for setting aside as “excess of the competence of arbitrators”<sup>1</sup>.

When the discussions on the aim, legal nature and historical background of the notion of setting aside of arbitral awards are taken into consideration, it is determined that there are connections and similarities between the grounds for setting aside of arbitral awards and the grounds for refusal of enforcement for both foreign court judgments and foreign arbitral awards.

The predominant understanding in international law concerning recognition and enforcement of foreign court decisions and foreign arbitral awards is to respect the decisions/awards given within the jurisdiction of other sovereign states under the principle of reciprocity. According to this approach, it is expected from states to recognize the main characteristics, namely that they are a final judgment and enforceable, of foreign court decisions and foreign arbitral awards like its own court decisions and arbitral awards without conducting a comprehensive appeal review, and that they will be content with an analysis whether the basic procedural guarantees / due process is respected or not.

The same considerations are also applicable for recognition/enforcement of binding effect and enforceability of domestic arbitral awards. In terms of review of national arbitral awards by state courts, limiting the review only with gross violations affecting the basic procedural guarantees, as different from comprehensive appeal procedures for state court decisions, is based on the fact that that parties to an arbitration have renounced the opportunity to apply to the state courts for various reasons.

---

1 Ali Cem Budak and Varol Karaaslan, *Medenî Usul Hukuku* (3rd edn, Adalet 2019) 435-436.

The understanding that arbitral awards can be reviewed by state courts in terms of their consistency with substantive law, which got involved in our civil procedure law through a strained interpretation of provisions of the law at the time of f-CCP, can no longer be followed in the period of the new code .

The Decision for unification of precedents of the Joint Chambers of the Court of Cassation, dated January 28, 1994 and numbered 4/1, should take its place in legal history as an example of the old understanding highlighting the judicial nature of arbitration and pushing contractual aspect of the arbitration into the background due to its having lost validity in the modern day.

## Hakem Kararları Maddi Hukuka Aykırılık Sebebiyle İptal Edilebilir Mi? Hakem Kararlarının İptali Müessesesinin Tarihi Kökeni

### I. Giriş

Mülga 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun<sup>2</sup> ("HUMK") hakem kararlarına karşı kanun yolunu düzenleyen 533. madde hükmü şöyle idi:

"Hakemlerin kararı ancak aşağıdaki hallerde temyizen nakz olunur:

- 1 Tahkim müddetinin inkızasından sonra karar verilmiş olması,
- 2 Talep edilmemiş bir şey hakkında karar verilmesi,
- 3 Hakemlerin salahiyetleri dahilinde olmıyan meseleye karar vermeleri.
- 4 Hakemlerin, iki tarafın iddialarından her biri hakkında karar vermemeleri,

Karar son üç sebepten birine binaen temyizen nakzedilirse hakemler ve müddet yeniden intihap ve tayin olunur."

Mülga HUMK m. 533'teki bu temyiz sebepleri arasında kanuna aykırılık bulunmamasına rağmen, Yargıtay içtihatlarında tarafların sözleşmeyi Türk maddî hukukuna tâbi kıldıkları hâllere özgü olmak üzere, hakem kararlarının kanuna aykırı olması bir bozma sebebi sayılmaktaydı. 28.01.1994 tarih ve 4/1 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı ile

"... taraflar, tahkim sözleşmesi veya şartında hakemlerin, uyumsuzluğu maddî hukuk kurallarına göre çözümlenmelerini öngördükleri takdirde, hakemlerin bu kurallar çerçevesinde karar vermek zorunda olduklarına, aykırı karar vermenin temyiz sebebi oluşturduğuna ..."

karar verilmişti<sup>3</sup>.

Aynı içtihadı birleştirme kararının gerekçesinde

"... Usul Yasamızın 533. maddesinin 3. bendinde, hakemlerin yetkileri içinde olmayan uyumsuzluklara karar vermeleri hâli bir temyiz nedeni olarak kabul edilmiştir. Bu temyiz nedenine göre, hakemler, yetkili kıldıkları hususlarda karar vermelidirler. Taraflar, uyumsuzluğun çözümü için 'maddî hukuk kuralları' koşulu üzerinde anlaşmaya varmakla, hakemlerin karar verme yetkilerini sınırlamış olmaktadır. Bunun olağan sonucu olarak, hakemlerin maddî hukuk kuralları dışına çıkmak suretiyle karar vermeleri hâlini yetkilerinin aşılması saymak gerekir. Yargıtay'ın bu hâli denetlemesi, aynı zamanda, taraflar arasındaki hakem sözleşmesinin yerine getirilmesi gerektiği amacına da uygundur. Özellikle hakemlerce, İçtihadı Birleştirmenin konusunu oluşturan veya uyumsuzlukta uygulanması öngörülen maddî hukuk kuralları bir yana bırakılarak karar verilmesi veya bu kurallara aykırı karar oluşturulması da, bir tür yetki dışına çıkılması sayılmalıdır."

görüşüne de yer verilmişti.

2 Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, Kanun Numarası: 1086, Kabul Tarihi: 18.6.1927, RG 2.7.1927/622.

3 Yargıtay İBHGK, 1993-4/1, 28.01.1994, RG 13.4.1994/21904.

Medenî Usul Hukuku başlıklı bir kitabın 3. basısında aşağıdaki görüşler yer almaktaydı:

“Yargıtayın 1994 yılındaki içtihadında benimsediği görüşleri muhafaza etmesi hâlinde, HMK’nın [6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu] uygulandığı dönemde de, hakem kararlarının kanuna aykırı olması bir iptal sebebi sayılabilecektir. Ancak, HMK’nın yeni tahkim hükümlerinin yürürlüğe girmesi, kanımca HUMK zamanında verilen 28.01.1994 tarih ve 4/1 sayılı içtihadı birleştirme kararında benimsenen “tarafklar Türk maddî hukukunun uygulanacağı konusunda anlaşmışlarsa, hakemlerin kanunu yanlış uygulamaları yetkilerini aşmış oldukları anlamına gelir” şeklinde özetlenebilecek olan hukukî görüşün gözden geçirilmesi için bir fırsat sayılmalıdır. Çünkü bu hukukî görüş, kanımca “hakemlerin yetkilerini aşmaları” şeklindeki iptal sebebinin (HUMK sisteminde tahkime özgü temyiz sebebinin) kapsamının zorlama bir yorumla genişletilmesi sonucunda ulaşılmış bir görüştür.”<sup>4</sup>

## II. Devlet Mahkemesi Kararlarına Karşı Kanun Yollarının ve Hakem Kararlarına Karşı İptal Davasının Amaçları

Temyiz kanun yolunun aslî amacı hukukun ülke düzeyinde yeknesak uygulanmasını, başka bir ifade ile içtihat birliğini sağlamak iken<sup>5</sup>; istinaf kanun yolunun aslî amacı bir derece mahkemesi olarak somut olayda doğru karar verilmesini sağlamaktır.

Hakem kararlarının iptali müessesesi ise amacı bakımından ne temyiz ne de istinaf kanun yoluna benzer. Tahkim yoluna başvurmuş olan taraflar, aralarındaki uyuşmazlığın devlet mahkemeleri tarafından çözümlenerek hükme bağlanmasından sarfınazar etmiş oldukları için uyuşmazlığı çözüme bağlayan hükmün öngörülebilir olması -yani içtihat birliğinin sağlanması- amacına yönelik temyiz hükümlerinin hakem kararlarının denetimi bakımından uygun bir kanun yolu olmadığı açıktır. Öte yandan, tahkime başvuran taraflar devlet mahkemelerinin sağladığı hukukî himayeden (çabukluk, gizlilik vb. sebeplerle) vazgeçmiş oldukları için esasa ilişkin bir incelemeyi ve kısmen tahkikat işlemlerinin tekrarı veya tamamlanmasını içeren istinaf kanun yolu da hakem kararlarının denetimi için uygun bir kanun yolu sayılamaz. Tahkimde hakem kararının devlet mahkemeleri tarafından denetimi hak arama hürriyetinin

4 Ali Cem Budak ve Varol Karaaslan, *Medenî Usul Hukuku* (3rd edn, Adalet 2019) 435-436. Aksi yönde bkz. Nuray Ekşi, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Tahkim* (2nd edn, Beta 2019) 186. Ekşi’ye göre: “Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararında da ifade edildiği üzere, taraflar, uygulanacak maddî hukuku belirlemişse, hakemlerin karar verme yetkilerini sınırlamış olmaktadır. Eğer hakemler, tarafların belirlediği maddî hukuk kurallarının dışına çıkmak suretiyle karar vermişse, o zaman yetkilerini aştıklarını kabul etmek ve bu sebebe istinaden hakem kararının iptali için mahkemeye başvurma hakkını taraflara tanımak gerekir (HMK m.439/2-ç). Ayrıca HMK’nın 439/2/e maddesinde belirtilen, ‘tahkim yargılamasının, usul açısından sözleşmede yer alan hükümlere uygun olarak yürütülmediği ve bu durumun kararın esasına etkili olduğu’ hükmüne dayanılabilir. Gerçi bu hükmün iptal sebebi olabilmesi için açıkça ‘usul açısından’ sözleşmede yer alan hükümlere aykırılıktan söz etmiştir. Bununla birlikte, buradaki ‘usul’ kavramını geniş yorumlamak ve hukuk seçimine ilişkin usulün de bu hükmün kapsamına girdiğini kabul etmek gerekir. Aksi hâlde, taraflarca seçilen hukuku dikkate almaksızın verilen bir hakem kararına karşı sırf bu sebeple herhangi bir hukukî yola başvurulamayacaktır.” Ekşi’nin görüşüne katılmıyorum. Kanaatimce bu görüş “esasa etkili usule aykırılık” kavramını yorum kurallarına uygun olmayan bir şekilde genişletmektedir. Çünkü yapılan yorumda kanunun lafzına, amacına, hazırlık çalışmalarına ilişkin hususlar değerlendirilmemekte; “iptal davasında maddî hukuka uygunluk denetimi yapılmasının gerekli olduğu” peşinen kabul edilerek, varılmak istenen sonuç bu sonucun gerekçesi şeklinde sunulmaktadır.

5 Selçuk Özbek, ‘Temyiz Kanun Yolunun Tarihesine İlişkin Bazı Tespitler’ (2015) 21(2) MÜHFHAD (Prof. Dr. Mehmet Akif Aydın’a Armağan) 119, 122; Budak ve Karaaslan, *Medenî Usul* (n 3) 438-439.



özünü etkileyebilecek ağır usulî hataların bertaraf edilmesiyle sınırlıdır. Başka bir ifade ile devlet mahkemeleri hakem kararını maddî veya hukukî mesele bakımından bir denetime tabi tutmaz. Sadece, hakemler önünde yapılan yargılamanın temel hak ve hürriyetler arasında bulunan hak arama hürriyetini ihlal edecek şekilde yapılmış olduğu durumda veya istisnaen verilen kararın kamu düzenine aykırı olması hâlinde söz konusu hakem kararının iptali yani hükümsüz kılınması şeklinde sınırlı bir denetimle yetinirler.

Yukarıda açıklanan niteliğiyle hakem kararlarının iptali Milletlerarası Özel Hukuka ait bir hukuki kurum olan yabancı mahkeme ve yabancı hakem kararlarının tanınması/tenfizi müessesesiyle hem işlevi hem de amaçları bakımından büyük bir benzerlik gösterir. Gerçekten yabancı mahkeme veya yabancı hakem kararlarının tanınma ve tenfizi usulünde de (kamu düzenine açıkça aykırılık hâlleri müstesna olmak üzere) tanınması veya tenfizi istenen kararın verilmesinde hukukun doğru uygulanıp uygulanmadığı ve tahkikatın yeterli şekilde yapılıp yapılmadığı hususları incelemenin kapsamı dışında kalır. Tanınma veya tenfiz mahkemesi sadece yabancı mahkemenin kararının veya yabancı devlet ülkesinde verilmiş olan hakem kararının verildiği yargılamada hak arama hürriyetinin özünü ihlal edecek derecede ağır bir usulî hata yapılıp yapılmadığı hususu ile sınırlı bir inceleme yapar.

Mülga HUMK'un hakem kararlarının temyizi hakkındaki 533. madde hükmü bu denetim şeklinin niteliği ve sınırlarına iyi bir örnektir. Gerçekten mülga usul kanunumuz “temyiz” adı altında aslında nitelikçe temyiz olmayan, çok daha sınırlı bir denetim çerçevesi çizmektedir. Bu kanun hükmüne göre hakem kararının temyiz mahkemesi tarafından bozulabilmesi için hakemlerin ya tahkim süresinin sona ermesinden sonra ya talep edilmemiş bir şey hakkında ya da yetkilerinin dışında olan bir konuda karar vermeleri ve nihayet iki tarafın taleplerinden her biri hakkında karar vermemiş olmaları hâllerinden birinin bulunması lazımdır.

### **III. Yabancı Mahkeme ve Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi ile Hakem Kararlarının İptali Müesseselerinin Tarihî Gelişimi**

Yabancı mahkeme ve yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi ile ilgili tarihî gelişme yukarıdaki açıklamaları doğrular yöndedir. Birleşmiş Milletler tarafından yayımlanan “Milletlerarası Ticaret Hukukuna İlişkin Konvansiyonlar ve Diğer Belgelere Ait Metinler Sicili”nin 1973 yılında yayımlanan ikinci cildi<sup>6</sup> gözden geçirildiğinde yabancı mahkeme ve hakem kararlarının tenfizi talebinin reddini gerektirecek “tenfiz engelleri”ni ihtiva eden kısa listenin ilk örneğinin Güney Amerika Devletleri arasında yapılan 11 Ocak 1889 tarihli Usul Hukuku Sözleşmesi'nin<sup>7</sup> yabancı

6 Register of Texts of Conventions and Other Instruments concerning International Trade Law, Volume II, United Nations, New York 1973.

7 Treaty Concerning the Union of South American States in Respect of Procedural Law, Signed at Montevideo, 11 January 1889.

mahkeme ve hakem kararlarının icrası şartlarını düzenleyen 5. maddesinde görmek mümkündür. Anılan 5. madde aşağıdaki gibidir:

“Âkit Devletlerden birinde hukuki ve ticari konularda verilmiş olan mahkeme ve hakem kararları, aşağıda belirtilen koşullara uygun olması kaydıyla, diğer âkitlerin ülkelerinde, kararın verildiği ülkedeki ile aynı güce sahip olacaktır:

- (a) Milletlerarası hukuka göre yetkili bir heyet tarafından mahkeme veya hakem kararı verilmiş olmalıdır;
- (b) Karar, verildiği Devlette, nihaî bir niteliğe veya kesin hüküm vasfına sahip olmalıdır;
- (c) Aleyhine karar verilmiş olan taraf, yargılamanın yapıldığı ülkedeki hukuka uygun bir biçimde, çağrılmış ve temsil edilmiş veya çağrıldığı halde yargılamaya katılmadığı tespit edilmiş olmalıdır;
- (d) Karar, kararın uygulanacağı ülkedeki kamu düzenine ilişkin kurallara aykırı olmamalıdır.”

Güney Amerika Devletleri arasında yapılan 1889 tarihli Usul Hukuku Sözleşmesi’ndeki bu kısa liste bir parça şekil değiştirerek önce milletlerarası hukuk metinlerinde sonra da çeşitli devletlerin milli mevzuatında tekrar tekrar karşımıza çıkacaktır.

Milletler Cemiyeti döneminde yapılan 1923 tarihli Tahkim Şartları Hakkında Protokol’de âkit devletler başka âkit devletlerin yargı yetkisine tabi olan kişilerin yapmış oldukları tahkim sözleşmelerinin geçerliliğini tanımak ve bu tahkim anlaşmalarına dayanılarak yapılan tahkim yargılamaları sonucunda verilen hakem kararlarını kendi ülkelerinde verilen hakem kararları gibi icra etmek yükümlülüğü altına girmişlerdir<sup>8</sup>.

Daha sonra 1927 yılında yapılan Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Hakkındaki 1927 tarihli Cenevre Protokolü’nün 1. ve 2. maddeleri ise aşağıdaki gibidir<sup>9</sup>:

“Madde 1- İşbu Konvansiyon’un uygulandığı herhangi bir Yüksek Âkit Tarafın ülkesinde, 24 Eylül 1923 tarihinde Cenevre’de imzaya açılan Tahkim Hükümleri Hakkında Protokol kapsamında mevcut veya müstakbel farklılıklar/uyuşmazlıklar ile ilgili olan (bundan sonra “tahkime müracaat” olarak anılacaktır) bir anlaşmaya uygun olarak verilen bir hakem kararı, mezkur kararın işbu Konvansiyon’un uygulandığı Yüksek Âkit Taraflardan birinin ülkesinde verilmesi ve Yüksek Âkit Taraflardan birinin yetkisine konu kişiler arasında olması kaydıyla, bağlayıcı olarak tanınacak ve kararın sunulduğu ülkedeki usul kurallarına uygun olarak tenfiz edilecektir.

Belirtilen tanıma veya tenfizin yapılabilmesi için aşağıda belirtilen hususlar ayrıca aranacaktır:

- (a) kararın, kendisine uygulanan hukuk uyarınca geçerli olan bir tahkime müracaata uygun şekilde verilmiş olması;
- (b) tanıma/tenfiz için başvuru devlet hukuku uyarınca hakem kararının konusunun tahkim ile çözülmesinin mümkün olması;

8 Protocol on Arbitration Clauses, Signed at Geneva, 24 September 1923, League of Nations, Treaty Series, vol. XXVII, p. 158, No. 678 (1924).

9 Convention for the Execution of Foreign Arbitral Awards, Signed at Geneva, 26 September 1927, League of Nations, Treaty Series, vol. XCII, p. 302, No. 2096 (1929-1930).

(c) Hakem Heyeti tarafından verilen kararın tahkime müracaatta yer alan koşulları sağlaması veya tarafların üzerinde mutabık kaldığı şekilde verilmesi ve tahkim usulüne uygulanan hukuka uygun olması;

(d) kararın verildiği devlete nihaî olması, şöyle ki karara karşı itiraz, istinaf veya temyiz (bu tür usullerin mevcut olduğu devletlerde) yollarının açık olması veya kararın geçerliliğine itiraz amacı ile herhangi bir usulün derdest olması bu kapsamda değerlendirilmeyecektir;

(e) kararın tanıma/tenfiz için başvuru devletinin hukuk ilkelerine veya kamu düzenine aykırı olmaması.

Madde 2- Madde 1’de yer alan koşullar bu konuda yerine getirilmiş olsa dahi, kararın tanınması ve tenfizi,

(a) Kararın verildiği ülkede iptal edilmiş olduğunun;

(b) Karar aleyhine ileri sürülebilecek tarafa davasına katılmasına imkân verecek yeterli sürede tahkim yargılaması bildiriminin yapılmadığının veya hukuken ehliyetsiz olduğu halde gereği gibi temsil edilmediğinin;

(c) Kararın tahkime müracaatın öngördüğü veya bunun koşulları içerisinde yer alan uyumsuzluklar / farklılıklar ile ilgili olmadığına veya tahkime müracaatın kapsamı dışında kalan konular hakkında hükümler içerdiğinin;

Mahkeme tarafından tespit edilmesi / kanaat getirilmesi halinde reddedilecektir.

Eğer karar hakem heyetine intikal eden tüm mevzuları kapsamıyorsa, kararın tanıma veya tenfizinin talep edildiği ülkenin yetkili makamı, uygun görüyorsa, işbu tanıma veya tenfizi erteleyebilir veya bunun karar vereceği bir teminata bağlanmasına hükmedebilir.”

İkinci Dünya Savaşı sonrası dönemde yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi hakkındaki 1958 tarihli Birleşmiş Milletler Konvansiyonu’nun<sup>10</sup> tenfiz taleplerinin hangi hâllerde reddedilebileceğini (“tenfiz engellerini”) sınırlı olarak sayan V. maddesi yine 1889 tarihli Güney Amerika Sözleşmesi’ni hatırlatacak şekilde kaleme alınmıştır<sup>11</sup>:

#### “V. MADDE

1. Aleyhine hakem kararı dermeyan edilen tarafın talebi sebketmez ve mumaileyh, kararın tanınması ve icrası istenen memleketin selâhiyetli makamı huzurunda aşağıdaki hususları ispat etmez ise, hakem kararının tanınması ve icrası talebi reddolunamaz:

a) II maddede derpiş olunan anlaşmayı akteden taraflar, haklarında tatbiki gereken kanuna göre ehliyetsiz olur yahut da mezkûr anlaşma taraflarca tâbi kıldığı kanuna ve bapta serahat mevcut değilse hakem kararının verildiği mahal kanununa göre hükümsüz bulunur ise; veya

b) Aleyhine hakem hükmü dermeyan olunan taraf hakemin tayininden veya hakemlik prosedüründen usulü dairesinde haberdar edilmemiş olur, yahut da diğer bir sebep yüzünden delillerini ikame etmek imkânını elde edememiş bulunur ise, veya

c) Hakem kararı hakem mukavelesinde veya hakem şartında derpiş edilmeyen bir ihtilâfa

10 Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, Done at New York, 10 June 1958, United Nations, Treaty Series, vol. 330, p. 38 No. 4739 (1959); Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun, Kanun Numarası: 3731, Kabul Tarihi: 8.5.1991, RG 21.5.1991/20877.

11 Tercüme için bkz. Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkında Sözleşme ile Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesine Ek İkinci Protokol Hakkında Karar, Karar Numarası: 91/2151, Karar Tarihi: 15.8.1991, RG 25.9.1991/21002.

muteallik olur yahut hakem mukavelesi veya hakem şartının şumulünü aşan hükümleri muhtevi bulunursa; bununla beraber hakem kararının hakemliğe tâbi bulunan meseleler hakkındaki hükümleri bunun dışında kalan hükümlerinden tefrik edilebilecek durumda ise bunların tanınması ve icrası cihetine gidilebilir, yahut

d) Hakem mahkemesinin teşkili veya hakemlik prosedürü tarafların mukavelesine ve mukavelede sarahat olmayan hallerde hakemliğin cereyan ettiği mahal kanunu hükümlerine uygun değilse; yahut

e) Hakem kararı taraflar için henüz vacibürriaye olmamış olur veya, bunun, verildiği memleket kanunu yahut tâbi olduğu kanun bakımından selâhiyetli bir makam tarafından iptal veya hükmünün icrası geri bırakılmış bulunursa.

2. Hakem kararının tanınması ve icrası istenen memleketin selâhiyetli makamı tarafından aşağıdaki hallerin mevcudiyeti müşahede edilecek olursa, tanıma ve icra talebi kezalik reddolunabilir.

a) Tanıma ve icra talebinin öne sürüldüğü memleketin kanununa göre ihtilâf mevzuunun hakemlik yolu ile halle elverişli bulunmaması; veya

b) Hakem kararının tanıma ve icrasının mezkûr memleketin âmme intizamı kaidelerine aykırı olması.”

Hukukun milletlerarası uyumlulaştırılması çalışmaları bakımından başarılı bir örnek sayılan (162 devletin taraf olduğu<sup>12</sup>) 1958 tarihli Birleşmiş Milletler Konvansiyonu’nu takiben yine Cenevre’de yapılan 1961 tarihli Milletlerarası Tahkim Hakkındaki Avrupa Konvansiyonu’nun (resmi tercümesi ile “Milletlerarası Ticari Hakemlik Konusundaki Avrupa Sözleşmesi”) hakem kararlarının iptali hakkındaki IX. maddesi 1958 tarihli Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’nin tenfiz engelleriyle ilgili V. maddesinde yer verilen tenfiz engelleri listesine çok benzer bir iptal sebepleri listesi içermektedir<sup>13</sup>. 1961 tarihli Cenevre Konvansiyonu da çok sayıda devlet tarafından kabul edilmiştir<sup>14</sup>.

1961 tarihli Cenevre Konvansiyonu’nun hakem kararının iptal sebepleri arasında yer alan (b) ve (d) bentleri 1889 Güney Amerika Sözleşmesi ile; ve yine 1. fıkrasının (a), (b), (c) ve (d) bentleri ise 1958 tarihli Birleşmiş Milletler Konvansiyonu tenfiz engellerini sayan V. maddesinin 1. fıkrasının (a), (b), (c) ve (d) bentleriyle aynı anlamdadır. Avrupa Konvansiyonu’nun ilgili IX. maddesi şöyledir<sup>15</sup>:

12 Bkz. <www.newyorkconvention.org/list+of+contracting+states> Erişim Tarihi 19 Mart 2020.

13 European Convention on International Commercial Arbitration, Done at Geneva, 21 April 1961, United Nations, Treaty Series, vol. 484, p. 364, No. 7041 (1963-1964); Türkiye Cumhuriyeti ve Avusturya Cumhuriyetinin Taraf Buldukları Hukuk Usulüne Dair Lahey Sözleşmesine İlişkin Olarak Yaptıkları Ek Anlaşma ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfiz Sözleşmesi ile Milletlerarası Ticari Hakemlik Konusundaki Avrupa Sözleşmesinin Onaylanmasına Dair Karar, Karar Numarası: 91/2138, Karar Tarihi: 13.8.1991, RG 23.9.1991/21000; Milletlerarası Ticari Hakemlik Konusundaki Avrupa Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun, Kanun Numarası: 3730, Kabul Tarihi: 8.5.1991 RG 21.5.1991/20877.

14 1961 tarihli Cenevre Konvansiyonu’na 31 ülke taraf. Güncel liste için bkz. <treaties.un.org> Erişim Tarihi 20 Mart 2020.

15 1961 tarihli Cenevre Konvansiyonu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Rabi Koral, ‘Birleşmiş Milletler Cenevre Konferansı ve 21 Nisan 1961 Tarihli Sözleşme (Avrupa Milletlerarası Ticari Hakemlik Sözleşmesi)’ (1964) 30(3-4) İÜHF 745, 745-783.

“IX. Madde

#### HAKEM KARARLARININ İPTALİ

1. İşbu Sözleşmeye tâbi bir hakem kararının Akit bir Devlet ülkesinde iptal edilmesi, iptalin karar altına alındığı Devlet hakem kararının, ülkesi içinde verildiği veya kanununun hükmüne tebean ittihaz edildiği devlet olmadıkça ve iptal kararı aşağıda yazılı sebeplerden birine dayanılarak verilmedikçe, hakem kararını diğer bir Âkit Devlet ülkesinde tanımadan veya icradan çekinme sebebi teşkil etmeyecektir.

a) Hakemlik anlaşması akteden taraflar haklarında tatbiki gereken kanun gereğince ehliyetsiz iseler veya zikri geçen anlaşma taraflarca tâbi kılındığı kanuna, eğer bu bapta sarahat mevcut değilse hakem kararının verildiği memleket kanununa göre hükümsüz ise; veya

b) İptâl talebinde bulunan taraf hakemin tayininden veya hakem prosedüründen usulü dairesinde haberdar edilmemiş, yahut da diğer bir sebep yüzünden iddia ve müdafaa vasıtalarını ikame etmek imkânını elde edememiş ise; veya

c) Hakem kararı, hakem mukavelesinde veya hakem şartında derpiş edilmeyen bir uyumsuzluğa ilişkin ise yahut hakem mukavelesi veya hakem şartının şümülünü aşan hükümler ihtiva ediyor ise, bununla beraber hakem kararının hakemliğe tabi tutulan meseleler hakkındaki hükümleri bunun dışında kalan hükümlerinden ayırt edilebilecek durumda ise hakemliğin şümülüne giren hükümlerin iptali cihetine gidilmiyebilir.

d) Hakem mahkemesinin teşekkülü veya hakem usulünün cereyanı tarafların anlaşmasına ve anlaşma olmıyan hallerde, işbu sözleşmenin IV. madde hükmüne uygun olmamış ise.

2. İşbu maddenin 1 inci paragrafının hükmü, New York Sözleşmesine taraf olan Âkit Devletler arasındaki münasebetlerde münhasıran yukarıda sayılan iptal sebeplerine hasretmek neticesini doğurur.”

1961 tarihli konvansiyonda yer alan iptal sebepleri listesiyle 1958 tarihli Birleşmiş Milletler Konvansiyonu’ndaki tenfiz engelleri listesinin birbiriyle paralel olmasının sonucu 1961 Cenevre Konvansiyonu’na da taraf olan devletlerden herhangi birinin ülkesinde verilen ve o ülkede iptal edilmemek suretiyle kesinleşen bir hakem kararının 1958 tarihli Birleşmiş Milletler Konvansiyonu’na taraf bir devlette çok büyük bir ihtimalle bu konvansiyonun V. maddesindeki tenfiz engellerine de tabi olmaksızın icra edilebilecek olmasıdır<sup>16</sup>.

Nihayet, tıpkı 1958 tarihli Birleşmiş Milletler Konvansiyonu gibi çok sayıda devlet tarafından kabul edilen UNCITRAL 1985 tarihli Milletlerarası Ticari Tahkim Model Kanunu ve bu model kanunun 2006 tarihli değişik şekli<sup>17</sup> de hakem kararının iptali sebeplerine ilişkin 34. maddesinde 1958 tarihli Birleşmiş Milletler Konvansiyonu’nun V. maddesindeki tenfiz engellerini örnek almaktadır. Model Kanun, Birleşmiş Milletler üyesi devletlere, aynen veya değişikliklerle, ilgili metni kendi resmi dillerine tercüme

16 Yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi hakkındaki başka çok taraflı ve iki taraflı milletlerarası antlaşmalar ile 1958 tarihli Birleşmiş Milletler Konvansiyonu arasındaki benzerlikler için bkz. Albert Jan van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958 - Towards a Uniform Judicial Interpretation* (1st edn, Kluwer 1981) 98 vd.

17 1985 tarihli orijinal metin için bkz. <[uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/06-54671\\_ebook.pdf](http://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/06-54671_ebook.pdf)> Erişim Tarihi 20 Şubat 2020; 2006 tarihli değişiklikleri içeren metin için bkz. UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985 - With amendments as adopted in 2006 <[www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf)> Erişim Tarihi 20 Mart 2020.

ederek milli mevzuatlarının bir parçası hâline getirebilecekleri bir örnek işlevini görmektedir. Birleşmiş Milletler Konvansiyonu'ndaki tenfiz engelleri listesinin [V. madde, 1. fıkrasının] (a), (b), (c) ve (d) bentleri sırasıyla Model Kanun'un [34. madde, 2. fıkra, (a) bendinin] sırasıyla (i), (ii), (iii), (iv) alt bentlerine; Konvansiyon'un [V. madde, 2. fıkrasının] (a) ve (b) bentleri ise sırasıyla Model Kanun'un [34. madde, 2. fıkra, (b) bendinin] (i) ve (ii) alt bentlerine tekabül etmektedir.

Tarihi kökeni 1889 tarihli Güney Amerika Sözleşmesi'ne kadar giden tenfiz engelleri / iptal sebepleri listesi küçük ilave değişikliklerle 20.05.1982 tarih ve 2675 sayılı (mülga) Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un<sup>18</sup> 44 ve 45. maddelerinde, 21.06.2001 tarih ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun<sup>19</sup> ("MTK") 15. maddesinde, 27.11.2007 tarih ve 5718 sayılı (yeni) Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un<sup>20</sup> ("MÖHUK") 60 ila 62. maddelerinde ve nihayet 12.01.2011 tarih ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun<sup>21</sup> ("HMK") 439. maddesinde birbirine çok benzer içeriklerle karşımıza çıkmaktadır

MTK'nın 15. maddesi, MÖHUK'un 62. maddesi ve HMK'nın 439. maddesinde yer alan listeler esas olarak birbirinin aynıdır. Şöyle ki, ilk bakışta MTK m. 15/A/2/1-2 hükmünde sıralı olan bentlerin, HMK m. 439/2'deki iptal sebeplerine ilişkin bentler ile -kanunların niteliğinden doğan bazı ufak ifade eklemeleri ve/veya farklılıklar dikkate alınmazsa- birebir aynı olduğu görülmektedir. Daha açık bir ifade ile MTK m. 15/A/2/1'de yer alan (a), (b), (c), (d), (e), (f) ve (g) bentleri, sırası ile, HMK m. 439/2'deki (a), (b), (c), (ç), (d), (e) ve (f) bentleri ile; MTK m. 15/A/2/2'deki (a) ve (b) bentleri ise HMK m. 439/2'nin (g) ve (ğ) bentleri ile -az önce belirtilen kayıt saklı kalmak üzere- birebir aynıdır. Bunun yanında MÖHUK açısından bir karşılaştırma yapıldığında MÖHUK m. 62/1'de yer alan tenfiz engellerine ilişkin (a), (b), (c), (ç), (d), (e), (f), (g) ve (h) bentleri ise -ifade olarak tam manası ile aynı olmamakla birlikte özü ve amacı itibari ile- sırasıyla MTK m. 15/A/2 ve HMK m. 439/2'deki 1/(a) - (a), 2/(b) - (ğ), 2/(a) - (g), 1/(g) - (f), 1/(g) - (f), 1/(a) - (a), 1/(b) - (b) ve 1/(f) - (e), 1/(e) - (d) bentlerine tekabül etmektedir. Öte yandan, aynı olan MTK m. 15/A/2/1/(c)-(d) ve HMK m. 439/2/(c)-(ç) bentleri ile MÖHUK m. 62/1/(h) bendinin birbirleri ile karşılıkları bulunmamaktadır.

#### IV. Hakem Kararının İptali Sebeplerinin Yorumunda Tahkimin Akdî Niteliğinin Dikkate Alınması

Yukarıda hakem kararlarının iptali müessesesinin tarihi kökeninin iptal sebeplerinin yorumu bakımından önemini açıklamaya çalıştık. Daha genel bir bakış açısıyla tahkimin niteliği hakkında yapılan tartışmaların aynı konuyla ilgisi üzerinde de kısaca

18 Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 2675, Kabul Tarihi: 20.5.1982, RG 22.5.1982/17701.

19 Milletlerarası Tahkim Kanunu, Kanun Numarası: 4686, Kabul Tarihi: 21.6.2001, RG 5.7.2001/24453.

20 Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 5718, Kabul Tarihi: 27.11.2007, RG 4.12.2007/26728.

21 Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Kanun Numarası: 6100, Kabul Tarihi: 12.1.2011, RG 4.2.2011/27836.

durulmalıdır. Gerçekten tahkimin niteliği konusunda tahkimin yargısal yönünü öne çıkaran görüşü savunanlar ile tahkimin akdî (sözleşmesel) yönünü ayırıcı niteliği olarak gören görüşün savunucuları arasında yapılan tartışmalar da iptal sebeplerinin yorumu bakımından önem taşımaktadır.

1960-1970’li yıllarda gündemde önemli yer işgal eden<sup>22</sup> ve 1990’lı yıllardan itibaren güncelliğini kaybeden “tahkimin niteliği” hakkındaki tartışmaların özetlenmesi bu yazının amacını ve boyutlarını aşacaktır<sup>23</sup>.

Belirtelim ki tahkim konusunda güncel eserlerin birçoğunda tahkimin niteliğiyle ilgili tartışmalara ya hiç yer verilmediği<sup>24</sup> ya da kısaca tahkimin akdî yönünü baskın olduğu fikrinin ifade edilmekle yetinildiği<sup>25</sup> görülmektedir. Ancak bu tartışmalar güncelliğini kaybetmekle birlikte önemini muhafaza etmekte olup, aralarında telifçi veya “nev’i şahsına münhasır” olma yönündeki görüşlerin de bulunduğu fikirler, deyim yerindeyse, iki zıt kutbun birinden hareket etmektedir. Tahkimin yargısal yönünü öne çıkaran görüş, yargı kuvvetinin esas olarak devletin bir fonksiyonu olduğunu, devlet mahkemeleri dışındaki kişilerin özel hukuk uyuşmazlıklarını, velev tarafların karşılıklı anlaşmalarından aldıkları yetkiyle olsun, kesin hüküm teşkil edecek ve icra kabiliyetini haiz olacak bir kararla sona erdirmelerinin dar yorumlanması gereken istisnai bir usul olduğunu kabul eder. Bu anlayışa göre devlet mahkemelerinin tahkime müdahalesi ve özellikle hakem kararlarının denetimi devletin yargı yetkisinin kullanılmasıyla ilgili faaliyetlerdir<sup>26</sup>. Devlet mahkemeleri bu müdahale ve denetim yetkilerini en geniş şekilde kullanarak hatalı kararlar verilmesinin önüne geçmelidir.

Tahkimin sözleşmeye dayalı bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olduğu şeklindeki görüş ise tahkime elverişli olan özel hukuk uyuşmazlıklarında devlet mahkemelerine gitmekten sarfınazar ederek üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri hakları ile ilgili yargı kararını özel kişilerin uzmanlığına emanet eden tarafların bu seçimlerine saygı göstermek, devlet mahkemelerinin tahkime müdahalesini ve hakem kararlarının denetimini dar ve istisnai bir çerçeveye sınırlı tutmak gerektiğini ifade etmektedir<sup>27</sup>.

22 Mesela bkz. Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü’nün yayımladığı “Tahkim” kitabında yer alan Ünal Tekinalp, ‘Hakem Sözleşmesinin Hukuku Mahiyeti Konusunda Düşünceler’ in *Tahkim: IV. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, 29 Kasım – 4 Aralık 1965 Bildiriler, Tartışmalar* (1965) 13-29; Mustafa Reşit Belgesay, ‘Hakem Kararlarının Hukuki Mahiyeti’ in *Tahkim: IV. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, 29 Kasım – 4 Aralık 1965 Bildiriler, Tartışmalar* (1965) 41-54; Raşit Yeğencil, *Tahkim* (1974) 106-114; Rabi Koral, ‘Hakemliğin Hukuki Mahiyetinin Tayininde Kullanılan Kriterler ve Türk Ekonomik Hukuk Araştırmaları Vakfı’ (1983) XLVIII-XLIX (1-4’ten Ayrı Bası) İÜHF 75, 79-87.

23 Tartışmaların genişçe yapılmış bir özeti için mesela yakın tarihte yayımlanmış şu eserlere müracaat edilebilir: Fatih Aydemir, *Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi* (1st edn, On İki Levha 2017) 64-81; Hüseyin Afşın İlhan, *Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği* (1st edn, Adalet 2016) 5-12.

24 Turgut Kalpsüz, *Türkiye’de Milletlerarası Tahkim* (2nd edn, Yetkin 2010); Tolga Ayoğlu, *Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim* (1st edn, On İki Levha 2018).

25 Müjgan Tunç Yücel, *HMK Uyarınca Tahkimde İhtiyati Tedbir ve Deli Tespiti* (1st edn, Seçkin 2013) 15; Gabrielle Kaufmann and Kohler Antonio Rigozzi, *International Arbitration Law and Practice in Switzerland* (1st edn, Oxford 2015) 6.

26 Yavuz Alangoya, *Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi* (İÜHF 1973) 63-81.

27 Mahmut T. Bırsel ve Ali Cem Budak, ‘Türk Tahkim Hukuku ve UNCITRAL Tahkim Örneği’ in *Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi?-Cilt I* (Banka ve Tic. Huk. Araş. Enst. 1997) 171, 172-173.

Telifçi veya “nev’i şahsına münhasır” kavramını öne çıkartan görüşlere rağmen özü itibariyle “Tahkimin yargısal yönü mü, yoksa akdî yönü mü ayırıcı vasfı olarak kabul edilmelidir?” şeklinde ifade edilebilecek bu meselede milletlerarası hukukunun yeknesaklaştırılması çalışmalarının bir sonucu olarak gelinen aşama, “tahkimde mahkeme denetiminin sınırlandırılması” ve “mahkemelerin tahkim üzerindeki geleneksel otoritesinin kimi durumlarda ya kısıtlanması ya da tümüyle ortadan kaldırılması veya en azından tarafların aksi yöndeki anlaşmalarına bırakılması” yönünde<sup>28</sup>, yani tahkimin akdî yönünün ayırıcı vasfı olarak kabul edilmesi şeklinde olmuştur. Hukukumuz açısından Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun devlet mahkemelerinin tahkime müdahalelerini Kanun’un tahkim kısmında “açıkça izin verilmiş” hâllerle sınırlı tutulmasını öngören 411. maddesiyle (aynı yönde bkz. MTK m. 3, UNCITRAL Model Kanun m. 5) bu kısımda düzenlenen konularda aksine hüküm bulunmadıkça kanunun diğer hükümlerinin uygulanmayacağını öngören 444. maddesi, kanun koyucunun evvelce tartışmalı olan bu meselede tercihini akdîlik yönünde yaptığını açıkça göstermektedir.

Bu tercihin gereği olarak hakem kararları hakkındaki devlet mahkemesi denetiminin sadece hak arama hürriyetinin ihlal eden ağır usule aykırılıklar yapıp yapılmadığının kontrolüyle sınırlı tutulması ve 1994/1 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında yapıldığı gibi iptal sebeplerini maddî hukuka uygunluk denetimini kapsayacak şekilde genişleten yorumdan kaçınılması doğru olur.

## V. Sonuç

Hakem kararlarının iptali müessesesinin amacı, mahiyeti ve tarihî kökeni hakkında yapılan açıklamalar dikkate alındığında, hakem kararlarının iptali sebepleriyle yabancı mahkeme ve yabancı hakem kararları hakkındaki tenfiz engelleri arasında bağlantı ve benzerlik görülmektedir. Bu benzerlik tesadüfi değildir.

Yabancı mahkeme ve yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi bakımından milletlerarası hukuka hâkim olan anlayış, egemen devletlerin yek diğerinin yargı yetkileri dahilinde vermiş oldukları yargı kararlarına eşitlik ve karşılıklık ilkeleri çerçevesinden saygı göstermeleri; yek diğerinin ülkelerinde verilen mahkeme ve hakem kararlarına kapsamlı bir kanun yolu denetimi yapmadan sadece hak arama hürriyetine riayet edilip edilmediği hususunu incelemekle yetinerek millî mahkeme ve hakem kararları gibi kesin hüküm ve icra kabiliyeti vasıflarını tanımak şeklindedir.

Aynı mülhazalar millî hakem kararlarının kesin hüküm ve icra kabiliyeti vasıflarının kendi devletleri tarafından tanınması bakımından da geçerlidir. Millî hakem kararlarının denetimi bakımından da, tahkimin taraflarının devlet mahkemelerindeki

28 Bilgehan Yeşilova, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi* (1st edn, Güncel 2008) 747.



hukuki himaye imkânından muhtelif sebeplerle sarfınazar etmiş oldukları dikkate alındığında, millî hakem kararları hakkındaki devlet mahkemesi denetiminde temyiz ve istinaf kanun yollarının kapsamlı denetim usulünden farklı olarak sadece hak arama hürriyetinin ihlal eden ağır usule aykırılıklar yapıp yapılmadığının kontrolüyle sınırlı tutulmuş olması söz konusu denetimin mahiyeti gereğidir.

Hakem kararlarının iptali müessesesinin kökeni ve mahiyeti bu şekilde ortaya konulduğunda esasen mülga HUMK döneminde de kanun hükümlerinin zorlama bir yoruma tabi tutulmasıyla usul hukukumuzda girmiş olan “hakem kararlarının maddi hukuka uygunluğunun devlet mahkemeleri tarafından denetlenmesi gerekeceği” anlayışının yeni HMK dönemindeki HMK m. 439’da düzenlenen hakem kararlarının iptali usulü bakımından geçerli olamayacağı anlaşılmaktadır.

28.01.1994 tarih ve 4/1 sayılı İçtihadî Birleştirme Kararı hakem kararlarının kazaî niteliğini öne çıkaran ve tahkimin akdî yönünü ikinci derecede gören eski anlayışın günümüz bakımından geçerliliğini kaybetmiş bir örneği olarak hukuk tarihindeki yerini almalıdır.

---

**Hakem Değerlendirmesi:** Dış bağımsız.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

**Finansal Destek:** Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.

**Conflict of Interest:** The author has no conflict of interest to declare.

**Grant Support:** The author declared that this study has received no financial support.

---

### Bibliyografya/Bibliography

Alangoya Y, *Medeni Usûl Hukukumuzda Tahkim Niteliği ve Denetlenmesi* (1st edn, İÜHF 1973).

Aydemir F, *Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi* (1st edn, On İki Levha 2017).

Ayoğlu T, *Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim* (1st edn, On İki Levha 2018).

Belgesay MR, ‘Hakem Kararlarının Hukuki Mahiyeti’ in *Tahkim: IV. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, 29 Kasım – 4 Aralık 1965 Bildiriler, Tartışmalar* (1965) 41-54.

Birsel MT ve Budak AC, ‘Türk Tahkim Hukuku ve UNCITRAL Tahkim Örneği’ in *Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi?-Cilt I* (Banka ve Tic. Huk. Araş. Enst. 1997) 171-249.

Budak AC ve Karaaslan V, *Medeni Usul Hukuku* (3rd edn, Adalet 2019).

Ekşi N, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Tahkim* (2nd edn, Beta 2019).

İlhan HA, *Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği* (1st edn, Adalet 2016).

Kalpsüz T, *Türkiye’de Milletlerarası Tahkim* (2nd edn, Yetkin 2010).

Kaufmann G ve Rigozzi KA, *International Arbitration Law and Practice in Switzerland* (1st edn, Oxford 2015).

- Koral R, ‘Birleşmiş Milletler Cenevre Konferansı ve 21 Nisan 1961 Tarihli Sözleşme (Avrupa Milletlerarası Ticari Hakemlik Sözleşmesi)’ (1964) 30(3-4) İÜHFİM 745-783.
- Koral R, ‘Hakemliğin Hukuki Mahiyetinin Tayininde Kullanılan Kriterler ve Türk Ekonomik Hukuk Araştırmaları Vakfı’ (1983) XLVIII-XLIX (1-4’ten Ayrı Bası) İÜHFİM 75-98.
- Öztek S, ‘Temyiz Kanun Yolunun Tarihçesine İlişkin Bazı Tespitler’ (2015) 21(2) MÜHFHAD (Prof. Dr. Mehmet Akif Aydın’a Armağan) 119-127.
- Tekinalp Ü, ‘Hakem Sözleşmesinin Hukuki Mahiyeti Konusunda Düşünceler’ in *Tahkim: IV. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, 29 Kasım – 4 Aralık 1965 Bildiriler, Tartışmalar* (1965) 13-29.
- Tunç Yücel M, *HMK Uyarınca Tahkimde İhtiyati Tedbir ve Deli Tespiti* (1st edn, Seçkin 2013).
- van den Berg AJ, *The New York Arbitration Convention of 1958 - Towards a Uniform Judicial Interpretation* (1st edn, Kluwer 1981).
- Yeğenil R, *Tahkim* (1974).
- Yeşilova B, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi* (1st edn, Güncel 2008).

# Public and Private International Law Bulletin

RESEARCH ARTICLE / ARAŞTIRMA MAKALESİ

## Party Impecuniosity and International Arbitration: The Interplay between Failure to Pay the Advance Costs and Validity of Arbitration Agreement in International Arbitration

Tarafların Ekonomik Müzayaka Hali ve Uluslararası Tahkim: Uluslararası Tahkimde Masraf Avanslarını Ödeyememe ve Tahkim Anlaşmasının Geçerliliği Arasındaki Etkileşim

Necip Fazıl Şanlı\* 

### Abstract

The costs in international arbitration might be burdensome compared to the costs in litigation. The right to legal aid applies to almost none of the international arbitration proceedings. When an impecunious party fails to pay the advance on costs, it is very likely that the arbitrator(s) will suspend its work or even that may lead the relevant claims be considered as withdrawn. The problem emerges with the impecunious party which might be left without an arbitral forum and become deprived of its right to “access to justice” under Article 6 of the ECHR. The aim of this paper is to analyze how the balance between binding nature of arbitration agreement and impecunious party's right to “access to justice” should be maintained in case of party impecuniosity in international arbitration. As a result of this analysis, it is worthwhile noting that mere proof of financial incapacity of a party failing to pay the costs of arbitration should not be sufficient to set aside an arbitration agreement in an international context. Exceptionally, the courts may allow continuation of court proceedings if the challenging party submits convincing evidence that the counterparty's actions or behaviors have caused or largely contributed to its financial incapacity. The standard of proof to establish such link should be high, at least higher than prima facie standard exercised in review of enforceability of an arbitration agreement. The paper finally reviews alternative remedies that may promote access to arbitration.

### Keywords

International Arbitration, Impecuniosity, Economic Distress, Right to Access to Justice, Validity of Arbitration Agreement, Third-Party Funding

### Öz

Milletlerarası tahkime ilişkin masraflar, mahkemelerde görülen davalara nazaran taraflar bakımından önemli ölçüde külfetli olabilmektedir. Neredeyse hiçbir milletlerarası tahkim davası bakımından adli yardım kurumu bulunmamaktadır. Ekonomik bakımdan müzayaka halinde bulunan tarafın tahkimdeki avans ödemelerini ifa edememesi halinde, yüksek ihtimalle hakem(ler) çalışmalarını askıya alabilir ve hatta ilgili talepler geri çekilmiş sayılabilir. Bu durumda, müzayaka halinde olan tarafın, tahkime ve dolayısıyla AİHS m.6 uyarınca “adalete erişim” hakkından mahrum kalması gündeme gelecektir. Bu çalışmada, bağlayıcı nitelikteki tahkim sözleşmesinin tenfizi ile müzayaka halindeki tarafın “adalete erişim” hakkının temini arasındaki dengenin ne şekilde sağlanabileceği hususu incelenmiştir. Çalışmanın sonucunda, milletlerarası tahkimde müzayaka halindeki tarafın tahkim masraflarını ödeyememe hali bakımından müzayaka halini ispat etmesinin, tahkim şartının geçersiz sayılması için tek başına yeterli sayılmaması gerektiği ortaya konulmuştur. İstisnai olarak, tahkim şartına itiraz eden tarafın müzayaka haline düşmesine, başlıca veya büyük ölçüde karşı tarafın davranış ve eylemlerinin

\* Correspondence to: Necip Fazıl Şanlı (Lawyer), Şanlı Hukuk Bürosu, İstanbul, Türkiye. E-posta: necip.sanli@sanlilawfirm.com  
ORCID: 0000-0002-6433-5921

To cite this article: Sanlı FN, “Party Impecuniosity and International Arbitration: The Interplay between Failure to Pay the Advance Costs and Validity of Arbitration Agreement in International Arbitration” (2020) 40(1) PPIL 573. <https://doi.org/10.26650/ppil.2020.40.1.0030>

sebepl olduğunun ispatı halinde devlet yargılamasına devam edilebilmelidir. Tahkim şartının geçerliliğine itiraz eden tarafça tesis edilecek bu ilişkinin ispatında uygulanacak ispat derecesi -hiç değilse tahkim anlaşmasının geçerliliğinin incelenmesinde uygulanan prima facie standardından yüksek olacak şekilde- yüksek tutulmalıdır. Çalışmada son olarak, tahkime erişim imkanını kolaylaştırabilecek alternatif çözümler incelenmiştir. .

**Anahtar Kelimeler**

Milletlerarası Tahkim, Müzayaka Hali, Ekonomik Güçlük, Adalete Erişim Hakkı, Tahkim Anlaşmasının Geçerliliği, Üçüncü Kişilerce Finansman

## Introduction

Most of the time, parties to an arbitration agreement are merchants (especially in commercial arbitration) and they are considered to be aware of potential costs of arbitral proceedings. Even if the parties are financially stable at the time of concluding an arbitration agreement, one or both parties might become impecunious in time and therefore not be able to cover the advance on costs necessary to initiate or continue with arbitral proceedings. As opposed to the national court proceedings, the right to legal aid does apply to almost none of the international arbitration proceedings.<sup>1</sup> Impecunious party's failure to pay the advance on costs most likely results in suspension of proceedings or may lead relevant claims be considered as withdrawn.

“Party autonomy” and “pacta sunt servanda” are two essential elements for arbitration. Due to the binding nature of arbitration agreements, parties waive their rights to resolve their disputes within the jurisdiction of national courts. However, when parties cannot pursue arbitration due to lack of financial resources, the problem arises as at which forum may impecunious parties adjudicate their claims. In this context, the impecunious party might have no arbitral forum and thus recourse to state courts to be able to “access to justice” despite the existence of an arbitration agreement.

The overarching aim of this paper is to analyze how the balance between “pacta sunt servanda” and right to “access to justice”<sup>2</sup> should be maintained in case of impecuniosity a party who fails to pay the advance on costs in arbitration. This study will attempt to determine whether arbitration agreements should become “inoperative” or “incapable of being performed” and therefore the parties should be excused from their commitment to arbitrate when a party becomes impecunious and incapable of paying the advance payments in arbitration. This paper will not examine the effect of insolvency/bankruptcy proceedings on arbitration agreement. Instead, the paper will give an account of party impecuniosity in general and examine its effects on arbitration agreement and arbitral proceedings and revisit recent national court decisions from different jurisdictions related to this topic and finally attempt to provide solutions to the problem at hand.

### I. Failure to Pay the Advance on Costs

It is common in both ad-hoc and institutional arbitration that parties are expected to pay advance on costs at an early stage of proceedings to safeguard covering of

1 Exceptionally, legal aid has been introduced in the CAS arbitration for athletes and been in force since 1 September 2013. ‘The Guidelines on Legal Aid before the Court of Arbitration for Sport (in Force as from 1 September 2013; Amended on 1 January 2019)’ <[https://www.tas-cas.org/fileadmin/user\\_upload/Legal\\_Aid\\_Guidelines\\_2019\\_\\_en\\_.pdf](https://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/Legal_Aid_Guidelines_2019__en_.pdf)> accessed 1 December 2019.

2 Gerhard Wagner, ‘Impecunious Parties and Arbitration Agreements’ (2003) 1 SchiedsVZ | German Arbitration Journal 206. 206 -211; İpek Sarıöz Büyükalp, ‘Uluslararası Tahkimde “Tahkim Anlaşmasının Hükümsüz, Tesirsiz Veya İcrasının İmkansız Olması” Kavramları’ (2014) 16 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2015.2054-2055; Stefan Kröll, *The ‘Incapable of Being Performed’ Exception in Article II (3) of the New York Convention* (Emmanuel Gaillard and D Di Pietro eds, Cameron May Ltd 2008). 344; Juan Pablo Moyano, ‘Impecuniosity and the Courts’ Approach to the Validity of the Arbitration Agreement’ (2017) 344 Journal of International Arbitration 631-638.

the fees and expenses of arbitration. The advance on costs is calculated at the outset of proceedings as an estimate of costs and expenses of arbitration (institution's administrative fees, arbitrator's fees and expenses and any other arbitration-related expenses) considering the complexity and/or amount of claims specific to each arbitration.<sup>3</sup> The amount of counterclaim (if exists) is also accounted for calculation of advance payments. While typical rule is for the parties to equally share payment of the advance on costs<sup>4</sup>, most of the rules allow for fixing the advance on costs separately for the main claim and counterclaim if requested by a party or the institution.<sup>5</sup> In case of a counterclaim, either party may request for separate advance on costs when (i) requesting party is unsure whether the other party will or can pay its part or (ii) there exists an excessive difference between the amounts of main claim and counterclaim.<sup>6</sup>

In case one of the parties fail to deposit its share of payment, the other party is usually invited to substitute for the share of the party in failure. The sanction against parties' failure to pay the full advance on costs is suspension/termination<sup>7</sup> of arbitral proceedings or withdrawal of relevant claims for which advance payment is not made.<sup>8</sup> The chances are better for a claimant to substitute for the other party's share to continue with the proceedings. The respondent, on the other hand, will most likely have little cause to help the claimant funding its claims adjudicated against him.

Respondents might be driven not to "play by the rules" because of two factors: (i) their failure could work as a dilatory strategy<sup>9</sup> to impede continuation of the proceedings if claimant has no financial power to substitute for respondent's share or (ii) respondent has serious concerns about being reimbursed by the claimant for the costs at the end of proceedings if it were to succeed in the arbitration.<sup>10</sup> The claimant

3 e.g. Article 38 (1) of the ICC Rules (2018), Article 24 and "Schedule of LCIA Arbitration Costs" of the LCIA Rules (2014), Article 35 of the ICDR Rules etc.

4 e.g. Article 37(2) of the ICC Rules (2017), Article 36 of the ICDR Rules, Article 11 of the SCC Rules, Article 24 of the LCIA Rules, Article 41 of the HKIAC Rules etc.

5 e.g. Article 37(3) of the ICC Rules (2017), Article 51(3) of the SCC Rules and Article 41(2) of the HKIAC Rules etc.

6 Michael Bühler and Thomas H Webster, *Handbook of ICC Arbitration: Commentary, Precedents, Materials* (2nd edn, Sweet & Maxwell 2008), ¶¶ 36-33; Christophe Imhoos, Erik Schäfer and Herman Verbist, *ICC Arbitration in Practice* (2nd edn, Wolters Kluwer, Stämpfli Verlag 2016), 202; Jan Heiner Nedden (ed), 'Praxiskommentar ICC-SchO / DIS-SchO: Praxiskommentar Zu Den Schiedsgerichtsordnungen' (Verlag Dr Otto Schmidt 2014), 564; Manuel Arroyo, 'Chapter 17, Part II: Commentary on the ICC Rules, Article 37 [Advance to Cover the Costs of the Arbitration]' in Manuel Arroyo (ed), *Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide (Second Edition)* (2nd edn, Kluwer Law International 2018) 2470-2471.

7 In an ICC case, the claimant failed to deposit further advance payments required to continue with the proceedings and therefore the claims were considered to be withdrawn. Subsequently, that party was ordered to reimburse the respondent for the costs it had incurred as if it lost the claims on merits. 'Société M v T., Final Award, ICC Case No. 11670, 3 September 2003' (2004) 22 Association Suisse de l'Arbitrage 333-343.

8 e.g. Article 37(6) of the ICC Rules (2017), Article 36(4) of the AAA Rules, Article 24(6) of the LCIA Rules, Article 42(6) of the ISTAC Rules, Article 51(5) of the SCC Rules, Article 41(4) of the HKIAC Rules, Articles R-53 to R-58 of AAA Rules; Article 36(3) of the ICDR Rules, Article 43(4) of the UNCITRAL Arbitration Rules etc.

9 De Meulemeester Cederic and Dirk Veryser, 'Failing to Pay the Advance on Costs and the Risk of Inoperability of the Arbitration Clause – Remedy?' (*Kluwer Arbitration Blog*) <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2014/07/31/failing-to-pay-the-advance-on-costs-and-the-risk-of-inoperability-of-the-arbitration-clause-remedy/>> accessed 6 December 2019.

10 Markus Altenkirch and Jan Frohloff, 'The Advance on Costs in Investment Arbitration' 33 ICSID Review - Foreign Investment Law Journal 723-726.

who covers the full advance on costs may request from the tribunal to issue an interim award to be reimbursed for the other party's share or render a decision for security for costs against the respondent.<sup>11</sup> For instance, Article 45(4) of the SCC Rules or 24(3) of the LCIA Rules expressly provide mechanisms to recover the advance payments substituted for the party in failure to deposit its share of advance.<sup>12</sup>

## II. The Courts' Practice on Enforcability of Arbitration Agreement in Case of Impecuniosity and Failure to Make Advance Payments

Suspension of proceedings and/or withdrawal of claims due to failure to pay advance on costs in arbitration deprives parties of the opportunity to adjudicate claims before arbitration. Therefore, impecunious parties recourse to state courts on the premise that arbitration agreement has become "incapable of being performed" in accordance with Article II(3) of the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards ("NYC").

Van den Berg suggests that the term should be interpreted in narrow sense in compliance with the aim of the NYC to strengthen pro-enforcement approach and should only operate in manifest cases.<sup>13</sup> He further argues that it is relevant to circumstances where arbitration cannot be physically performed even though parties want to proceed with arbitration. According to Kröll, the notion of "incapable of being performed" provision should generally be understood in relation to situations in which the arbitration cannot effectively be set in motion.<sup>14</sup>

The question here is, should impecuniosity party's inability to continue with the arbitral proceedings render an arbitration agreement "incapable of being performed" and enable that party to submit its claims before state courts? In practice, the state courts had diverse approaches in terms of legal qualification of the impact of impecuniosity and failure to deposit advance payments on validity of arbitration agreement. Some of the state courts evaluated the issue within the framework of access to justice and public policy whereas the others approached to the same issue from a contractual perspective.

### A. Germany

Germany has been known for its tendency to acknowledge the right of solvent party to terminate arbitration agreement for good cause in case parties lack financial means

11 Niklas Elofsson, 'Immediate Reimbursement of Substituted Advance on Costs in International Commercial Arbitration' (2017) 33 *Arbitration International* 415-425.

12 Creamdes and Mazuranc suggests that, as an alternative, the party substituting for the defaulting party may also request an injunction from a state court to oblige the defaulting party to pay its share of the advance on costs as a reimbursement. See Anne-Carole Cremades and Alexandre Mazuranc, 'Chapter 9: Costs in Arbitration' in Elliott Geisinger and Nathalie Voser (eds), *International Arbitration in Switzerland: A Handbook for Practitioners (Second Edition)* (2nd edn, Kluwer Law International 2013) 187.

13 Van den Berg and Albert Jan, 'The New York Arbitration Convention of 1958, Towards a Uniform Judicial Interpretation' [1981] *Kluwer Law International* 155.

14 Kröll, *The 'Incapable of Being Performed' Exception in Article II (3) of the New York Convention* (n 2) 323-326.

to resort to arbitration.<sup>15</sup> The German Federal Supreme Court (“Bundesgerichtshof”) once again confirmed the general approach adopted by German courts for years and released parties from their commitment to arbitrate due to party impecuniosity. In that case,<sup>16</sup> the proceedings were initiated before German courts despite presence of an arbitration agreement between two German parties. The Bundesgerichtshof reversed the decision of the Court of Appeals decision enforcing the arbitration agreement and held that impecuniosity of the claimant rendered the arbitration agreement “incapable of being performed” according to Sect. 1032(1) ZPO.

The Bundesgerichtshof relied on several grounds in its decision. First, the Bundesgerichtshof emphasized that the claimant was qualified for legal aid in Germany for state proceedings -contrary to the position in arbitration- so that it would be able to present its claims in litigation and access to justice.<sup>17</sup> Allowing parties to disregard arbitration agreement and recourse to state courts would be the only way for the impecunious party to adjudicate its claims which would otherwise be deprived of its right to recourse “altogether”.<sup>18</sup> However, it should be noted that impecuniosity of a claimant would not be sufficient to disregard an arbitration agreement because claimant may not be able to cope with costs of litigation as well. Therefore, it would be unfeasible to set aside an arbitration agreement if it is not ensured that the rights of impecunious party are better protected in state court proceedings.<sup>19</sup> Second, the solvent respondent was not willing to cover the costs of arbitration as it was also insolvent at the time of the dispute and benefitting from employer’s liability insurance to cover its legal costs.<sup>20</sup> The Bundesgerichtshof considered that the claimant had no opportunity to recourse to arbitration if the respondent was unwilling to cover for the claimant. Finally, invalidation of the arbitration agreement did not put the other party in a worse position given that both parties were German.

15 *BGH, 30011964 - VII ZR 5/63*; *BGH, 21111968 - VII ZR 77/66*; *BGH, 10041980 - III ZR 47/79*; *BGH, 22021971 - VII ZR 110/69*; *BGH, 10031994 - III ZR 60/93*; see also Klaus Sachs, ‘International Arbitration and State Sovereignty’ (2007) 4 *Revista Brasileira de Arbitragem* 98, 103; Emmanuel Gaillard, ‘Impecuniosity of Parties and Its Effects on Arbitration: A French View’, *Financial Capacity of the Parties: A Condition for the Validity of Arbitration Agreements?* (Peter Lang 2004) 79.

16 *BGH, 14092000 - III ZR 33/00*

17 Robert Hunter, ‘Impecuniosity of Parties and Its Effects on Arbitration – An English Perspective’, *Financial Capacity of the Parties: A Condition for the Validity of Arbitration Agreements?* (Peter Lang 2004) 107.

18 Gerhard Wagner, ‘Poor Parties in German Forums: Placing Arbitration under the Sword of Damocles?’, *Financial Capacity of the Parties: A Condition for the Validity of Arbitration Agreements?* (Peter Lang 2004), 11; Maximin De Fontmichel, ‘Le Financement de L’Arbitrage Par Une Partie Insolvable’ [2013] *L’Argent Dans L’Arbitrage*, 39-40; *BGH, 10.04.1980 - III ZR 47/79* (n 15)

19 Wagner (n 2) 211-212; Stefan Kröll, ‘Part IV: Selected Areas and Issues of Arbitration in Germany, Insolvency and Arbitration – Effects of Party Insolvency on Arbitral Proceedings in Germany’ in Patricia Nacimiento and Stefan Michael Kröll (eds), *Arbitration in Germany: The Model Law in Practice (Second Edition)* (Kluwer Law International 2015), 995; Patricia Živkovic, ‘Impecunious Parties in Arbitration: An Overview of European National Courts’ (2016) 23 *Croatian Arbitration Yearbook* 42.

20 In addition, respondents would usually have no interest in funding the claims of a claimant. See Sütüheyla Balkar Bozkurt, ‘Milletlerarası Tahkimde Yargılama Masraflarının Hak Arama Özgürlüğüne Etkisi ve Sonuçları’ (2015) 10 *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 121, 204-205; Carine Dupeyron and Flore Poloni, *Procédure de Liquidation d’une Partie, Arbitrage et Droit d’accès à La Justice: L’impossible Équation?*, vol 30 (Kluwer Law International 2012), 477; Fontmichel (n 18) 45.



The Bundesgerichtshof's decision in 2000 attracted criticism for various reasons.<sup>21</sup> First, it is argued that the German jurisprudence on the issue of impecuniosity have led Germany to be "a less attractive" place of arbitration in terms of international arbitration.<sup>22</sup> Second, some scholars were pleased with the outcome of the Bundesgerichtshof's decision allowing parties to abandon arbitration agreement in case of impecuniosity,<sup>23</sup> however it was subject to criticism on the premise that the Bundesgerichtshof changed its legal reasoning for releasing parties from their commitment to arbitration.<sup>24</sup> The former reasoning adopted by German courts was that party impecuniosity was evaluated to be an extraordinary circumstance which allowed each party to terminate arbitration agreement. According to Section 314 of the German Civil Code ("BGB"), "Each party may terminate a contract for the performance of a continuing obligation<sup>25</sup> for a compelling reason without a notice period. There is a compelling reason if the terminating party, taking into account all the circumstances of the specific case and weighing the interests of both parties, cannot reasonably be expected to continue the contractual relationship until the agreed end or until the expiry of a notice period."<sup>26</sup>

Prior to the decision of 2000, Bundesgerichtshof had formulated a mechanism how unilateral termination should be implemented.<sup>27</sup> The party wishing to terminate the arbitration agreement notifies the other party - in the absence of any requirement to resort to a adjudicative organ<sup>28</sup> and set a time limit to choose as to whether it accepts to cover the full costs of arbitration. Only after expiry of such time limit, impecunious party would be allowed to perform its right to terminate arbitration agreement unilaterally.<sup>29</sup>

According to the new approach adopted by the Bundesgerichtshof, the arbitration agreement becomes incapable of being performed as per Sect. 1032 (1) of the

21 Wagner (n 18) 10.

22 M Polkinghorne and D Lehmkuhl, *Dealing with an Impecunious Opponent* (Committee D News) 25.

23 Some scholars argue that lack of ability to afford arbitration should grant not only impecunious party but also the other party the right to terminate the arbitration agreement on the premise that economic capability should not bar parties to have access to justice. See HW Fasching, 'Kostenvorschüsse Zur Einleitung Schiedsgerichtlicher Verfahren' [1993] JBI. 554; Andreas Reiner, 'Impecuniosity of Parties and Its Effects on Arbitration – From the Perspectives of Austrian Law', *Financial Capacity of the Parties: A Condition for the Validity of Arbitration Agreements?* (Peter Lang 2004), 41-45; Stefan Riegler, 'Schiedsverfahren Und Konkurs' (2004), 120; Bernhard Berger and Franz Kellerhals, *International and Domestic Arbitration in Switzerland* (2nd edn, Bern: Stämpfli 2010) 162.

24 Wagner (n 2) 216.

25 German courts acknowledged in various cases that commitment to arbitrate is an agreement that includes a continuing obligation and thus such fulfills the requirement mentioned in Section 314 (1) of the BGB. See *BGH, 30.01.1964 - VII ZR 5/63* (n 15); *BGH, 21.11.1968 - VII ZR 77/66* (n 15); *BGH, 10.04.1980 - III ZR 47/79* (n 15); See also Thomas Granier, 'Unilateral Termination of an Arbitration Agreement by a Party After the Arbitration Has Commenced' (2015) 12 *Revista Brasileira de Arbitragem* 108-114.

26 'BGB's (German Civil Code) Translation' <[https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_bgb/englisch\\_bgb.html#p1150](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p1150)> accessed 18 November 2019

27 *BGH, 22.02.1971 - VII ZR 110/69* (n 15); *BGH, 10.03.1994 - III ZR 60/93* (n 15)

28 Granier (n 25) 114.

29 Wagner (n 2) 217

German Code of Civil Procedure,<sup>30</sup> if established that a party lacks sufficient funds for arbitration. In this constellation, cessation of arbitration agreement comes into play “ex lege” that henceforth renders unilateral termination unnecessary.<sup>31</sup> This new approach adopted by the Bundesgerichtshof encountered criticism because it puts arbitration aside automatically without allowing solvent party to substitute for impecunious party and go to arbitration.<sup>32</sup> Still, the Bundesgerichtshof elucidated that it would not consider an arbitration agreement to be incapable of being performed if the counter-party had shown interest in covering the full costs of arbitration.<sup>33</sup> It is also argued that the new approach is less effective against strategic maneuvers threatening integrity of arbitral proceedings.<sup>34</sup> Nevertheless, the Bundesgerichtshof applied the principle of good faith in other cases and considered circumstances of the case when deciding on setting aside an arbitration agreement if a party enters into an arbitration agreement knowing but not caring enough that it would suffer from the costs of arbitration.<sup>35</sup> The last criticism to the Bundesgerichtshof’s approach is that validity of an arbitration agreement is subjected to existence of financial incapacity of a party which inherently contains lack of certainty. Accordingly, financial inability of a party might be a temporary circumstance that may disappear in time. Therefore, it is argued that the Bundesgerichtshof’s approach fails to explain how arbitration agreement can be considered valid again if impecunious party regain its financial capacity.<sup>36</sup>

Another aspect the Bundesgerichtshof pointed out in its decision was that setting aside the arbitration agreement would not put the other solvent party in a worse position.<sup>37</sup> Indeed, it would be less problematic to overthrow an arbitration agreement in a domestic setting where both parties would find themselves in litigation at the courts of their own state.<sup>38</sup> Especially in a constellation of international business, favoring “access to justice” over enforcing parties’ commitment to arbitration would not be easy because the foreign solvent party would most probably desire more to adjudicate its claims before a neutral forum (via arbitration) and could be worse off if the proceedings were held at the courts located in the state of its counterparty.<sup>39</sup> Once

---

30 Relevant provision is adopted from Article 8(1) of the UNCITRAL Model Law.

31 Sachs (n 15) 103; Detlev Kühner, ‘The Impact of Party Impecuniosity on Arbitration Agreements: The Example of France and Germany’ (2014) 31 *Journal of International Arbitration* 807- 815.

32 Moyano (n 2) 651-652; Wagner (n 2) 216-217.

33 *BGH, 14.09.2000 - III ZR 33/00* (n 16)

34 Wagner (n 2) 216.

35 *BGH, 10.04.1980 - III ZR 47/79* (n 15); *Higher Regional Court of Hamburg (OLG Hamburg, 15 November 1995, (RIW 1996, 510, 511)*. In contrary, Reiner argues that it is irrelevant to discuss whether impecuniosity of a party was foreseeable or not. Even if it was foreseeable, that party cannot be deprived of access to justice. See Reiner (n 23) 41; Wagner (n 2) 213

36 Sachs (n 15). 103; See also Jörg Risse, ‘Undurchführbarkeit Der Schiedsvereinbarung Bei Mittellosigkeit Des Klägers’ (2001) 11 *Betriebs-berater* 11.

37 *BGH, 14.09.2000 - III ZR 33/00* (n 16)

38 Živkovic (n 19) 42-43; Kühner (n 31) 816-817.

39 Wagner (n 2) 213-214.

for all, it would be reasonable for the solvent counterparty to argue that they should be held to their original bargain to arbitrate because the very purpose of entering into an arbitration agreement place was to avoid national courts of either party in the first place.

The Bundesgerichtshof found it irrelevant to consider as to whether it would make any difference when impecuniosity was caused by own actions of the party seeking to beg off the arbitration. Impecuniosity might well occur arising out of negligence or fault of the party seeking to abandon its commitment to arbitration and still the arbitration agreement can be set aside.<sup>40</sup> The reason behind is that the court's invalidation of an arbitration agreement is considered "neither as grace nor act of grace"<sup>41</sup> by the courts, thus applied irrespective of whether fault lies with the indigent party or not.

The issue of impecuniosity was discussed in another case arising out of a shareholder's agreement that contained an arbitration clause. In that case, the Higher Regional Court of Berlin, held that the claimant was not required to unilaterally terminate the arbitration agreement as long as the fact that claimant's lack of necessary funds to cover arbitration costs is *prima facie* established which renders an arbitration agreement incapable of being performed. The Court was satisfied that the claimant was impecunious given that it obtained legal aid to pursue court proceedings.<sup>42</sup> The Court of Appeal of Cologne followed the same approach adopted by the Bundesgerichtshof that party impecuniosity rendered arbitration agreement incapable of being performed.<sup>43</sup>

The Court of Appeal of Munich also dealt with the same issue in relation to a dispute arising out of shareholder's agreement that contained an arbitration clause<sup>44</sup> In that case, the claimant initiated arbitral proceedings, however later submitted its dissatisfaction with the arbitral proceedings that no outcome could have been achieved during the procedure due to the alleged actions of the respondent and alleged that it was no longer financially capable to cover the costs of arbitration. The claimant declared unilateral termination of arbitration agreement and requested the tribunal to drop the case upon termination of the arbitration agreement. However, the tribunal declined the claimant's request and continued with the proceedings. Subsequent to the issuance of the award, the claimant requested annulment of the award relying that the tribunal had no jurisdiction to decide on the case. The Munich Court of Appeals held that the claimant could not establish its lack of financial means as it was established by evidence provided to the court that the claimant was in possession of a real estate valued approximately €1m. The Court further held that the claimant could not rely on

40 *BGH, 30.01.1964 - VII ZR 5/63* (n 15); *BGH, 22.02.1971 - VII ZR 110/69* (n 15)

41 *Wagner* (n 18) 14-15.

42 *Kammergericht Berlin's decision dated 13 August 2001* (2 W 8057/99).

43 *Higher Regional Court of Cologne (OLG Köln), 5 June 2013, (18 W 32/13)*.

44 *Higher Regional Court of Munich (OLG München), 29 February 2012, (34 SchH 6/11)*.

any defense that sale of the real estate was not possible as it could sell it for a better price in the future and thus upheld the award.<sup>45</sup>

The courts in several other jurisdictions embraced the German courts' approach to deal with party impecuniosity in arbitration as well. The Austrian Supreme Court's decision rendered in 1936 allowed impecunious party to unilaterally terminate arbitration agreement relying on that financial incapability of a party deprives it of access to justice.<sup>46</sup> Similarly, the Supreme Court of Liechtenstein in 2008 held that impecunious claimant who is entitled to legal aid for court proceedings cannot be held to arbitration agreement if counterparty does not cover the costs of arbitration. The Court further states that the parties are deemed to have waived their rights to arbitrate only with regard to their existing dispute which has no impact on the validity of arbitration agreement in relation to future disputes.<sup>47</sup> Again, the Szeged Court of Appeal allowed a party under bankruptcy to disregard arbitration agreement and pursue court proceedings which otherwise would deprive bankrupt party of enforcing its rights and that would be inconsistent with the aim of insolvency proceedings.<sup>48</sup>

Lastly, the Court of Appeal in Helsinki in 2017 rendered a decision setting aside the arbitration agreement between a franchisor and a franchisee due to the insolvency and weaker position of the franchisee.<sup>49</sup> The Court reasoned its decision that deciding otherwise would be unreasonable for the challenging party (franchisee) in accordance with Section 36 of the Finnish Contracts Act and that would deprive the franchisee of vindicating its rights due to its weak financial position. The Court also gave account of the fact that the franchisee could not start its business because of the franchisor's actions which deteriorated financials of the franchisee.<sup>50</sup> The Court of Appeal and then the Supreme Court of Finland in 2003 upheld the decision.<sup>51</sup>

After all, it should be noted that almost all court decisions rendered by state courts given above were in relation to disputes in domestic context. Therefore, it is still a matter of question whether given state courts would change their stand in

45 See for detailed analysis of the Munich Court of Appeal's decision: Granier (n 25) 108–124.

46 *OGH, 4 September 1936, (SZ 18/151)*; See also Reiner (n 23) 40–41.

47 Jörg Risse and Guenter Pickrahn (eds), 'Fürstlicher Oberster Gerichtshof, Liechtenstein – 04 CG.2007.225, Kündigung Der Schiedsvereinbarung Bei Mittellosigkeit Einer Partei, Supreme Court of Justice of Liechtenstein, 04 CG.2007.225, 7 August 2008' (2008) 6 *SchiedsVZ* | *German Arbitration Journal* 54 306-307

48 *Szegedi Ítéletábra, Gf130014/2012*. For detailed review of the case, see András Dániel László, 'Restrictive Tendencies in Hungarian Arbitration Law – Arbitration Agreements Are Not Enforceable Against Companies under Involuntary Liquidation' (*Kluwer Arbitration Blog*) <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2015/05/04/restrictive-tendencies-in-hungarian-arbitration-law-arbitration-agreements-are-not-enforceable-against-companies-under-involuntary-liquidation/>> accessed 26 November 2019.

49 Mika Savola and Anna-Maria Tamminen, 'Helsingin Pizzapalvelu Oy (Franchisor) v. Leena Hinkkanen, Slice Away (Franchisee), Court of Appeal of Helsinki, Judgment No. 24 in Case S 16/838, 11 January 2017' *Kluwer Law International*.

50 The Court of Appeal also considered that the arbitration agreement was unfair because the agreement granted only the franchisor the right to opt out from arbitration and bring a claim before state courts.

51 *The Finnish Supreme Court's Decision, 3 April 2003, (KKO 2003:60)*. See also Patrik Lindfors, 'Arbitration In Finland – Characteristic Features Currently Under Discussion' [2003] *Nordic Journal of Commercial Law*.

an international context where both parties are not of the same nationality. It can be argued that German court would apply a higher threshold for setting aside an arbitration agreement in an international context given that interests of solvent foreign party would be at stake.

## B. France

French courts are known for their pro-arbitration approach that gives maximum effect to arbitration agreements.<sup>52</sup> This result comes from the negative effect of kompetenz-kompetenz principle entrenched in French law under Article 1448 of the French Civil Procedural Code (“FCPC”) that the courts must decline jurisdiction when a party recourse to a court for a dispute being subject to arbitration, “except if an arbitral tribunal has not yet been seized of the dispute and if the arbitration agreement is manifestly void or manifestly not applicable”.<sup>53</sup> The threshold under French law for assuming jurisdiction in a dispute subject to arbitration agreement is higher than the standard embodied in Article 8 of the UNCITRAL Model Law and Article II (3) of the NYC. Therefore, it is almost sure to happen that a French court would decline jurisdiction and refer parties to arbitration in the mere existence of an arbitration agreement.<sup>54</sup> French courts have a similar “pro-enforcement” approach and only in exceptional circumstances the courts refuse to enforce or annul an award.

Gaillard argues that a party’s assertion of invalidity of an arbitration agreement should be initially assessed by arbitral tribunals in accordance with kompetenz-kompetenz principle and conclude that financial incapacity could in no way bring any consequence to the detriment of arbitration agreement. Even if that kind of claim is ever brought before French courts, the French courts would turn down the contentions of impecuniosity in that case.<sup>55</sup> The general position of French courts justified Gaillard’s arguments years -although with minor exceptions- after his comments on the issue of impecuniosity as a reaction to the Bundesgerichtshof’s decision in 2000.

France has been one of the most attention-grabbing jurisdictions that witnessed the clash between parties’ right to access to justice and enforcement of arbitration agreement in circumstances involving party impecuniosity. As opposed to the examples from German jurisdiction which took place in a domestic setting, French courts dealt

52 Kühner (n 31) 807.

53 Translated by Emmanuel Gaillard, Nanou Leleu-Knobil and Daniela Pellarini of Shearman & Sterling LLP; See also Alan Redfern and Martin Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration (Sixth Edition)* (Oxford University Press 2015) 340-342.

54 Kühner (n 31) 808; Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard and Berthold Goldman, ‘Traité de l’arbitrage Commercial International’ [1996] Litec. 672 seq.

55 Gaillard (n 15). 79-83. Similar to the approach adopted in France, Swiss courts ruled that arbitration agreement cannot be set aside even in case none of the parties pay the advance on costs. See *Swiss Federal Tribunal, 21 March 2011, (4A\_574/2010)*.; in another case, Swiss Federal Tribunal held that lack of funds during arbitration is not sufficient to stay arbitration proceedings. See *X. AS v. Bank Y, Bundesgericht, I. Zivilabteilung, 4P.64/2004, 2 June 2004*, vol 22 (Kluwer Law International 2004) 782–790.

with the issue of party impecuniosity within the context of international arbitration. Historically, applicability of the “right to access to justice” in arbitration was discussed in numerous cases and publications which paved the way for the most recent cases in relation to this topic.<sup>56</sup>

One of the surprising decisions in French jurisdiction was rendered by the Tribunal de Commerce de Paris in 2011 in a dispute between a French insolvent company against a foreign party that involved an arbitration clause in favor of a Danish arbitral tribunal. The court held that the arbitration agreement had become incapable of being performed due to the fact that the French company had no access to arbitration because of its insolvency.<sup>57</sup> The court further stated that arbitration agreement could be set aside if it was proved by concrete evidence that claimant was financially incapable and there existed disproportionality between existing financial status of that party and the potential costs of arbitration.<sup>58</sup> Still, it is noteworthy to mention that it is unknown whether an appeal was filed against this decision.

Another prominent case before the French courts was between SARL Lola Fleurs vs. Société Monceau Fleurs et Autres.<sup>59</sup> In this case, Lola Fleurs filed a lawsuit against Société Monceau before Paris Commercial Courts in relation to a dispute arising out of a franchise contract that contained an ad-hoc arbitration clause. Lola Fleurs brought its claim before state courts in the first place instead of filing an arbitration. It argued that the company’s lack of funds to cover the costs of arbitration should render the arbitration agreement inapplicable. Otherwise, compelling Lola Fleurs to go to arbitration would deprive the company of its right to access to justice. The first instance court denied Lola Fleur’s claim and referred parties to arbitration. Lola Fleurs appealed against the decision of the first instance court and argued that the court denied it to access to justice (déni de justice) by declining jurisdiction on the case. Paris Court of Appeal held that impecuniosity of the claimant would not render an arbitration agreement inapplicable. The Court of Appeal rejected Lola Fleur’s argument, but still reaffirmed (as a principle) applicability of the right to access to justice in arbitration. It held that Lola Fleurs’ financial inability to comply with its advance payment obligations did not render the arbitration agreement ineffective, but

56 *Cour de Cassation Civile, 1ere, 1 February 2005, Nioc v Etat d’Israel, Revue de L’Arbitrage, 2005, 693 et seq.; Cubic Defense Systems vs ICC, Cour de Cassation Civile, 1ere, 20 February 2001, Bull Civ 2001, no:39, pourvoi no: 99-12574.; Cour d’Appel de Paris, 1ere Chambre Civile, 29 June 2006, No: 04/22985.; Cour de Cassation Civile, 1ere, 16 March 1999, JDI, 1999, 794.; Charles Jarrosson, ‘L’Arbitrage et La Convention Europeenne Des Droits de L’Homme’ [1989] Revue de L’Arbitrage. 601-602; Marc Henry, *Le Devoir d’indépendance de L’Arbitre* (LGDH 2001). 92; Philippe Fouchard, ‘Les Institutions Permanentes d’Arbitrage Devant Le Juge Etatique (à Propos d’une Jurisprudence Récente)’ [1987] Revue de L’Arbitrage 258.*

57 ‘Tribunal de Commerce de Paris, 17 Mai 2011, (No. 2011003447)’.

58 Friedrich Niggemann, ‘Vermögenslose Parteien Und Schiedsgerichtsbarkeit – Nun Auch Vor Den Französischen Gerichten’ SchiedsVZ | German Arbitration Journal 173. fn. 14.; See for the review of this decision: Fontmichel (n 18) 40; Jaroslav Kudrna, ‘Arbitration and Right of Access to Justice: Tips for a Successful Marriage’ [2013] NYU Journal of International Law and Politics Online Forum 1. 11, fn. 43.

59 ‘S.A.R.L. LOLA FLEURS v. Société MONCEAU FLEURS, S.A.R.L. LA GENERALE DES VEGETAUX, Société GLOBAL EXPORT BV, Court of Appeal of Paris, N° 12/12953, 26 February 2013’ 31 Association Suisse de l’Arbitrage 900-903.

also that arbitral tribunals are under duty to oversee that the rights of the parties to access to justice and equal treatment are respected.

Paris Court of Appeals' decision in *Lola Fleurs* case reaffirmed application of the negative effect of kompetenz-kompetenz principle entrenched under French law. The claimant's inability to cover the costs of arbitration does not render the arbitration agreement manifestly inapplicable. Although such circumstance might lead to denial of justice for the claimant, it should be the tribunal's duty to ensure parties' right to access to justice and lack of which might be sanctioned after the award has been rendered.<sup>60</sup>

The issue was again discussed in a case between *Société Aéronautique et technologies embarquées SAS v. Société Airbus Helicopters and Airbus Helicopters Deutschland GmbH*.<sup>61</sup> The claimant initiated legal proceedings against its German counterparty before French courts despite the arbitration agreement. The French Court of Cassation held in 13 July 2016 that neither impecuniosity of a party nor failure to cover the expenses of arbitration had an impact on validity and applicability of an arbitration agreement. The French Court of Cassation reaffirmed the French court's position in *Lola Fleurs* case that while party impecuniosity had no relevance with the validity of an arbitration agreement, it should be the tribunal to deal with the issue of denial of justice.<sup>62</sup> Both *Société Airbus* and *Lola Fleurs* cases highlight the fact that French courts strictly applies the negative effect of the principle of "competence-competence" demonstrating no tendency to intervene in the process until the post-award stage.

The issue of party impecuniosity was also discussed in relation to respondent's right to access to justice with respect to its counterclaims. As common in most of the arbitration rules, failure to pay the advance on costs for counterclaims results in them being considered withdrawn in the existing proceedings. Unlike the scenario where impecunious respondent advances no counterclaim but only defences himself against claimant, it would be unlikely for claimant to cover the advance on costs corresponding to a counterclaim on behalf of the respondent. Therefore, compulsory withdrawal of counterclaims leaves the respondent with no option but to abandon its counterclaim for the time being, which pave the way for allegations that respondent is denied access to justice with respect to its counterclaims.

The issue of denial of justice in relation to counterclaims was discussed in a case before French courts between *Pirelli & C. S.p.A. v. Licensing Project S.L.*<sup>63</sup> In 2007,

60 *ibid.* 903.

61 João Bosco Lee and Daniel de Andrade Levy (eds), *Société Aéronautique et Technologies Embarqués (ATE) v. Companies Airbus Helicopters and Airbus Helicopters Deutschland, Court of Cassation of France, First Civil Law Chamber, Case No. 15-19389, 13 July 2016*, vol 14 (Kluwer Law International 2017) 146–149.

62 *ibid.* 146–149.

63 Bertrand Derains, 'Pirelli & Co. v. Licensing Projects and Other, Court of Cassation of France, First Civil Law Chamber, Pourvoi No. 11-27.770 Case Date 28 March 2013' Kluwer Law International. 1-6.

Pirelli filed an ICC arbitration in Paris against a Spanish company Licensing Project and Licensing Project submitted a counterclaim against Pirelli in the same arbitration. Later in 2007, liquidation proceedings were filed against Licensing Project after being declared insolvent by Barcelona courts. Pirelli asked ICC Court to fix the advance on costs separately as per article 30.2 of the ICC Rules (1998).<sup>64</sup> The ICC Court granted Pirelli's request, however, Licensing Project failed to make the advance payment corresponding to its counterclaim. In accordance with Article 30.4 of the ICC Rules (1998),<sup>65</sup> the tribunal treated Licensing Project's counterclaim as being withdrawn for the purpose of the existing arbitration and noted that Licensing Project was not prevented from advancing those claims in the future.<sup>66</sup>

Subsequent to the end of arbitral proceedings, Licensing Project filed for setting aside the ICC award before Paris Court of Appeal. Paris Court of Appeal annulled the award as per article 1502 (4) and (5) of the FCPC<sup>67</sup> on the premise that Licensing Project was denied equal treatment and access to justice in violation of international public policy.<sup>68</sup> The Court emphasized that no person can be denied of seeking justice before a judge. The Court further stated even though the right to court can be restricted, any restriction could only be exercised proportionately with safeguarding justice and access to fair trial and arbitral proceedings are not exempt from this understanding.<sup>69</sup> The Paris Court abstained from any declaration that the ICC Rules regulating the consequences of failure to pay the advance on costs are in contradiction with public policy or due process.<sup>70</sup> Still, it held that, the ICC's exercise of such amounted to an disproportionate measure and that obstructed impecunious party's access to justice.

The Court of Appeals in this case did not agree that exercise of Article 30 of the ICC Rules (1998)<sup>71</sup> had not deprived parties of their rights to advance their claims completely as they were allowed to introduce such claims in another proceeding.

64 Article 37(3) of the ICC Rules (2017) as applicable today.

65 Article 37(6) of the ICC Rules (2017) as applicable today.

66 Derains (n 63) 1.

67 The provisions of French Civil Procedural Code in relation to international arbitration was amended with Article 2 of the Decret no. 2011-48 dated 13 January 2011. New provisions came into force as of 1 May 2011. The article numbers of relevant provisions have changed to 1520 (4) and (5), however, the content remained the same.

68 *Cour d'appel de Paris, Pôle 1 – Chambre 1, Arrêt du 17 Novembre 2011, Société LICENSING PROJECTS SL contre Société PIRELLI & C SPA et al, l'affaire a été débattue le 18 octobre 2011, en audience publique, le rapport entendu, devant la Cour composée de* (2012) 30 *Assoc Suisse l'Arbitrage* 459. 459-466; Daniel Cohen, 'Non-Paiement de La Provision d'arbitrage, Droit d'Accès à La Justice et Egalité Des Parties Avancée Ou Menace Pour L'Arbitrage?' [2012] *Les Cahiers de l'arbitrage*. 164; Thomas Clay, 'Droit de l'arbitrage et Des Modes Alternatifs de Règlement Des Litiges'. 3023; it is acknowledged in French law that right to access to justice is a part of international public policy. See François-Xavier Train, 'Impécuniosité et Accès à La Justice Dans l'arbitrage International (à Propos de l'arrêt de La Cour d'appel de Paris Du 17 Novembre 2011 Dans l'affaire LP c/ Pirelli)' [2012] *Revue de L'Arbitrage* 267. 276.

69 Train (n 68) 390.

70 Kaplan argues that mere impecuniosity of a party who cannot adjudicate its claims in arbitration does not by itself lead to a public policy violation. The Court showed its intention not to question procedural rules chosen by parties however excluding that application of such procedural rules cause a disproportionate result and amount to a manifest violation of public policy. See Charles Kaplan, 'L'affaire Pirelli Restituée Dans Son Contexte: Propos d'audience de M. l'Avocat Général Pierre Chevalier' [2013] *Paris Journal of International Arbitration*. 585.

71 Article 37(6) of the ICC Rules (2017) as applicable today.



On the contrary, the Court of Appeals held that the status of financial hardship – as experienced by Licensing Project in *Pirelli* case- rendered such scenario (reintroduction of counterclaims in another proceeding) nothing but fictional and theoretical.<sup>72</sup>

*Pirelli* applied to the French Court of Cassation against the decision of Paris Court of Appeal. The French Court of Cassation reversed the decision of Paris Court of Appeal on the ground that while the tribunal’s dismissal of counterclaims might qualify as denial of justice and equal treatment for the relevant party, such conclusion could only be reached if the counterclaims were “inseparable” (“indissociables”) from the main claims.<sup>73</sup> The Court of Cassation held that the Court of Appeal failed to look into that aspect adequately. While preserving both the validity of the award in the case at hand, and effectiveness of the relevant provision of the ICC Rules, this ruling did not exclude a potential conflict between the institutional regime and the fundamental right of access to justice.<sup>74</sup>

Newly introduced concept of “inseparability” of counterclaims from the main claims stated in the Court of Cassation’s decision led to new discussions due to lack of explanation in the decision.<sup>75</sup> It is notable that the arbitral tribunal in *Pirelli* case paid regard to all legal and factual evidence submitted by the respondent, including the ones submitted with respect to the counterclaims in the award when it decided for the main claims.<sup>76</sup> Some scholars argued that the Court of Cassation had no intention to institute a new mechanism for access to arbitration in relation to counterclaims, but to point out such conduct of the tribunal.<sup>77</sup>

Although the French Court of Appeal in *Pirelli* case had no statement as to the applicability of ICC rules, its decision put the relevant rules into question. The award was annulled as a result of the institution and the tribunal’s exercise of Article 30 (4) of the ICC Rules (1998) that were chosen by the parties as the set of rules applicable to the procedure.<sup>78</sup> The decision of the Court of Appeal revealed that the consequences of applying the relevant ICC rule constituted violation of the right to equal treatment and fair trial as per Article 1502 (4) of the FCPC and violation of international public policy as per Article 1502 (5) of the ECPC. At this point, Kudrna made a salient analogy with respect to the Court of Appeals decision in *Licensing Project v. Pirelli*

72 Dupeyron and Poloni (n 20) 472; Balkar Bozkurt (n 20) 132; Kudrna (n 58) 4.

73 Derains (n 63) 2.

74 Carine Dupeyron and Flore Poloni, *Procédure de Liquidation d'une Partie, Arbitrage et Droit d'accès à La Justice: Vers Une Réconciliation?*, vol 31 (Kluwer Law International 2013) 904.

75 Pinna addresses that the criteria of “inseparability” requires more clarity. Andrea Pinna, ‘La Confirmation de La Jurisprudence Pirelli Par La Cour de Cassation et Les Difficultés Pratiques de Garantir Au Plaigneur Impécunieux L’Accès à La Justice Arbitrale’ [2013] *Les Cahiers de L’Arbitrage*. 483. See also Denis Bensaude, ‘Conséquence Du Non-Paiement de Provisions Séparées En Arbitrage CCI’ (2013) *Gazette du Chronique de la jurisprudence de droit de l’arbitrage*. 16.

76 Kaplan (n 70)

77 Pierre Chevalier, ‘L’Affaire Pirelli Resituée Dans Son Contexte’, *Note Tirée Des Propos d’Audience Par Charles Kaplan* [2013] *Les Cahiers de L’Arbitrage*. 16.

78 Fontmichel (n 18) 43; Dupeyron and Poloni (n 20) 468.

case. The author described the relationship between access to justice and arbitration as a “forced marriage” and underlined the fact that right to access to justice prevails over the procedural rules that were adopted by free will of the parties.<sup>79</sup>

Impecuniosity was discussed in a different context where the French courts put into question the liability of an arbitral institution impecuniosity in a dispute between Garoubé and the State of Cameroon in relation to termination of a concession agreement that contained an ICC arbitration seated in Paris. Garoubé initially filed an arbitration against the State of Cameroon before the ICC, however parties failed to deposit required advance on costs that resulted in withdrawal of Garoubé’s claims. Different from *Lola Fleurs* case, Garoubé brought a case before the President of the Tribunal de Grande Instance of Paris. Another distinction was that the case was not filed against its counterparty in the underlying dispute, but the ICC who governed the process of arbitration. The State of Cameroon did not get involved in that proceedings. The President of the Tribunal de grande instance of Paris, who acts in support of the arbitration (*juge d’appui*), assumed jurisdiction on the ground that “one of the parties is exposed to a risk of a denial of justice”<sup>80</sup> as per Article 1505 of the FCPC. The *juge d’appui* held it was manifest that Garoubé was under financial incapacity and ICC’s measure related to withdrawal of Garoubé’s claims prevented it from access to justice. Accordingly, the *juge d’appui* ordered the ICC to restore the claims of Garoubé, remove suspension of the proceedings and invite the tribunal to render an award on the merits.<sup>81</sup>

The decision of the *juge d’appui* was shocking to the arbitration community as it was the first time that a court held such a measure against an arbitral institution.<sup>82</sup> The decision implied that the ICC should have ordered tribunals to run the proceedings without payment in case of party impecuniosity to avoid any liability.<sup>83</sup> The ICC appealed against the decision arguing that the *juge d’appui* violated due process by not hearing the State of Cameroon during the proceedings and also abused its powers by rendering an order outside the scope of its powers. The ICC argued that the *juge d’appui*’s powers were limited to aid arbitration in circumstances such as failure in constitution of arbitral tribunal or a tribunal’s failure to render an award in due time that may require *juge d’appui*’s grant of extension of time.<sup>84</sup>

---

79 Kudrna (n 58) 3.

80 Translated by Emmanuel Gaillard, Nanou Leleu-Knobil and Daniela Pellarini of Shearman & Sterling LLP.

81 Nataliya Barysheva and Valentine Chessa, ‘Chambre de Commerce Internationale v. SARL Projet Pilote Garoubé, Court of Appeal of Paris, No. 15/23553, 24 May 2016’ (2016) 2016 *Revue de L’Arbitrage* 649.

82 Valentine Chessa and Nataliya Barysheva, ‘Impecuniosity and Denial of Justice: Walking On Eggshells’ (*Kluwer Arbitration Blog*) <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/11/15/impecuniosity-and-denial-of-justice-walking-on-eggshells/>> accessed 24 October 2019.

83 Ana Coimbra Trigo and Mariana França Gouveia, ‘Liability of Arbitral Institutions: A Case Law Overview’ (2018) 15 *Revista Brasileira de Arbitragem* 59–79.

84 Chessa and Barysheva (n 82)

The Court of Appeal reversed *juge d'appui's* decision and held that the *juge d'appui* was not in a position to intervene in internal rules of ICC administering the procedure of arbitration due to the scope of its powers under French law. The Court of Appeal also upheld the ICC's argument that the *juge d'appui* should have heard the State of Cameroon before rendering its decision.<sup>85</sup> Garoubé's appeal to the Court of Cassation was also denied.<sup>86</sup> The Court of Cassation held that Article 1505 (4) of the FCPC does not give unlimited power to act upon in every circumstance of denial of justice.

Still, the Court of Cassation's decision is in procedural nature and only cleared jurisdictional aspect of the issue without touching upon the issue of impecuniosity and its relevance to the right to access to justice. Would the ICC be held liable and forced to order tribunals to continue with the proceedings if Garoubé filed a claim against the ICC before an ordinary French judge, instead of the *juge d'appui*?<sup>87</sup> The answer would most likely be negative in anticipation that the French courts would give precedence to application of procedural rules adopted by parties.

The French courts made an exception to upholding arbitration agreements in case of dilatory tactics employed by respondent to obstruct the proceedings. The dispute was between *Société TRH Graphics v. Société Offset Aubin*<sup>88</sup> arising out of an international commercial agreement that contained an ICC arbitration clause. In this case, the claimant refused to substitute for respondent's share of advance payments and filed a case before French courts. The French court denied respondent's request to be referred to arbitration holding that respondent obstructed the arbitral proceedings by not honoring its obligation to pay its share of costs for which claimant had no duty to substitute for. The French court underlined that the respondent failed to provide any explanation about its failure and that the respondent's action was therefore characterized as paralyzing the arbitral procedure.<sup>89</sup>

While there exists no common approach among French scholars,<sup>90</sup> the French courts have shown a tendency to apply *kompetenz-kompetenz* principle and uphold arbitration agreement in case of impecuniosity. However, the courts also put the burden on tribunals<sup>91</sup> to ensure parties' access to justice without providing any guidance as

85 *ibid.*

86 Nataliya Barysheva and Valentine Chessa, 'Société Projet Garoubé Pilot c. International Chamber of Commerce, Court of Cassation of France, First Civil Law Chamber, Judgment No. 1289 FS-P + B, Appeal No. M 16-22 131, 13 December 2017' Kluwer Law International.

87 Trigo and Gouveia (n 83) 59–79; Chessa and Barysheva (n 82)

88 'Société TRH Graphics v. Société Offset Aubin, Cour de Cassation (1Chambre Civile), 19 November 1991' (1992) 1992 *Revue de L'Arbitrage* 462–463.

89 *ibid.* 462–463

90 Some scholars advocated strict enforcement of arbitration agreement. See Xavier Boucobza and Yves-Marie Serinet, 'Les Principes Du Procès Equitable Dans L'Arbitrage International' [2012] *Les Principes du Procès Equitable Dans L'Arbitrage International*. 41-57; Pinna (n 75). 484. However, some scholars argue that exceptional circumstances may require invalidation of arbitration agreement: Train (n 68). 295; Fontmichel (n 18) 39-44.

91 Pinna (n 75). 484; Dupeyron and Poloni (n 74) 908.

to how this might be achieved when proceedings are terminated at very early stages of arbitration due to failure of performing advance payments.<sup>92</sup> Another issue is that it remains unresolved whether withdrawal of claims due to failure to deposit advance payments might amount to denial of justice and therefore be sanctioned during the post-award stage. While it can be inferred from *Pirelli* case that the French courts will not vacate arbitral awards easily, it is still questionable what should be inferred from the inseparability criteria put forward by the French Court of Cassation in relation to counterclaims.

### C. Portugal

The relationship party impecuniosity and denial of justice in the context of arbitration is discussed in two prominent cases before the Portuguese Supreme Court of Justice in 2003 and the Portuguese Constitutional Court in 2008. Both cases acknowledged applicability of the right to access to justice in arbitration and the right to access to justice might prevail over arbitration agreement and/or party autonomy provided that certain conditions were fulfilled.

The dispute before the Portuguese Supreme Court involved a franchise and distribution contract with an arbitration clause under the rules of the Netherlands Arbitration Institute in the Netherlands. The respondent's counterclaims were withdrawn due to lack of funds to deposit corresponding advance payment. Subsequent to the end of proceedings, the claimant sought enforcement of the award in Portugal. The respondent asked the court to refuse enforcement of the award due to violation of public policy arising from its denial of justice.<sup>93</sup> However, the Portuguese Supreme Court of Justice enforced the award and held that parties were aware of the costs of arbitration when they agreed to arbitrate in the Netherlands. It was further noted that parties waived their certain rights (i.e. legal aid) provided under the state court system by signing an arbitration agreement. However, the Portuguese Supreme Court of Justice instituted an exception to the circumstance of impecuniosity in which a party finds itself without its fault. In that case, arbitration agreement would be deemed to have become incapable of being performed if performance of arbitration was no longer possible and no fault can be attribute to the party that claims invalidity of arbitration agreement for its impecuniosity. Yet, the request for appeal was rejected due to the fact that the appellant failed to prove that point.<sup>94</sup>

The issue of impecuniosity is discussed in another case that went up to the Portuguese Constitutional Court. The case was in relation to a commercial dispute

---

92 Fouchard, Gaillard and Goldman (n 54) 680; Wagner (n 2) 208-209; Balkar Bozkurt (n 20) 164-166.

93 Albert Jan Van den Berg (ed), 'Portugal No. 1, A (Netherlands) v. B & Cia. Ltda., C and Others, Supremo Tribunal de Justiça [Supreme Court of Justice], 1647/02, 9 November 2003' (2007) 32 Yearbook Commercial Arbitration 474.475-476.

94 *ibid.* 479.

between Wall Street Institute de Portugal v. Centro de Inglês Santa Bárbara, Lda. The claimant initiated court proceedings in Portugal despite existence of an arbitration agreement. The claimant contended that legal aid was not an option in arbitration and therefore it was unable to pursue arbitral proceedings given its financial status. However, it had access to state courts owing to its entitlement to legal aid provided under the Portuguese law. The First Instance Court of Braga and the Guimarães Court of Appeal held that the state court should assume jurisdiction and proceed with the case as the claimant's lack of financial means justified its non-performance of the arbitration agreement. The respondent applied to the Portuguese Constitutional Court. The Portuguese Constitutional Court held that the claimant's right to access to justice superseded the respondent's contractual right arising out of the arbitration agreement. It further stated that the state could not avoid its duty to safeguard the right to access to justice even if the constitution acknowledged arbitration as a legal mechanism for dispute resolution.<sup>95</sup> However, the new legal aid system in Portugal no longer allows companies to benefit from legal aid and that has weakened the significance of Portugal Constitution Court's decision.<sup>96</sup>

Overall, the Portuguese Supreme Court of Justice's approach appears to divert from the approach adopted by the French Court of Cassation in *Pirelli* case in the sense that withdrawal of counterclaims due to impecuniosity may lead to annulment or refusal of enforcement of the award as long as the respondent proves that impecuniosity occurred with no fault of its own.<sup>97</sup>

#### D. England

England's approach to the issue of impecuniosity in arbitration is purely contractual and the right to access to justice does almost take no part in discussions on this topic.<sup>98</sup> Payment of advance on costs is a part of the obligations that parties commit to undertake when they enter into an arbitration agreement. Parties' financial inability or voluntary failure to pay the advance on costs bring out the same consequence as they both constitute breach of arbitration agreement. The general principle under English law that parties cannot rely on their lack of financial means to be relieved from their contractual obligations and that applies to arbitration as well.<sup>99</sup>

95 José Miguel Júdice, 'Wall Street Institute de Portugal - Centro de Inglês S.A., WSI - Consultadoria Marketing and Others v. Centro de Inglês Santa Bárbara, Lda., Portuguese Constitutional Court, 311/2008, 30 May 2008' Kluwer Law International.

96 The existing scheme for legal aid was amended by the Law 47/2007 in Portugal. See José Miguel Júdice and Joaquim Shearman De Macedo, 'Right to Plead Case versus Enforcement of Arbitration Agreement' (*International Law Office*) <[https://www.josemigueljudice-arbitration.com/xms/files/03\\_ARTIGOS\\_CONFERENCIAS\\_JMJ/04\\_ILO/Right\\_to\\_Plead\\_Case\\_versus\\_Enforcement\\_of\\_Arbitration\\_Agreement\\_Fevereiro\\_2009.pdf](https://www.josemigueljudice-arbitration.com/xms/files/03_ARTIGOS_CONFERENCIAS_JMJ/04_ILO/Right_to_Plead_Case_versus_Enforcement_of_Arbitration_Agreement_Fevereiro_2009.pdf)> accessed 11 November 2019.

97 Kudrna (n 58) 6-7, fn. 20.

98 In English jurisdiction, it is considered that the state meets its obligation to ensure access to justice as long as parties are not denied access to courts against their will and thus existence of an arbitration agreement manifests their will to waive from the right to access to courts. Kröll, *The 'Incapable of Being Performed' Exception in Article II (3) of the New York Convention* (n 2). 369.

99 Sachs (n 15) 102.

Why do English courts treat party impecuniosity and failure to deposit costs of arbitration as an ordinary breach of a contractual obligation? Arbitration agreement is a special type of contract that has close ties with the fundamental right of access to justice as it constitutes a waiver from the right to access to courts to vindicate substantive rights. Therefore, parties' inability of pursue justice may require states to exercise their role of being the "ultimate guarantor of justice"<sup>100</sup> as a reflection of a constitutional obligation.<sup>101</sup> Yet, to better understand the English approach, it would be sensible to evaluate what outcome parties commonly intended to achieve when they agreed to arbitration in the first place.

The intention of parties in concluding an arbitration agreement is to waive their rights to access to courts and change the venue for resolution of their potential disputes. If assumed that parties had contemplated potentially unpleasant occurrence of impecuniosity which would restrict impecunious party's access to arbitration at the time of signing the arbitration agreement, then how would parties have drafted the arbitration agreement? Would they allow an (fictional) impecunious party to abandon arbitration in favor of state court proceedings?<sup>102</sup> It would be unrealistic to expect parties at the time of drafting an arbitration agreement to specifically address the issue of impecuniosity.<sup>103</sup> There is no doubt that signing of an agreement demonstrates parties' intention to avoid court proceedings for resolving their disputes. Therefore, impecuniosity of a party should not cause invalidity of an arbitration agreement and thus pave the way for court proceedings.

While the general principle is to enforce arbitration agreement under English law, the courts may decline referral to arbitration under exceptional circumstances. Upon request from a party, the court stay court proceedings if the arbitration agreement is null and void, inoperative, or incapable of being performed according to the Section 9 (4) of the English Arbitration Act.<sup>104</sup> However, unlike German law, party impecuniosity does not render an arbitration agreement incapable of being performed.<sup>105</sup> Invalidity of an arbitration agreement may occur only in exceptional circumstances and party impecuniosity is not one of them.<sup>106</sup>

The issue is discussed in *Paczy v. Haendler & Natermann* case in 1981.<sup>107</sup> The dispute was between Paczy (an Englishman) and Haendler & Natermann GmbH (a

100 Moyano (n 2) 639.

101 Hunter (n 17) 108.

102 Niggemann argues that parties may consider incorporation of a termination right to the benefit of impecunious party. See Niggemann (n 58) 178.

103 Sachs (n 15) 101; Wagner (n 18) 10,12.

104 This article reflects the approach taken in Article II (3) of the NYC II(3) and Article 8(1) of the UNCITRAL Model Law.

105 Redfern and Hunter (n 53) 138; Julian Lew, Loukas A Mistelis and Stefan Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration* (Wolters Kluwer 2003), 343-344; Michael Pryles, 'The Kaplan Lecture 2009 - When Is an Arbitration Agreement Waived?' (2010) 27 *Journal of International Arbitration* 105-112.

106 Hunter (n 17) 107 et seq.

107 Pieter Sanders (ed), 'UK No. 12, Haendler & Natermann GmbH v. Mr. Janos Paczy, Court of Appeal, 3 December 1980' (1984) 9 *Yearbook Commercial Arbitration* 1984 445. 107.

German company) arising out of a license agreement that contained an ICC arbitration clause. Paczy initiated court proceedings before the High Court in London against Haendler and the Court granted stay of court proceedings in favor of arbitration upon Haendler's request. Paczy invited Haendler to initiate arbitration and stated that it cannot afford advance payments required under ICC arbitration. Upon Haendler's refusal to that request, Paczy argued that the arbitration agreement had become incapable of being performed and also contended that lack of legal aid in arbitration rendered it impossible for him to pursue arbitration. In contrary, legal aid was granted to him in state court proceedings.<sup>108</sup> The Court of Appeal held that "incapable of being performed" should be interpreted narrowly. The Court further stated that "if the circumstances are such that it could no longer be performed, even if both parties were ready, able and willing to perform it" and concluded that party impecuniosity was not one of them.<sup>109</sup> The court also reiterated that the claimant "cannot rely on his own inability to carry out his part of the arbitration agreement as a means of securing a release from the arbitration agreement".<sup>110</sup> Releasing a party from its obligation to arbitrate in case of lack of funds would be unreasonable as it would be no different than releasing a party from a purchase agreement when that party cannot find money at the time payment becomes due.<sup>111</sup>

A similar approach was adopted in *El Nasharty v J Sainsbury* case where impecuniosity was one of the arguments among other issues presented by the claimant to establish that the arbitration agreement had become invalid. The High Court of Justice held in that case that claimant's impecuniosity to cover the costs of ICC arbitration should not render the arbitration agreement invalid as parties entered into agreement by their free will and the costs were apparent to them.<sup>112</sup>

The English courts, however, adopted a different approach in a setting similar to Paczy case, where the claimant obtained legal aid and filed a claim before the state court. This was a unique case that the court assessed the issue of impecuniosity in the perspective of the right to access to justice. The Court of Appeal held in *Fakes v. Taylor Woodrow Ltd.* case that the claimant received legal aid and filed before the court because it could not afford the advance on costs of arbitration.<sup>113</sup> At this point, the Court of Appeal decided to make an exception to the established approach towards party impecuniosity in the sense that there was convincing evidence that the claimant's insolvency was a result of the respondent's actions.<sup>114</sup>

108 *ibid.* 445-446.

109 *ibid.* 447.

110 *ibid.* 447.

111 *ibid.* 447.

112 John Beechey, 'Amr Amin Hamza El Nasharty v. J Sainsbury Plc, High Court of Justice, Queen's Bench Division (Commercial Court), 2007 Folio 920, 13 November 2007' Kluwer Law International.

113 *Fakes v Taylor Woodrow Ltd [1973] 1 QB 436 (CA 1972)*

114 *ibid* 442 (per Lord Denning). See also Wagner (n 2). 210. See also Uganda Supreme Court's decision referring to *Fakes* case, Albert Jan Van den Berg (ed), *Uganda No. 1, Fulgensius Mungereza v. PricewaterhouseCoopers Africa Central, Supreme Court of Uganda, Civil Appeal No. 18 of 2002, 16 January 2004*, vol 35 (ICCA, Kluwer Law International 2010). 458 - 459

Paczy decision had been referred to in cases from different jurisdictions as well.<sup>115</sup> Similar to Fakes case, the casual link between claimant's impecuniosity and respondent's actions was considered to be reason to disregard an arbitration agreement in a case before the Supreme Court of Uganda.<sup>116</sup> The Supreme Court of Uganda's decision embraced the approach adopted in Paczy case, whereas also held that the outcome would have been different if the claimant had proved that the respondent was the cause of his impecuniosity. Yet, this exception brings out questions as to what standard of proof the courts require to establish that respondent's actions caused claimant's impecuniosity.

Another case involved a respondent that was unwilling to cover its share of advance on costs in an ICC arbitration. In *BDMS Ltd v. Rafael Advanced Defence Systems*,<sup>117</sup> the respondent did not comply with the requirement to pay half of the advance on costs and asked the claimant to provide security on costs as a condition to payment of its share of advance. BDMS neither covered the respondent's share nor provided security on costs and therefore the ICC terminated the proceedings upon non-payment of the advance on costs in full. BDMS initiated court proceedings arguing that Rafael's non-payment of its share of advance on costs constituted a repudiatory breach<sup>118</sup> and that rendered the arbitration agreement inoperative. The court held that respondent's non-payment of its share was not a repudiatory breach because the respondent showed that it was ready to participate in proceedings except for payment of its share of costs. BDMS could have posted a bank guarantee or substituted for the respondent's share and then asked the tribunal to order an interim award for reimbursement of its payment from Rafael. The court also stated that parties could still recourse to arbitration as the ICC rules allowed them to reintroduce those claims in another proceeding. Therefore, the court upheld validity the arbitration agreement and declined jurisdiction in favor of respondent who did not pay for its share of advance payments. In a very similar case between *Trunk Flooring Ltd. and HSBC Asset Finance (UK) Ltd & Costi Righi SPA*, the Court of Appeal of Northern Ireland held that the ICC arbitration agreement had not become inoperative due to parties' failure to pay the advance on costs in ICC proceedings because there was no manifest evidence that parties abandoned arbitration.<sup>119</sup>

That is to say, the English courts systematically uphold arbitration agreement relying on that impecuniosity should not be an excuse to perform an agreement. The

---

115 Hunter (n 17) 114, fn 18.

116 Van den Berg, *Uganda No. 1, Fulgensius Mungereza v. PricewaterhouseCoopers Africa Central, Supreme Court of Uganda, Civil Appeal No. 18 of 2002, 16 January 2004* (n 114) 458 – 459.

117 Nicholas Hugo Martin Fletcher, 'BDMS Ltd v. Rafael Advanced Defence Systems, High Court of England and Wales, Queen's Bench Division, Commercial Court, 2012-192, Case Date 26 February 2014' *Kluwer Law International*.

118 A breach can be classified as repudiatory breach if that breach is serious enough to lead to termination challenging the essence of the contract. In that case, the innocent party is expected to have lost "substantially the whole benefit of the contract". See Hugh G Beale (ed), *Chitty on Contracts* (31st edn, Sweet & Maxwell 2015) 57(4).

119 *Trunk Flooring Ltd v HSBC Asset Finance (UK) Ltd and Costi Righi SPA [2015] NICA 68*. 'Trunk Flooring'.



courts approached to the issue from a contractual perspective no different than how impecuniosity would be treated in the context of a commercial contract. The English courts employed a strict approach and enforced arbitration agreement even in cases where respondents failed to deposit their share of advance payments and caused termination of arbitral proceedings. The English courts allowed for court proceedings only under very exceptional circumstances where it was established that impecuniosity occurred as a result of the other party's actions.

### E. The United States

Party impecuniosity has been discussed in both domestic and international arbitration in the United States. Potential fees for counseling, arbitrator and institution fees sometimes deter parties from arbitration because of the usual requirement to make upfront payments to initiate or continue with arbitral proceedings.<sup>120</sup> Therefore, unwillingness or impecuniosity of a party to pay the advance on costs in arbitration sometimes open the doors for proceeding with court proceedings. In that case, the courts found it justifiable to proceed with court proceedings based on the fact that failure to deposit advance on costs constituted a default or sometimes a waiver depending on circumstances of a case.<sup>121</sup>

“Unconscionability of arbitration agreement” is often argued by seemingly weak parties to invalidate an arbitration agreement before the courts in the United States. Unconscionability<sup>122</sup> of an arbitration agreement is mostly relied on in consumer or labor arbitration<sup>123</sup> where consumers or employees are usually considered to have low bargaining power against their counterparties.<sup>124</sup> However, parties may also invoke “unconscionability” of an agreement to disregard arbitration relying on that the costs of arbitration are prohibitive which preclude parties to participate in arbitration.<sup>125</sup> The courts' approach to indigent parties differs depending on circumstances of a case.<sup>126</sup>

120 Wagner (n 2). 210.

121 Moyano (n 2). 640-641.

122 Gary B Born, *International Commercial Arbitration* (2nd edn, Wolters Kluwer 2014). 856-866.

123 *ibid.* 864.

124 Donald Francis Donovan, ‘John Bruce Bradford v. Rockwell Semiconductor Systems, Inc, U.S. Court of Appeals, Fourth Circuit, 238 F.3d 549, 22 November 2001’ Kluwer Law International. The dispute in Bradford case arose from an employment contract that contained an arbitration clause. Even in employment cases in the US courts, financial hardship of the claimant may not render the arbitration agreement unenforceable. In this case the claimant failed to provide evidence to support his allegations of impecuniosity. Therefore, the threshold is high to set aside an arbitration agreement.

125 Born (n 122). 861-862.

126 In *Olena Bulgakova v. Carnival Corporation* case, the Court stated that Bulgakova failed to establish why arbitration in Monaco would be prohibitive against litigation in the US and referred parties to arbitration. See Albert Jan Van den Berg (ed), *US No. 680, Olena Bulgakova v. Carnival Corporation, United States District Court, Southern District of Florida, 22 June 2009 and 26 February 2010*, vol 35 (ICCA, Kluwer Law International 2010).. However, in *Tillman v. Tillman* case, the Court stated that the claimant would have no place to have its claims adjudicated if it was forced to arbitrate. See João Bosco Lee and Daniel de Andrade Levy (eds), ‘Sean Tillman, Plaintiff, v. Renee Tillman, Aka Renee Chicino, Rheingold, Valet, Rheingold, Shkolnik & McCartney, United States Court of Appeals, Ninth Circuit, Case No. 1356624, 15 June 2016’ (2017) 14 *Revista Brasileira de Arbitragem* 100. 100 – 107.

Parties usually invoke “prohibitive costs of arbitration” or “unconscionability of arbitration agreement” to invalidate an arbitration agreement as an excuse for their non-payment of advance on costs as they preclude parties from participating in arbitration. One of the landmark cases on prohibitive costs issue is *Green Tree Fin. Corp. v. Randolph*.<sup>127</sup> In that case, the Supreme Court ruled that the risk of facing prohibitive costs would not be sufficient to set aside an arbitration agreement.<sup>128</sup> However, the Court’s decision also allowed for a possibility to disregard an arbitration agreement based on unconscionability if a party successfully establish that the costs of arbitration would be prohibitive and that party would very likely incur such costs.<sup>129</sup>

The courts’ approach allowing prohibitive costs to invalidate an arbitration agreement might encourage especially respondents to obstruct proceedings in arbitration and take the case from arbitration to court proceedings. The courts in United States made a distinction between prohibitive costs of arbitration and bad faith attempts to obstruct proceedings.<sup>130</sup> Some courts allowed continuation of court proceedings if a respondent applied for stay of proceedings and subsequently failed to pay its share of advance on costs in arbitration.<sup>131</sup> On the other hand, some courts held that failure to pay advance on costs might constitute a waiver. Still, the threshold applied by the courts to find a waiver of arbitration agreement is high.<sup>132</sup> The courts shy away from finding a waiver if waiver of arbitration is to be “lightly inferred”.<sup>133</sup> To establish a waiver, the courts seeks for clear intent of a party to no longer pursue arbitration and actions or intent of that party have prejudiced its counterparty.<sup>134</sup>

Apart from bad faith attempts from parties to obstruct proceedings, what would be the fate of “unconscionability” or “prohibitive costs of arbitration” claims if they are raised in an international commercial context before the courts in the United States? It

127 *Green Tree Financial Corp-Ala v Randolph*, 531 US 79 (2000). (‘Green Tree’).

128 The Supreme Court stated that “...[h]ow detailed the showing of prohibitive expense must be before the party seeking arbitration must come forward with contrary evidence is a matter we need not discuss; for in this case neither during discovery nor when the case was presented on the merits was there any timely showing at all on this point.”

129 *Green Tree Financial Corp-Ala. v. Randolph*, 531 U.S. 79 (2000) (n 127)

130 Thomas Rohner and Michael Lazopoulos, ‘Respondent’s Refusal to Pay Its Share of the Advance on Costs’ (2011) 29 *Association Suisse de l’Arbitrage* 549-555.

131 *Sink v Aden Enterprises, Inc.*, 352 F3d 1197, 1201–1202 (9th Cir 2003).; *Pre-Paid Legal Services, Inc v Cahill*, 786 F3d 1287, 1294 (10th Cir 2015).; *Garcia v Mason Contract Prods, LLC*, 2010 WL 3259922 (SD Fla, 2010).. Similarly, in *Industrial Service & Machine Inc. v. Resin Systems Inc* case, the Court of Appeal of Alberta (Canada) held that the respondent of the ICC arbitral proceedings cannot rely on its own failure to pay its share of advance payments and request to be referred to arbitration. See Henri C Alvarez, ‘Industrial Service & Machine Inc. Operating as McClean Anderson a Division of Industrial Service & Machine Inc. v. Resin Systems Inc. Operating as RS Technologies a Division of Resin Systems Inc., Alberta Court of Appeal, 0701-0343-AC, 10 March 2008’ *Kluwer Law International*. Cf. Fletcher (n 117), *Trunk Flooring Ltd v HSBC Asset Finance (UK) Ltd and Costi Righi SPA* [2015] *NICA* 68 (n 119)

132 Brian King, ‘No Money, No Arbitration? The United States Perspective on Impecuniousness and Arbitration Agreements’, *Financial Capacity of the Parties: A Condition for the Validity of Arbitration Agreements?* (Peter Lang 2004). 142; Moyano (n 2) 641-642.

133 *Stowell v Toll Bros*, 2007 WL 30316, 1 (ED Pa, 2007).; *Moses H Cone Memorial Hospital v Mercury Construction Corp*, 460 US 1 (1983).; *Brandifino v CryptoMetrics, Inc.*, 896 NYS2d 623, 630 (NY Sup Ct, 2010).

134 *Sanderson Farms, Inc v Gatlin*, 848 So 2d 828 (Miss, 2003).; *Norgren, Inc v Ningbo Prance Long, Inc*, 2015 WL 5562183 (D Colo, 2015).

is noteworthy to state that the courts do not lean towards accepting unconscionability claims in a business to business context.<sup>135</sup> Indeed, the issue was raised in a dispute between Mitsui & Co., Ltd. (“Mitsui” a Japanese company) and Delta Brands, Inc. (“DBI” an American company)<sup>136</sup> in relation to an international and commercial contract that contained an ICC arbitration clause. The respondent contended that forcing DBI to go to an ICC arbitration in Switzerland would create “a financial hardship that DBI simply could not bear” and thus asked the court to invalidate the arbitration agreement as arbitration costs would be prohibitive. DBI further argued that arbitration in Switzerland would require additional counsel fees and arrangement of flights, lodging, meals etc. for witnesses and experts and most importantly would require key employees of the company to travel to Switzerland which would amount to shutting down the company for conducting arbitration. The court rejected DBI’s arguments and referred the parties to ICC arbitration.<sup>137</sup> The Court stated that DBI failed to establish how the costs of ICC arbitration in Switzerland would be prohibitive. In this case, DBI only relied on Mitsui’s submissions in relation to its failure to pay to its employees, which was not found sufficient in the eyes of the court to make their case.<sup>138</sup> This approach manifests that the standard of proof is high and burden of proof lies with the challenging party to establish how prohibitive costs would impede pursuing arbitration.

All in all, the courts in the United States adopts an approach allowing for court proceedings only if the challenging party establishes that the costs of arbitration is prohibitive to the extent that it does not allow access to arbitration. The challenging party should also establish that arbitration is costlier than litigation in court. Still, the courts employ a high threshold for disregarding an arbitration agreement especially in cases between two commercial entities which signals for a strong assumption that unconscionability claims would not be granted. With respect to respondents who fail to pay its share of advance payments, the courts allow continuation of court proceedings not to allow respondents to unduly paralyze the proceedings.

### III. Possible Solutions for Payment of Arbitration Costs

While there is no consistent approach to the issue of party impecuniosity and failure to pay advance payments in arbitration, there are several options provided to users of

135 Born (n 122). 864; see also *China Resource Prods (USA), Ltd v Fayda Int'l, Inc.*, 747 FSupp 1101, 1107 (DDel1990). (The court stated that the defendant consciously chose to have arbitration and should have considered the costs of arbitration in China at the time of signing the arbitration agreement.

136 Albert Jan Van den Berg (ed), *US No. 524, Mitsui & Co., Ltd. (Japan) v. Delta Brands, Inc. (US) and Others, United States District Court, Northern District of Texas, Dallas Division, Civil Action No. 3:04-CV-1070-L*, 20 May 2005, vol 30 (ICCA, Kluwer Law International 2005) 1165–1178.

137 The same issue was discussed in two different cases (No. A56-50929/2015 and No. A56-13914/2016) in Russia where the courts in St. Petersburg held that parties should have anticipated the cost risk when agreeing to (ICAC and SCC) arbitration. Andrey Panov, ‘No Money: No Arbitration? Reflections on Recent Russian Cases’ <<http://arbitrationblog.practicallaw.com/no-money-no-arbitration-reflections-on-recent-russian-cases/>> accessed 5 December 2019.

138 Van den Berg, *US No. 524, Mitsui & Co., Ltd. (Japan) v. Delta Brands, Inc. (US) and Others, United States District Court, Northern District of Texas, Dallas Division, Civil Action No. 3:04-CV-1070-L*, 20 May 2005 (n 136) 1165–1178.

arbitration to avoid the discussion of validity/enforceability of an arbitration agreement in the face of the right to access to justice in the first place. In addition, there are several suggestions made by scholars to address the same issue by pointing out alternative mechanisms to enable indigent parties to access to arbitration.

### A. Third-Party Funding

Private nature of arbitration necessitates private funding mechanisms such as bank-related financing instruments, liability insurance or third-party funding (“TPF”) that may take over the burden of arbitration costs from parties. TPF is becoming popular and seen as a promising solution to finance costs of arbitration.<sup>139</sup> In a case where TPF used in arbitration, a third-party finance part or all costs of arbitration (such as institution fees, counsel and arbitrator fees and expenses) and in return for a remuneration dependent on the outcome of award.<sup>140</sup> The arrangement of remuneration is agreed between funder and client that is mostly formed in three different structures: remuneration is calculated by (i) multiplying the cost of investment with a coefficient, (ii) a certain percentage of the total amount recovered by the funded party after settlement or the award or (iii) a hybrid arrangement including both.<sup>141</sup>

TPF is mostly available in non-recourse form<sup>142</sup> where third-party funder bears the risk of receiving no return in case of an adverse award from the tribunal. In a non-recourse TPF, funded party has no undertaking to reimburse third-party funder if adjudicated claims are lost. Therefore, TPF enables parties to hedge the risk exposure<sup>143</sup> and renders TPF appealing to both impecunious and solvent parties. While TPF was initially thought as a mechanism to fund claims of individuals or entities in financial strain to enable them to access to justice,<sup>144</sup> this instrument has been more tempting for solvent parties hesitant to pursue a claim due to high costs of arbitration in the past couple of years.<sup>145</sup>

139 74% of the respondents reported that their company’s use of TPF has increased over the past two years. See ‘2019 Managing Legal Risk Report: A Survey of CFOs and Finance Professionals’ <<https://burfordcapital.com/media/1266/managing-legal-risk-report-2019.pdf>> accessed 10 November 2019. 37. See also Bernardo Sanz Pastor Cremades, ‘Third-Party Funding in International Arbitration (ICC Dossier)’ in Bernardo Sanz Pastor Cremades and Antonias Dimolitsa (eds), *Dossiers of the ICC Institute of World Business Law*, vol 10 (Kluwer Law International 2013). 153-154; Christopher P Bogart, ‘Arbitration Academics Are Living in the Dark Ages’ (*Financial Times*, 19 November 2017) <<https://amp.ft.com/content/926355dec941-11e7-ab18-7a9fb7d6163e>> accessed 20 December 2019.; James Delaney, ‘Mistakes to Avoid When Approaching Third-Party Funders’, *Global Arbitration Review*, vol 9 (2014) <<https://globalarbitrationreview.com/article/1033321/mistakes-to-avoid-when-approaching-third-party-funders>>. 9.

140 ‘ICCA Reports No. 4: Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration’ (2018) 4 ICCA Reports Series 1-50.

141 *ibid.* 25-27.

142 *ibid.* 18.

143 It is suggested that third-party funders are better capable of dealing with the risk of costs of arbitration given the “diversity” of claims in their portfolio. Khushboo Hashu Shahdarpuri, ‘Third-Party Funding in International Arbitration: Regulating the Treacherous Trajectory’ (2016) 12 *Asian International Arbitration Journal* 77 82-83.

144 Jonas Von Goeler, ‘Third-Party Funding in International Arbitration and Its Impact on Procedure’ (2016) 35 *International Arbitration Law Library*. 333; Thibault De Boule, ‘Third-Party Funding in International Commercial Arbitration’ 25.

145 ‘ICCA Reports No. 4: Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration’ (n 140) 239-240.

The decision of funding a case is no different than any other investment decision for an investor who might end up with losing the capital invested or receive multiplied recovery as a win. To minimize such risk, third-party funders conduct a sophisticated and rigorous analysis before reaching to an investment decision. They look into the details of a case to determine whether the claims contained therein are meritorious and therefore the case is promising.<sup>146</sup> There are several other reasons that shape funder's decision on funding a claim or not such as potential jurisdictional challenges, creditworthiness of the potentially funded party and counterparty, type of agreement made with the counsel if exists (whether there exists a scheme of contingency fee that would have impact on the amount of initial investment made by funder) etc.<sup>147</sup> All these criteria stand for measuring the risk of investment for the third-party funder.

It is reported by leading third party funders in the market that requests for TPF are turned down in almost nine out of ten cases.<sup>148</sup> Apart from the criteria given above, the most common reason for a third-party funder to decline a request is not about how strong the merits of a case that is sought to be funded. The quantum aspect of a claim is a very significant in terms of obtaining TPF. The question is whether "realistic" quantum of claims that are expected to be recovered out of arbitration would make it feasible for the funder to invest in funding those claims.<sup>149</sup> From the perspective of economics of investment, no third-party funder would be interested in funding a claim that is likely to fail justifying the money to be spent for investment.<sup>150</sup> Third-party funders usually set an eligibility threshold for funding claims which are required to exceed \$10m<sup>151</sup>. There exists no fixed ratio in practice, however funders expect a ratio of more than 10% between the amount of investment and realistic expectation of return out of adjudication of claims to consider funding a claim economically viable.<sup>152</sup> Therefore it is usually the case that investment for funding an international dispute usually requires millions of dollars and the funder expects to recover multiplied amount of what has been invested for funding those disputes.<sup>153</sup>

146 It is also suggested that cases funded by third parties are less likely based on vexatious or frivolous claims as they go through a detailed analysis by funders beforehand. Boule (n 144) 36.

147 Cremades (n 139) 154.

148 Cento Veljanovski, 'Third Party Litigation Funding in Europe' (2012) 8 *Journal of Law, Economics and Policy*. 420; Kühner (n 31) 813.

149 'ICCA Reports No. 4: Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration' (n 140) 25.

150 Von Goeler (n 144) 83.

151 'Bentham IMF' <<https://www.benthamimf.com/what-we-do/arbitration-funding/international-arbitration-funding>> accessed 1 December 2019; 'Harbour Litigation Funding' <<https://www.harbourlitigationfunding.com/how-we-work/our-criteria/>> accessed 30 August 2017.; cf. Woodsford Litigation Funding requires a claim to exceed \$4m: 'Woodsford Litigation Funding' <<http://woodsfordlitigationfunding.com/arbitration-funding/is-your-case-right-for-arbitration-funding...>> accessed 20 November 2019.; cf. Foris Litigation Funding sets a minimum threshold of €100,000: 'Foris Litigation Funding' <[https://www.foris.com/en/litigation-funding/?gclid=CjwKCAiA5o3vBRBUEiwa9PVzaoGO9sLqGQt7niPITxnj4UZ\\_FMhVa3U71rYgK-AtSh3wJv6bbxjreBoC-nUQAvD\\_BwE](https://www.foris.com/en/litigation-funding/?gclid=CjwKCAiA5o3vBRBUEiwa9PVzaoGO9sLqGQt7niPITxnj4UZ_FMhVa3U71rYgK-AtSh3wJv6bbxjreBoC-nUQAvD_BwE)> accessed 30 November 2019.

152 'ICCA Reports No. 4: Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration' (n 140) 25-26; 'Woodsford Litigation Funding' (n 151)

153 'ICCA Reports No. 4: Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration' (n 140) 26.

There exists no empirical data on whether impecunious or solvent parties benefit the most from TPF. However, it can be argued or at least can be inferred from the reports issued by third party funders and other publications that the target of third-party funders has shifted to financially sounding companies.<sup>154</sup> There are several reasons why third-party funders target solvent and big-sized companies.<sup>155</sup> The respondents of a survey conducted by one of the funding companies were the CFO's of companies with over USD 10b annual turnover. According to the survey, 73.3% of the participant reported that their companies choose to forgo claims only because of high costs.<sup>156</sup> Majority of participants also point out that financial recession in economy effects allocated budgets of their company for legal costs.<sup>157</sup> Moreover, unpredictability of cost and length of proceedings is another challenge that discourages companies to pursue claims irrespective of their financial capability.<sup>158</sup> From the solvent company's perspective, use of TPF is advantageous as it provides the opportunity to "hedge risk exposure" and allocate resources to other business operations<sup>159</sup> which would otherwise be spent on costs of arbitration.<sup>160</sup>

The right to access to justice is not a phenomenon specific to claimants. Even in the event that a claimant substitute for respondent's share of advance on costs, a respondent requires funds to cover, at least its own representation costs to be able to make effective defense to claims submitted against it. Exceptionally, funding a respondent might be feasible if assets of respondent is sufficient to cover expectations of a funder.<sup>161</sup> However, that would be very unlikely for a respondent in financial strain. Considering that TPF is not a legal aid mechanism but an investment instrument targeting for remuneration out of the capital invested, it is very unusual for respondents to obtain third party funding.<sup>162</sup> Therefore, it is argued that there exists claimant bias in TPF which postulates a tendency on third-party funder's side to favor funding applications from claimants is argued to be another barrier to access to justice.

As explained above, pursuing a claim valued several millions of dollars might not be sufficient to entice many third-party funders even if the claim seeking to be funded is meritorious. Although it is argued that value of disputes in international

154 *ibid.* 237-240; '2019 Managing Legal Risk Report: A Survey of CFOs and Finance Professionals' (n 139) 36-38.

155 Christopher P Bogart, 'Third-Party Financing of International Arbitration' (2017) 2017 *Belgian Review of Arbitration* 315.

156 '2019 Managing Legal Risk Report: A Survey of CFOs and Finance Professionals' (n 139) 10; cf. 'ICCA Reports No. 4: Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration' (n 140) 239-240.

157 '2019 Managing Legal Risk Report: A Survey of CFOs and Finance Professionals' (n 139) 18-19.

158 *ibid.* 21; See also David S Abrams and Daniel L Chen, 'A Market for Justice: A First Empirical Look at Third Party Litigation Funding' (2013) 15 *University of Pennsylvania Journal of Business Law* 1074. 1-77.

159 Von Goeler (n 144) 82.

160 Bogart (n 155) 318; '2019 Managing Legal Risk Report: A Survey of CFOs and Finance Professionals' (n 139) 33; 'ICCA Reports No. 4: Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration' (n 140) 239-240.

161 Von Goeler (n 144) 84.

162 'ICCA Reports No. 4: Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration' (n 140) 23-24.

commercial arena should exceed the thresholds sought by funders for most of the cases,<sup>163</sup> recovery of an amount not sufficient to attract funders might still be vital for many small or mid-sized companies in financial strain for which TPF would not be a helpful instrument enabling access to justice. Rather than viewing TPF as a mechanism primarily achieving a policy objective to promote access to justice, it can be argued that the main drive of third-party funders is to maximize profit generated through funding. Nevertheless, TPF provides an opportunity to level the playing field<sup>164</sup> and bring a claim that could not otherwise be adjudicated before a court or tribunal due to lack of funds as long as a funder is satisfied from economic perspective. Impecunious parties might seek to obtain TPF because forgoing a certain portion of the claim to the benefit of third-party funder might be better than not pursuing a claim at all.<sup>165</sup> This should not mean that parties should surrender to all conditions imposed by funders which could take away substantial benefit of adjudicating claims at all.<sup>166</sup> Increasing growth in TPF and user's familiarity with the concept will bring more competition to the funder's market<sup>167</sup> which might increase access to this instrument by impecunious parties.

### 1. Bank-Related and Insurance-Related Instruments

There are several other options other than third-party funding that may help parties to cover arbitration costs such as bank-related instruments. Parties may obtain bank loans or guarantees to cover the costs of arbitration, which however requires availability of assets in return to cover for loans/guarantees provided by banks. Therefore, it is argued that bank-related instruments fail to address the issue of impecuniosity because it is only available for parties that are in good financial standing when contracted with the banks.<sup>168</sup>

Alternatively, insurance-related instruments might be available to parties which are provided in two forms: before-the-event ("BTE") or after-the-event ("ATE") insurance. BTE insurance stands for covering the risk of costs of a future dispute for that premiums are collected in advance. On the other hand, ATE insurance can be obtained after the occurrence of a dispute for which time of payment of premiums can be agreed to be made after recovery of payment out of an award or settlement.

163 Von Goeler (n 144) 84.

164 Caroline Dos Santos, 'Third-Party Funding in International Commercial Arbitration: A Wolf in Sheep's Clothing?' (2017) 35 *Association Suisse de l'Arbitrage* 918-936.

165 Lord Justice Jackson, 'Review of Civil Litigation Costs: Final Report' <<http://associationoflitigationfunders.com/wp-content/uploads/2014/02/Jacksonfinalreport140110.pdf>> accessed 20 November 2019. ch 11, 2.12; Lord David Neuberger, 'Maintenance and Champerty to Litigation Funding - Harbour Litigation Funding First Annual Lecture Gray's Inn'. 57.

166 It is reported that King & Spalding represented the claimant in ICSID Case Siag and Vecchi v. Egypt case on contingency fee basis which resulted in King & Spalding's entitlement of 80% of the share of proceeds. See Von Goeler (n 144) 129.

167 'ICCA Reports No. 4: Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration' (n 140) 25.

168 Stefan Kröll, 'Bank-Related Instruments to Secure the Right to Arbitration despite the Impecuniousness of a Party', *Financial Capacity of the Parties: A Condition for the Validity of Arbitration Agreements?* (Peter Lang 2004) 151-164.

In that sense, ATE insurance is very similarly structured with third-party funding. However, insurance instruments may not finance on “day-to-day” basis but instead pay the insured party any loss due to costs as an indemnity at the end of the dispute. In the face of this disadvantage, however, insurance premiums might cost less than the amount that will be out-of-pocket to the benefit of a third-party funder.<sup>169</sup>

## 2. Alternative Suggestions by Scholars

As an attempt to bring a solution to the issue of party impecuniosity in arbitration, it is argued that arbitral institutions may establish their own funds for impecunious parties fed by monetary contributions from parties in other arbitration cases.<sup>170</sup> However, it seems to be unrealistic because it is questionable whether any private party may ever would like to contribute funding another party’s case without any expectation in return. In addition, this proposition comes along with increase of existing fees of arbitral institutions which would not be welcomed at all by users of arbitration. It is also questionable whether arbitration, especially voluntary arbitration in a commercial context, would require any form of a legal aid mechanism with public policy considerations.<sup>171</sup> Alternatively, it is also argued that arbitrators might work on pro bono basis depending on how frequently they are nominated for cases.<sup>172</sup> This proposition seems unlikely to succeed as it would not be favored by arbitrators.

## IV. Analysis and Conclusion

The relationship between impecuniosity and validity of arbitration agreement is a sensitive issue which should be dealt with caution to the greatest extent possible as it might take away the benefit of arbitration from the solvent party.<sup>173</sup> Neither ex-lege termination of the arbitration agreement before courts nor unilateral termination by parties due to impecuniosity should be welcomed especially in international arbitration. It should be noted that both options undermine kompetenz-kompetenz principle and enforceability of arbitration agreement. Again, both options deprive the solvent party of benefitting out of its bargain.<sup>174</sup> Although unilateral termination gives the opportunity to the solvent party to substitute for insolvent party, arbitration agreement is again facing the threat of being set aside if the solvent party is unable or unwilling to pay the other party’s share of costs. In this constellation, solvent party’s inability/unwillingness to substitute for the other party is sanctioned by termination of arbitration agreement as

---

169 ‘ICCA Reports No. 4: Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration’ (n 140) 33-35.

170 Pinna (n 75) 479-485.

171 Kudrna (n 58) 162-163.

172 Dupeyron and Poloni (n 74) 904, 908, 912.

173 Wagner (n 2) 214.

174 Moyano (n 2) 652.



if solvent party's non-action manifests its will to abandon the arbitration agreement. However, it should be noted that solvent party has no obligation to substitute for the other party. Therefore, solvent party's non-action to substitute for the insolvent party should not lead to termination of arbitration agreement.

There exists a longstanding legal tradition that lack of money cannot be relied on to be excused from performing an agreement.<sup>175</sup> This principle can also be applied to arbitration agreement even though arbitration agreement contains jurisdictional aspects intertwined with the right to access to justice.<sup>176</sup> In addition, lack of certainty in determination of impecuniosity might lead to deliberately created or false impecuniosity just to escape from arbitration.<sup>177</sup> Strategic maneuvers of impecunious parties to escape from arbitration can only be eliminated by setting a high threshold accompanied with heavy burden of proof in relation to challenge of arbitration agreement on impecuniosity ground.<sup>178</sup>

Releasing an impecunious party from its commitment to arbitrate might be less problematic where parties are of the same nationality. However, adopting the same level of threshold applied for setting aside an arbitration agreement in international context might motivate impecunious party to abuse its financial status or even create impecuniosity which might lead to unfair consequences requiring solvent party to appear before a supposedly disadvantageous (or even non-neutral) forum instead of arbitration (a neutral forum) to the detriment of its counterparty.<sup>179</sup> Therefore, the threshold for disregarding an arbitration agreement in relation to international arbitration should be higher. Any policy otherwise would conflict with the purpose of parties' agreement to adjudicate disputes before a neutral forum through arbitration in the first place.<sup>180</sup> In that respect, the approach adopted by French and English courts on the issue of impecuniosity is more suitable to the characteristics of international commercial arbitration<sup>181</sup> than the standard adopted in Germany.

It should be highlighted that allegations of impecuniosity should be dealt with tribunals in the first place rather than state courts,<sup>182</sup> which would also be compliant with kompetenz-kompetenz principle. This may allow solvent party to substitute advance payment for impecunious party. If no substitution takes place and proceedings are terminated due to non-payment of advance on costs, then insolvent party will

175 Sachs (n 15) 102.

176 *ibid* 102.

177 *ibid* 102.

178 March-Oliver Heidkamp and Jens Wenzel, 'The Discussion', *Financial Capacity of the Parties: A Condition for the Validity of Arbitration Agreements?* (Peter Lang 2004). 176; Moyano (n 2) 651-652.

179 Wagner (n 2) 213-215; Kröll, *The 'Incapable of Being Performed' Exception in Article II (3) of the New York Convention* (n 2) 349; Berg and Jan (n 13) 159-160.

180 Živkovic (n 19) 42-43; Kühner (n 31) 816-817.

181 Berg and Jan (n 13) 159-160.

182 Kühner (n 31) 816-817; Moyano (n 2) 652; Redfern and Hunter (n 53) 343.

probably apply to state courts to adjudicate its claims. In response, solvent party will ask the court to decline jurisdiction based on the existence of an arbitration agreement and therefore the court has to give a decision on enforceability of that arbitration agreement. The court should approach to this analysis with utmost care, especially in relation to disputes in international context to ensure the balance of interests of each party equally.

First, the courts should give account of bad faith attempts to obstruct arbitral proceedings and artificially created impecuniosity to avoid arbitration in its review with respect to performability of arbitration agreement. Therefore, the courts should not “reward” such actions or behavior of a party who failed to pay its share of costs by setting aside arbitration agreements.

Second, the courts should be mindful of how challenging party has become indigent during the performance of the underlying contract. Even if the challenging party successfully fulfills the high burden of proof and establishes the fact that its financial incapability does not allow it to access to arbitration, mere proof of financial incapacity of such party should not be sufficient to set aside an arbitration agreement as explained above. At that point, the court should only allow continuation of court proceedings if the challenging party submits convincing evidence that the counterparty’s actions or behaviors have caused or largely contributed to its financial incapacity. Such a circumstance may justify to “temporarily”<sup>183</sup> disregard an arbitration agreement. The standard of proof for the challenging party to establish such link should be high, at least higher than prima facie standard during the review of enforceability of an arbitration agreement.

Lastly, the courts should also consider availability of legal aid for the challenging party.<sup>184</sup> However, there would be no straightforward answer to this question as state court proceedings might cost far less than costs of arbitration depending on the jurisdiction.<sup>185</sup> In addition, availability of legal aid for one party may still not justify setting aside an arbitration agreement in international context if the other party is also insolvent and not covered for its costs of litigation.<sup>186</sup>

Impecunious parties should also try to use instruments such as TPF to finance their claims/defenses. Increased availability of TPF instrument, existence of a competitive TPF market and effective use of TPF (not only for solvent companies but also for impecunious parties) might even contribute to resolve the problem by promoting access

---

183 Kröll, ‘Part IV: Selected Areas and Issues of Arbitration in Germany, Insolvency and Arbitration – Effects of Party Insolvency on Arbitral Proceedings in Germany’ (n 19) 995.

184 Živkovic (n 19) 42. In the absence of legal aid, state court proceedings might not cost less than arbitration. See also Moyano (n 2) 651-652.

185 Wagner (n 2) 214.

186 *ibid.* 214. It should be also noted that companies are excluded from legal aid in most of the jurisdictions. See Moyano (n 2) 651-652.

to arbitration in the future. However, even if the chances of success to obtain or benefit from external financing instruments might be difficult or even impossible at all for the time being, impecunious party may submit documents (e.g. a letter from a funder that declines its funding request) to the court to prove that it (at least) attempted to have its claims financed and applied for external financing instruments in good-faith.<sup>187</sup>

---

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.

**Conflict of Interest:** The author has no conflict of interest to declare.

**Grant Support:** The author declared that this study has received no financial support.

**Hakem Değerlendirmesi:** Dış bağımsız.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

**Finansal Destek:** Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

---

### Bibliography/Bibliyografya

- ‘2019 Managing Legal Risk Report: A Survey of CFOs and Finance Professionals’ <<https://burfordcapital.com/media/1266/managing-legal-risk-report-2019.pdf>> accessed 10 November 2019
- Abrams DS and Chen DL, ‘A Market for Justice: A First Empirical Look at Third Party Litigation Funding’ (2013) 15 University of Pennsylvania Journal of Business Law 1074
- Altenkirch M and Frohloff J, ‘The Advance on Costs in Investment Arbitration’ 33 ICSID Review - Foreign Investment Law Journal 723
- Alvarez HC, ‘Industrial Service & Machine Inc. Operating as McClean Anderson a Division of Industrial Service & Machine Inc. v. Resin Systems Inc. Operating as RS Technologies a Division of Resin Systems Inc., Alberta Court of Appeal, 0701-0343-AC, 10 March 2008’ Kluwer Law International
- Arroyo M, ‘Chapter 17, Part II: Commentary on the ICC Rules, Article 37 [Advance to Cover the Costs of the Arbitration]’ in Manuel Arroyo (ed), *Arbitration in Switzerland: The Practitioner’s Guide (Second Edition)* (2nd edn, Kluwer Law International 2018)
- Balkar Bozkurt S, ‘Milletlerarası Tahkimde Yargılama Masraflarının Hak Arama Özgürlüğüne Etkisi ve Sonuçları’ (2015) 10 Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 121
- Barysheva N and Chessa V, ‘Société Projet Garoubé Pilot c. International Chamber of Commerce, Court of Cassation of France, First Civil Law Chamber, Judgment No. 1289 FS-P + B, Appeal No. M 16-22 131, 13 December 2017’ Kluwer Law International
- Barysheva N and Chessa V, ‘Chambre de Commerce Internationale v. SARL Projet Pilote Garoubé, Court of Appeal of Paris, No. 15/23553, 24 May 2016’ (2016) 2016 Revue de L’Arbitrage 649
- Beale HG (ed), *Chitty on Contracts* (31st edn, Sweet & Maxwell 2015)
- Beechey J, ‘Amr Amin Hamza El Nasharty v. J Sainsbury Plc, High Court of Justice, Queen’s Bench Division (Commercial Court), 2007 Folio 920, 13 November 2007’ Kluwer Law International
- Bensaude D, ‘Conséquence Du Non-Paiement de Provisions Séparées En Arbitrage CCI’ (2013) Gazette du Chronique de la jurisprudence de droit de l’arbitrage

---

187 Mauricio Pestilla Fabbri, ‘Inapplicability of the Arbitration Agreement Due to the Impecuniosity of the Party’ (2018) 15 Revista Brasileira de Arbitragem 67, 87-88.

- ‘Bentham IMF’ <<https://www.benthamimf.com/what-we-do/arbitration-funding/international-arbitration-funding>> accessed 1 December 2019
- Berg V den and Jan A, ‘The New York Arbitration Convention of 1958, Towards a Uniform Judicial Interpretation’ [1981] Kluwer Law International
- Bernhard Berger and Kellerhals F, *International and Domestic Arbitration in Switzerland* (2nd edn, Bern: Stämpfli 2010)
- ‘BGB’s (German Civil Code) Translation’ <[https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_bgb/englisch\\_bgb.html#p1150](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p1150)> accessed 18 November 2019
- Bogart CP, ‘Third-Party Financing of International Arbitration’ (2017) 2017 Belgian Review of Arbitration 315
- Bogart CP, ‘Arbitration Academics Are Living in the Dark Ages’ (*Financial Times*, 19 November 2017) <<https://amp.ft.com/content/926355de-c941-11e7-ab18-7a9fb7d6163e>> accessed 20 December 2019
- Born GB, *International Commercial Arbitration* (2nd edn, Wolters Kluwer 2014)
- Boucobza X and Serinet Y-M, ‘Les Principes Du Procès Equitable Dans L’Arbitrage International’ [2012] Les Principes du Procès Equitable Dans L’Arbitrage International
- Boulle T De, ‘Third-Party Funding in International Commercial Arbitration’
- Bühler M and Webster TH, *Handbook of ICC Arbitration: Commentary, Precedents, Materials* (2nd edn, Sweet & Maxwell 2008)
- Cederic DM and Veryser D, ‘Failing to Pay the Advance on Costs and the Risk of Inoperability of the Arbitration Clause – Remedy?’ (*Kluwer Arbitration Blog*) <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2014/07/31/failing-to-pay-the-advance-on-costs-and-the-risk-of-inoperability-of-the-arbitration-clause-remedy/>> accessed 6 December 2019
- Chessa V and Barysheva N, ‘Impecuniosity and Denial of Justice: Walking On Eggshells’ (*Kluwer Arbitration Blog*) <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/11/15/impecuniosity-and-denial-of-justice-walking-on-eggshells/>> accessed 24 October 2019
- Chevalier P, ‘L’Affaire Pirelli Resituée Dans Son Contexte’, Note Tirée Des Propos d’Audience Par Charles Kaplan’ [2013] Les Cahiers de L’Arbitrage
- Clay T, ‘Droit de l’arbitrage et Des Modes Alternatifs de Règlement Des Litiges’
- Cohen D, ‘Non-Paiement de La Provision d’arbitrage, Droit d’Accès à La Justice et Egalité Des Parties Avancée Ou Menace Pour L’Arbitrage?’ [2012] Les Cahiers de l’arbitrage
- Cremades A-C and Mazuranc A, ‘Chapter 9: Costs in Arbitration’ in Elliott Geisinger and Nathalie Voser (eds), *International Arbitration in Switzerland: A Handbook for Practitioners (Second Edition)* (2nd edn, Kluwer Law International 2013)
- Cremades BSP, ‘Third-Party Funding in International Arbitration (ICC Dossier)’ in Bernardo Sanz Pastor Cremades and Antonias Dimolitsa (eds), *Dossiers of the ICC Institute of World Business Law*, vol 10 (Kluwer Law International 2013)
- Delaney J, ‘Mistakes to Avoid When Approaching Third-Party Funders’, *Global Arbitration Review*, vol 9 (2014) <<https://globalarbitrationreview.com/article/1033321/mistakes-to-avoid-when-approaching-third-party-funders>>
- Derains B, ‘Pirelli & Co. v. Licensing Projects and Other, Court of Cassation of France, First Civil Law Chamber, Pourvoi No. 11-27.770 Case Date 28 March 2013’ Kluwer Law International

- Donovan DF, 'John Bruce Bradford v. Rockwell Semiconductor Systems, Inc, U.S. Court of Appeals, Fourth Circuit, 238 F.3d 549, 22 November 2001' Kluwer Law International
- Dos Santos C, 'Third-Party Funding in International Commercial Arbitration: A Wolf in Sheep's Clothing?' (2017) 35 Association Suisse de l'Arbitrage 918
- Dupeyron C and Poloni F, *Procédure de Liquidation d'une Partie, Arbitrage et Droit d'accès à La Justice: L'impossible Équation?*, vol 30 (Kluwer Law International 2012)
- Dupeyron C and Poloni F, *Procédure de Liquidation d'une Partie, Arbitrage et Droit d'accès à La Justice: Vers Une Réconciliation?*, vol 31 (Kluwer Law International 2013)
- Elofsson N, 'Immediate Reimbursement of Substituted Advance on Costs in International Commercial Arbitration' (2017) 33 Arbitration International 415
- Fabbri MP, 'Inapplicability of the Arbitration Agreement Due to the Impecuniosity of the Party' (2018) 15 Revista Brasileira de Arbitragem 67
- Fasching HW, 'Kostenvorschüsse Zur Einleitung Schiedsgerichtlicher Verfahren' [1993] JBI
- Fletcher NHM, 'BDMS Ltd v. Rafael Advanced Defence Systems, High Court of England and Wales, Queen's Bench Division, Commercial Court, 2012-192, Case Date 26 February 2014' Kluwer Law International
- Fontmichel M De, 'Le Financement de L'Arbitrage Par Une Partie Insolvable' [2013] L'Argent Dans L'Arbitrage
- 'Foris Litigation Funding' <[https://www.foris.com/en/litigation-funding/?gclid=CjwKCAiA5o3vBRBUeIwA9PVzaoGO9sLqGQt7niPITxnj4UZ\\_FMhVa3U71rYGK-AtSh3wJv6bbxjreBoC-nUQAvD\\_BwE](https://www.foris.com/en/litigation-funding/?gclid=CjwKCAiA5o3vBRBUeIwA9PVzaoGO9sLqGQt7niPITxnj4UZ_FMhVa3U71rYGK-AtSh3wJv6bbxjreBoC-nUQAvD_BwE)> accessed 30 November 2019
- Fouchard P, 'Les Institutions Permanentes d'Arbitrage Devant Le Juge Etatique (à Propos d'une Jurisprudence Récente)' [1987] Revue de L'Arbitrage
- Fouchard P, Gaillard E and Goldman B, 'Traité de l'arbitrage Commercial International' [1996] Litec
- Gaillard E, 'Impecuniosity of Parties and Its Effects on Arbitration: A French View', *Financial Capacity of the Parties: A Condition for the Validity of Arbitration Agreements?* (Peter Lang 2004)
- Granier T, 'Unilateral Termination of an Arbitration Agreement by a Party After the Arbitration Has Commenced' (2015) 12 Revista Brasileira de Arbitragem 108
- 'Harbour Litigation Funding' <<https://www.harbourlitigationfunding.com/how-we-work/our-criteria/>> accessed 30 August 2017
- Heidkamp M-O and Wenzel J, 'The Discussion', *Financial Capacity of the Parties: A Condition for the Validity of Arbitration Agreements?* (Peter Lang 2004)
- Henry M, *Le Devoir d'indépendance de L'Arbitre* (LGDH 2001)
- Hunter R, 'Impecuniosity of Parties and Its Effects on Arbitration – An English Perspective', *Financial Capacity of the Parties: A Condition for the Validity of Arbitration Agreements?* (Peter Lang 2004)
- 'ICCA Reports No. 4: Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration' (2018) 4 ICCA Reports Series 1
- Imhoos C, Schäfer E and Verbist H, *ICC Arbitration in Practice* (2nd edn, Wolters Kluwer, Stämpfli Verlag 2016)
- Jackson LJ, 'Review of Civil Litigation Costs: Final Report' <<http://associationoflitigationfunders.com/wp-content/uploads/2014/02/Jacksonfinalreport140110.pdf>> accessed 20 November 2019

- Jarrosson C, 'L'Arbitrage et La Convention Europeenne Des Droits de L'Homme' [1989] *Revue de L'Arbitrage*
- Júdice JM, 'Wall Street Institute de Portugal - Centro de Inglês S.A., WSI - Consultadoria Marketing and Others v. Centro de Inglês Santa Bárbara, Lda., Portuguese Constitutional Court, 311/2008, 30 May 2008' *Kluwer Law International*
- Júdice JM and De Macedo JS, 'Right to Plead Case versus Enforcement of Arbitration Agreement' (*International Law Office*) <[https://www.josemigueljudice-arbitration.com/xms/files/03\\_ARTIGOS\\_CONFERENCIAS\\_JMJ/04\\_ILO/Right\\_to\\_Plead\\_Case\\_versus\\_Enforcement\\_of\\_Arbitration\\_Agreement\\_Fevereiro\\_2009.pdf](https://www.josemigueljudice-arbitration.com/xms/files/03_ARTIGOS_CONFERENCIAS_JMJ/04_ILO/Right_to_Plead_Case_versus_Enforcement_of_Arbitration_Agreement_Fevereiro_2009.pdf)> accessed 11 November 2019
- Kaplan C, 'L'affaire Pirelli Restituée Dans Son Contexte: Propos d'audience de M. l'Avocat Général Pierre Chevalier' [2013] *Paris Journal of International Arbitration*
- King B, 'No Money, No Arbitration? The United States Perspective on Impecuniousness and Arbitration Agreements', *Financial Capacity of the Parties: A Condition for the Validity of Arbitration Agreements?* (Peter Lang 2004)
- Kröll S, 'Bank-Related Instruments to Secure the Right to Arbitration despite the Impecuniousness of a Party', *Financial Capacity of the Parties: A Condition for the Validity of Arbitration Agreements?* (Peter Lang 2004)
- Kröll S, *The 'Incapable of Being Performed' Exception in Article II (3) of the New York Convention* (Emmanuel Gaillard and D Di Pietro eds, Cameron May Ltd 2008)
- Kröll S, 'Part IV: Selected Areas and Issues of Arbitration in Germany, Insolvency and Arbitration – Effects of Party Insolvency on Arbitral Proceedings in Germany' in Patricia Nacimiento and Stefan Michael Kroll (eds), *Arbitration in Germany: The Model Law in Practice (Second Edition)* (Kluwer Law International 2015)
- Kudrna J, 'Arbitration and Right of Access to Justice: Tips for a Successful Marriage' [2013] *NYU Journal of International Law and Politics Online Forum* 1
- Kühner D, 'The Impact of Party Impecuniosity on Arbitration Agreements: The Example of France and Germany' (2014) 31 *Journal of International Arbitration* 807
- László AD, 'Restrictive Tendencies in Hungarian Arbitration Law – Arbitration Agreements Are Not Enforceable Against Companies under Involuntary Liquidation' (*Kluwer Arbitration Blog*) <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2015/05/04/restrictive-tendencies-in-hungarian-arbitration-law-arbitration-agreements-are-not-enforceable-against-companies-under-involuntary-liquidation/>> accessed 26 November 2019
- Lee JB and Levy D de A (eds), 'Sean Tillman, Plaintiff, v. Renee Tillman, Aka Renee Chicino, Rheingold, Valet, Rheingold, Shkolnik & McCartney, United States Court of Appeals, Ninth Circuit, Case No. 1356624, 15 June 2016' (2017) 14 *Revista Brasileira de Arbitragem* 100
- Lee JB and Levy D de A (eds), *Société Aéronautique et Technologies Embarqués (ATE) v. Companies Airbus Helicopters and Airbus Helicopters Deutschland, Court of Cassation of France, First Civil Law Chamber; Case No. 15-19389, 13 July 2016*, vol 14 (Kluwer Law International 2017)
- Low J, Mistelis LA and Kröll S, *Comparative International Commercial Arbitration* (Wolters Kluwer 2003)
- Lindfors P, 'Arbitration In Finland – Characteristic Features Currently Under Discussion' [2003] *Nordic Journal of Commercial Law*
- Moyano JP, 'Impecuniosity and the Courts' Approach to the Validity of the Arbitration Agreement'

- (2017) 344 *Journal of International Arbitration* 631
- Nedden JH (ed), 'Praxiskommentar ICC-SchO / DIS-SchO: Praxiskommentar Zu Den Schiedsgerichtsordnungen' (Verlag Dr Otto Schmidt 2014)
- Neuberger LD, 'Maintenance and Champerty to Litigation Funding - Harbour Litigation Funding First Annual Lecture Gray's Inn'
- Niggemann F, 'Vermögenslose Parteien Und Schiedsgerichtsbarkeit – Nun Auch Vor Den Französischen Gerichten' *SchiedsVZ | German Arbitration Journal* 173
- Panov A, 'No Money: No Arbitration? Reflections on Recent Russian Cases' <<http://arbitrationblog.practicallaw.com/no-money-no-arbitration-reflections-on-recent-russian-cases/>> accessed 5 December 2019
- Pinna A, 'La Confirmation de La Jurisprudence Pirelli Par La Cour de Cassation et Les Difficultés Pratiques de Garantir Au Plaigneur Impécunieux L'Accès à La Justice Arbitrale' [2013] *Les Cahiers de L'Arbitrage*
- Polkinghorne M and Lehmkühl D, *Dealing with an Impecunious Opponent* (Committee D News)
- Pryles M, 'The Kaplan Lecture 2009 - When Is an Arbitration Agreement Waived?' (2010) 27 *Journal of International Arbitration* 105
- Redfern A and Hunter M, *Redfern and Hunter on International Arbitration (Sixth Edition)* (Oxford University Press 2015)
- Reiner A, 'Impecuniosity of Parties and Its Effects on Arbitration – From the Perspectives of Austrian Law', *Financial Capacity of the Parties: A Condition for the Validity of Arbitration Agreements?* (Peter Lang 2004)
- Riegler S, 'Schiedsverfahren Und Konkurs' (2004)
- Risse J, 'Undurchführbarkeit Der Schiedsvereinbarung Bei Mittellosigkeit Des Klägers' (2001) 11 *Betriebs-berater*
- Risse J and Pickrahn G (eds), 'Fürstlicher Oberster Gerichtshof, Liechtenstein – 04 CG.2007.225, Kündigung Der Schiedsvereinbarung Bei Mittellosigkeit Einer Partei, Supreme Court of Justice of Liechtenstein, 04 CG.2007.225, 7 August 2008' (2008) 6 *SchiedsVZ | German Arbitration Journal* 54
- Rohner T and Lazopoulos M, 'Respondent's Refusal to Pay Its Share of the Advance on Costs' (2011) 29 *Association Suisse de l'Arbitrage* 549
- 'S.A.R.L. LOLA FLEURS v. Société MONCEAU FLEURS, S.A.R.L. LA GENERALE DES VEGETAUX, Société GLOBAL EXPORT BV, Court of Appeal of Paris, N° 12/12953, 26 February 2013' 31 *Association Suisse de l'Arbitrage* 900
- Sachs K, 'International Arbitration and State Sovereignty' (2007) 4 *Revista Brasileira de Arbitragem* 98
- Sanders P (ed), 'UK No. 12, Haendler & Nattermann GmbH v. Mr. Janos Paczy, Court of Appeal, 3 December 1980' (1984) 9 *Yearbook Commercial Arbitration* 1984 445
- Sarıöz Büyükalp İ, 'Uluslararası Tahkimde "Tahkim Anlaşmasının Hükümsüz, Tesirsiz Veya İcrasının İmkansız Olması" Kavramları' (2014) 16 *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2015
- Savola M and Tamminen A-M, 'Helsingin Pizzapalvelu Oy (Franchisor) v. Leena Hinkkanen, Slice Away (Franchisee), Court of Appeal of Helsinki, Judgment No. 24 in Case S 16/838, 11 January 2017' *Kluwer Law International*

- Shahdadpuri KH, 'Third-Party Funding in International Arbitration: Regulating the Treacherous Trajectory' (2016) 12 Asian International Arbitration Journal 77
- 'Société M v T., Final Award, ICC Case No. 11670, 3 September 2003' (2004) 22 Association Suisse de l'Arbitrage 333
- 'Société TRH Graphics v. Société Offset Aubin, Cour de Cassation (1Chambre Civile), 19 November 1991' (1992) 1992 Revue de L'Arbitrage 462
- 'The Guidelines on Legal Aid before the Court of Arbitration for Sport (in Force as from 1 September 2013; Amended on 1 January 2019)' <[https://www.tas-cas.org/fileadmin/user\\_upload/Legal\\_Aid\\_Guidelines\\_2019\\_\\_en\\_.pdf](https://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/Legal_Aid_Guidelines_2019__en_.pdf)> accessed 1 December 2019
- Train F-X, 'Impécuniosité et Accès à La Justice Dans l'arbitrage International (à Propos de l'arrêt de La Cour d'appel de Paris Du 17 Novembre 2011 Dans l'affaire LP c/ Pirelli)' [2012] Revue de L'Arbitrage 267
- 'Tribunal de Commerce de Paris, 17 Mai 2011, (No. 2011003447)'
- Trigo AC and Gouveia MF, 'Liability of Arbitral Institutions: A Case Law Overview' (2018) 15 Revista Brasileira de Arbitragem 59
- Van den Berg AJ (ed), *US No. 524, Mitsui & Co., Ltd. (Japan) v. Delta Brands, Inc. (US) and Others, United States District Court, Northern District of Texas, Dallas Division, Civil Action No. 3:04-CV-1070-L, 20 May 2005*, vol 30 (ICCA, Kluwer Law International 2005)
- Van den Berg AJ (ed), 'Portugal No. 1, A (Netherlands) v. B & Cia. Ltda., C and Others, Supremo Tribunal de Justiça [Supreme Court of Justice], 1647/02, 9 November 2003' (2007) 32 Yearbook Commercial Arbitration 474
- Van den Berg AJ (ed), *Uganda No. 1, Fulgensius Mungereza v. PricewaterhouseCoopers Africa Central, Supreme Court of Uganda, Civil Appeal No. 18 of 2002, 16 January 2004*, vol 35 (ICCA, Kluwer Law International 2010)
- Van den Berg AJ (ed), *US No. 680, Olena Bulgakova v. Carnival Corporation, United States District Court, Southern District of Florida, 22 June 2009 and 26 February 2010*, vol 35 (ICCA, Kluwer Law International 2010)
- Veljanovski C, 'Third Party Litigation Funding in Europe' (2012) 8 Journal of Law, Economics and Policy
- Von Goeler J, 'Third-Party Funding in International Arbitration and Its Impact on Procedure' (2016) 35 International Arbitration Law Library
- Wagner G, 'Impecunious Parties and Arbitration Agreements' (2003) 1 SchiedsVZ | German Arbitration Journal 206
- Wagner G, 'Poor Parties in German Forums: Placing Arbitration under the Sword of Damocles?', *Financial Capacity of the Parties: A Condition for the Validity of Arbitration Agreements?* (Peter Lang 2004)
- 'Woodsford Litigation Funding' <<http://woodsfordlitigationfunding.com/arbitration-funding/is-your-case-right-for-arbitration-funding...>> accessed 20 November 2019
- X. AS v. Bank Y, Bundesgericht, I. Zivilabteilung, 4P.64/2004, 2 June 2004*, vol 22 (Kluwer Law International 2004)
- Živkovic P, 'Impecunious Parties in Arbitration: An Overview of European National Courts' (2016) 23 Croatian Arbitration Yearbook
- BGH, 10031994 - III ZR 60/93*



BGH, 10041980 - III ZR 47/79

BGH, 14092000 - III ZR 33/00

BGH, 21111968 - VII ZR 77/66

BGH, 22021971 - VII ZR 110/69

BGH, 30011964 - VII ZR 5/63

*Brandifino v CryptoMetrics, Inc*, 896 NYS2d 623, 630 (NY SupCt, 2010)

*China Resource Prods (USA), Ltd v Fayda Int'l, Inc*, 747 FSupp 1101, 1107 (DDel1990)

*Cour d'Appel de Paris, 1ere Chambre Civile*, 29 June 2006, No: 04/22985

*Cour d'appel de Paris, Pôle 1 – Chambre 1, Arrêt du 17 Novembre 2011, Société LICENSING PROJECTS SL contre Société PIRELLI & C SPA et al, l'affaire a été débattue le 18 octobre 2011, en audience publique, le rapport entendu, devant la Cour composée de (2012) 30 Assoc Suisse l'Arbitrage 459*

*Cour de Cassation Civile, 1ere*, 1 February 2005, *Nioc v Etat d'Israel*, *Revue de L'Arbitrage*, 2005, 693 et seq

*Cour de Cassation Civile, 1ere*, 16 March 1999, *JDI*, 1999, 794

*Cubic Defense Systems vs ICC*, *Cour de Cassation Civile, 1ere*, 20 February 2001, *Bull Civ 2001*, no:39, pourvoi no: 99-12574

*Fakes v Taylor Woodrow Ltd [1973]* 1 QB 436 (CA 1972)

*Garcia v Mason Contract Prods, LLC*, 2010 WL 3259922 (SD Fla, 2010)

*Green Tree Financial Corp-Ala v Randolph*, 531 US 79 (2000)

*Higher Regional Court of Cologne (OLG Köln)*, 5 June 2013, (18 W 32/13)

*Higher Regional Court of Hamburg (OLG Hamburg)*, 15 November 1995, (RIW 1996, 510, 511)

*Higher Regional Court of Munich (OLG München)*, 29 February 2012, (34 SchH 6/11)

*Kammergericht Berlin's decision dated 13 August 2001* (2 W 8057/99)

*Moses H Cone Memorial Hospital v Mercury Construction Corp*, 460 US 1 (1983)

*Norgren, Inc v Ningbo Prance Long, Inc*, 2015 WL 5562183 (D Colo, 2015)

*OGH*, 4 September 1936, (SZ 18/151)

*Pre-Paid Legal Services, Inc v Cahill*, 786 F3d 1287, 1294 (10th Cir 2015)

*Sanderson Farms, Inc v Gatlin*, 848 So 2d 828 (Miss, 2003)

*Sink v Aden Enterprises, Inc*, 352 F3d 1197, 1201–1202 (9th Cir 2003)

*Stowell v Toll Bros*, 2007 WL 30316, 1 (ED Pa, 2007)

*Swiss Federal Tribunal*, 21 March 2011, (4A\_574/2010)

*Szegedi Ítéltábla, GfI30014/2012*

*The Finnish Supreme Court's Decision*, 3 April 2003, (KKO 2003:60)

*Trunk Flooring Ltd v HSBC Asset Finance (UK) Ltd and Costi Righi SPA [2015]* NICA 68





## Public and Private International Law Bulletin

ÇEVİRİ / TRANSLATION

Başvuru: 17.12.2019  
Revizyon Talebi: 24.01.2020  
Son Revizyon Teslimi: 30.01.2020  
Kabul: 05.03.2020  
Online Yayın: 24.03.2020

### TWAIL (Milletlerarası Hukuka Üçüncü Dünya Yaklaşımları) Nedir?

What is TWAIL?

Makau Mutua\*, Muhammed Beheşti Aydoğan\*\* , Muharrem Çelik\*\*\* 

Metnin orijinali için bkz. "American Society of International Law, Proceedings of the 94<sup>th</sup> Annual Meeting, pp. 31-38, 2000"  
<https://www.cambridge.org/core/journals/proceedings-of-the-asil-annual-meeting/article/what-is-twail/F6186DDA7E7CBFB50CC61A2D7836C5F0>

Çeviri için gerekli izinler alınmıştır.

Yazarın notu: Bu çalışma ben Harvard Hukuk Fakültesinde ziyaretçi profesör iken Milletlerarası Hukuka Üçüncü Dünya Yaklaşımları (TWAIL: Third World Approaches to International Law) üzerine 1999'da verdiğim bir dersten geliştirilmiştir. Bu çalışmayı Harvard Hukuk Fakültesinde Milletlerarası ve Mukayeseli Hukuk Araştırmalarıyla İlgili Dekan Yardımcısı, Doğu Asya Hukuk Araştırmaları Müdür Yardımcısı, Lisansüstü Programı Müdürü ve Latin Amerika Hukuku Hocası Frederick E. Synder'e adıyorum. Dekan Synder'in erken dönemdeki TWAIL ilgisi ve benim kendi entelektüel gelişimime olan desteği, milletlerarası hukukun tekrar düşünülmesi projesinde kültürler arası bir ittifak inşasının imkanlarına işaret etmektedir.

\* Makau Mutua (Prof.), State University of Newyork SUNY, Hukuk Fakültesi, New York, ABD

\*\* Sorumlu Yazar: Muhammed Beheşti Aydoğan (Av./Dr. Adayı), İstanbul Barosu, İstanbul, Türkiye / Warwick Üniversitesi, Coventry, Birleşik Krallık  
E-posta: muhammed-behesti.aydogan@warwick.ac.uk ORCID: 0000-0002-3111-8242

\*\*\* Muharrem Çelik (Av./Dr. Adayı), İstanbul Barosu/İstanbul Üniversitesi İstanbul Üniversitesi, İstanbul, Türkiye  
E-posta: muharrem.celik@outlook.com.tr ORCID: 0000-0003-0582-815X

Atf: Mutua M, *What Is Twail?* (çev. Muhammed Beheşti Aydoğan ve Muharrem Çelik) Twail (Milletlerarası Hukuka Üçüncü Dünya Yaklaşımları) Nedir? (American Society of International Law, Proceedings of the 94<sup>th</sup> Annual Meeting, pp. 31-38, 2000; Cambridge University Press 2000). (2020) 40(1) PPIL 613. <https://doi.org/10.26650/ppil.2020.40.1.0034>



Milletlerarası hukuk rejimi gayrimeşrudur.<sup>1</sup> Milletlerarası hukuk sistemi Üçüncü Dünya'nın Batı tarafından yağmalanması ve tebaalaştırılmasını meşrulaştıran, çoğaltan ve sürdürülebilir kılan saldırgan bir sistemdir.<sup>2</sup> Milletlerarası hukukun ne evrensellik ne de küresel düzen ve istikrar vaadi onu Üçüncü Dünya için küresel yöneti(şi)min âdil, insafı ve meşru bir yasaı haline getirmektedir.<sup>3</sup> Milletlerarası hukukunun inşası ve evrenselleştirilmesi, Avrupalı olmayan halk ve toplumları Avrupa'nın fetih ve tahakkümü altında tebaalaştıran emperyalist yayılmacılık için elzemdi.<sup>4</sup> Tarihi olarak Üçüncü Dünya, milletlerarası hukuku genellikle direniş ve kurtuluşun değil tahakküm altına alma ve tebaalaştırmanın bir rejimi ve dili olarak görmüştür. Burada, milletlerarası hukuka olan bu itirazın geniş diyalektiği Milletlerarası Hukuka Üçüncü Dünya Yaklaşımları (TWAIL) olarak tanımlanmış ve bu şekilde atıfta bulunulmuştur.

TWAIL son zamanlarda ortaya çıkan bir olgu değildir. Kökleri İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra dünyayı kasıp kavuran dekolonizasyon hareketine kadar gider. Kuzey-Güney çatışması büyük oranda Latin Amerika'nın Üçüncü Dünya'nın endüstrilemiş Batı tarafından tahakküm altına alınmasına muhalefetinden doğmuş olsa da, Bandung TWAIL'in sembolik doğum yeri olmuştur.<sup>5</sup> Bu çatışma, köklerini sömürgecilik karşıtı harekette bulur. TWAIL, Avrupa'nın Avrupalı olmayanları doğrudan sömürge olarak yönetiminin sona ermesinin ve dekolonizasyonun bir karşılığıdır. Basitçe ifade edersek, TWAIL bir duruma verilmiş cevabı betimler. Hem tepkisel hem de tetikleyicidir. Tepkisel oluşu milletlerarası hukukun emperyalist bir proje oluşuna cevap vermesindedir. Tetikleyici oluşu ise, Üçüncü Dünya'nın şartlarını içerden dönüştürmek istemesindedir.

TWAIL basit, birbiri ile ilişkili ve kasti üç hedef için çalışır. İlki, milletlerarası hukukun; Avrupalı olmayanları Avrupalıların tebaası haline getiren ırk temelli bir milletlerarası kural ve kurumlar hiyerarşisinin oluşturulması ve süreklileştirilmesinin bir aracı olarak kullanım şekillerini anlamak, yapı sökümüne tabi tutmak ve çözümlenektir. İkinci olarak, milletlerarası yöneti(şi)m için alternatif bir normatif hukuki külliyyat inşa edip takdim etmektir. Son olarak, TWAIL; literatür, politika ve

1 Birçoğu eleştirel hukuk literatürüyle kendini tanımlamakta veya ona sempati duymakta olan Batılı bazı akademisyenler; milletlerarası hukukun tarafsızlık, adillik, eşitliğinin ve dilinin yanlışlarını ortaya çıkarmıştır. Örnek olarak bkz. Martti Koskeniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument* (Finland Lawyer's Publishing Company 1989); David Kennedy, 'A New Stream of International Legal Scholarship' (1988) 7 *Wisconsin ILJ* 1; Nigel Purvis, 'Critical Legal Studies in Public International Law' (1991) 32 *Harvard ILJ* 81.

2 Milletlerarası hukuk rejiminin doğrudan bir saldırısı için bkz. Mohamed Bedjaoui, *Towards A New International Economic Order* (Holmes ve Meier, 1979).

3 Milletlerarası hukukun evrenselliliği tartışılmazdır. Küresel kontrol rejimi "tüm devletlere kendi hususi kültürlerine, inanç dünyalarına, siyasi örgütlenmelerine bakılmaksızın" zorla tatbik olunur. Bkz. Antony Anghie, 'Finding the Peripheries: Sovereignty and Colonialism in Nineteenth-Century International Law' (1999) 40 *Harvard ILJ* 1. Ancak milletlerarası hukukun evrenselliliğinin normatif değil coğrafi olması kayda değerlidir.

4 Antony Anghie, 'Francisco de Vitoria and the Colonial Origins of International Law' (1996) 5 *Social & Legal Studies* 321.

5 Bandung Konferansı, 1955'te Bandung'da (Endonezya) gerçekleşmiştir. Konferansla Üçüncü Dünya devletlerine has siyasi ve ekonomik sorunları dile getirecek bir Üçüncü Dünya devletleri ittifakı kurmak ve bu sorunları milletlerarası gündeme taşımak amaçlanıyordu. Bu konferans Afrika ve Asya'da ilk bağımsız olan devletleri bir araya getirmiş ve esasen küresel siyasete etki etmeye devam eden bir siyasi hareket başlatmıştır. Bkz. Robert Mortimer, *The Third World Coalition in International Politics* (2nd, Westview Press 1984).

siyaset aracılığıyla Üçüncü Dünya’da az gelişmişliğin şartlarını ortadan kaldırmak istemektedir.

TWAIL’in anlam ve amaçlarına dair bu inceleme; bazı uzmanların erken dönem Üçüncü Dünya sözcüleri ve siyasi liderlerinin Batı’nın emperyalist projelerine dair bir araç olarak kullandıkları literatür, siyasi hareket ve stratejilerin önemini küçümseme çabalarını –özellikle de postmodern<sup>6</sup> ve postkolonyal<sup>7</sup> güruhlarınkileri- reddetmektedir. Şüphesiz bu tarz literatürün çoğu, Batı’nın Üçüncü Dünya’ya uyguladığı ve uygulamakta olduğu zulümleri ortadan kaldırma mücadelesine ciddi katkılarda bulunmuştur. Daha önemlisi, bu nevezur uzmanlar Üçüncü Dünya bilginleri ve devletlerinin kendi ezilişlerine istemeden de olsa nasıl zaman zaman iştirak ettiklerini ortaya koymuşlar; kavram ve analizlerdeki eksiklik ve hatalara dikkat çekmişlerdir.

Erken dönem Üçüncü Dünya literatürünün özcülük karşıtı bir eleştirisi alternatif bir milletlerarası hukuk projesinin geliştirilmesi için hakikaten zaruridir, önemlidir ve memnuniyetle karşılanmalıdır.<sup>8</sup> Ancak Üçüncü Dünya bir realitedir. O sadece Batı’daki bazılarının dediği gibi Üçüncü Dünya bilginleri ve siyasi liderlerinin boş kafalarında değil, onun günlük gaddarlıkları ile yaşayan kişilerin hayatında mevcuttur. Dolayısıyla bugünün Üçüncü Dünya bilginleri ve siyasi aktörlerinin –Üçüncü Dünya’nın Avrupa hegemonyasına karşı meydan okumasının diğer temel taşları arasından- Bandung ve Grup 77’nin<sup>9</sup> omuzlarında durduklarını anlamak önemlidir. Bugün TWAIL’in görevi bu mücadeleyi devam ettirmek; direniş ve kurtuluşun reçetesinin bazen küçük, yerel ve acılı adımlarla oluşturulacak tarihi bir süreklilik olduğunu anlamaktır.

Üçüncü Dünya literatürü ve siyasetinde son elli yıl boyunca iki ana akımın olduğu görülebilir. Bir yandan, bazı Üçüncü Dünya devletleri ve entelektüelleri, Üçüncü Dünya’nın Batı karşısındaki tebaa statüsünü değiştirmek için düşmanca ortamlarda mücadele ettiler. Ben bu düşünür ve siyasi aktörleri *müsbet inşacılar* olarak isimlendiriyorum. Bazıları da milletlerarası hukukun ve Üçüncü Dünya’nın tümünden dönüşümünü isteyen radikal aktörlerdi. Bazıları ise radikal bir gözden geçirmeyi talep etme vizyon veya iradesinden yoksun mutedil reformculardı. Ancak ben *radikal ve reformist* bu iki akımın TWAIL’in karmaşıklığını ve çeşitliliğini izah eden *ilerlemeci* bir bütün teşkil ettiklerini iddia ediyorum. Her halükârda iki akım da resmi milletlerarası

6 Toplumsal şartların anlaşılmasındaki akışkanlığa vurgu yapan Postmodernizm; olguların çoğunun bağlamla alakalı, karmaşık ve –başka faktörlerin yanı sıra- tarihi, toplumsal ve kültürel faktörlerin etkileşimine bağlı olduğunu ifade etmektedir. Bu özcülük karşıtı bir felsefi inşadır. Bkz. Anthony E. Cook, ‘Reflections on Post-Modernism’ (1992) 26 New England LR 751 (1992).

7 *Post kolonyalizm ve post kolonyallik*, Batı üniversitelerinde Üçüncü Dünya’nın kaygılarını postmodernizmin genel çerçevesi içerisinde tekrar sahiplenmeye dair bir entelektüel eğilimi ifade etmektedir. Bkz. Arif Dirlik, ‘The Post-Colonial Aura: Third World Criticism in the Age of Global Capitalism’ (1994) 20 Critical Inquiry 328.

8 Üçüncü Dünya’nın post modernizme yönelik eleştirilerinin bir müzakeresi için bkz. Balakrishnan Rajagopal, ‘Locating the Third World in Cultural Geography’ (1998-1999) 1 Third World Legal Studies (postkolonyallik ve hukuk özel sayısı).

9 Grup 77; Üçüncü Dünya devletleri tarafından, haksız ve adaletsiz kabul ettikleri milletlerarası siyasi ve ekonomik düzenin sorunlarını ve bu sorunların çözümlerini dile getirmek için bir mecca olarak oluşturulmuştur. Burası, küresel ekonomik ve siyasi meseleler üzerindeki Batı hegemonyasına karşı çıkmak için önemli bir forum haline gelmiştir.

hukuka olan muhalefetlerinde birleşmektedir. Muhafaza edilmesi gereken onların mirasıdır. Öte yandan, iş birliği olmaması halinde tabiatı itibariyle karmaşık bir bütün olan tahakküm tamamlanamayacaktır. Ayrıca Üçüncü Dünya, işbirlikçi entelektüeller ve siyasi liderler ile doldurulmuştur. Ben bu hain sınıfı *minimalist asimilasyoncu* olarak tesmiye etmekteyim. Reddedilmesi gereken bunların mirasıdır.

Bu çalışmada, yükselen disiplin TWAIL'i tanımlamak ve sistemleştirmek istiyorum. TWAIL Hareketi'nin tarihi temellerini belirleyip hareketin temel felsefi ve siyasi ilgilerini tartışıyorum. Bu çalışmada geleneksel milletlerarası hukukun temel varsayım ve amaçları; bunların TWAIL'i nasıl zaruri bir proje haline getirdikleri incelenmektedir. Ayrıca Üçüncü Dünya devleti olmak ve bunun şartları ile milletlerarası hukuk arasındaki sorunlu etkileşim ve Üçüncü Dünya'nın Batı'ya süregelen bağımlılığını araştırmaktadır. Son olarak da milletlerarası hukukun TWAIL penceresinden tekrar inşası için bir rehber, bir program sunmaktadır.

### TWAIL: RAISON D'ÊTRE

Kurucuları açıkça Avrupalı ve Hıristiyan köklerine işaret etse de milletlerarası hukuk evrensel olduğunu iddia ediyor.<sup>10</sup> Esasen, genelde milletlerarası hukukun “babası” olarak addedilen Hugo Grotyus alanın köklerini on altıncı yüzyılda yaşamış İspanyol bir ilahiyatçı ve hukuk bilgini olan Francisco de Vitoria'ya götürmektedir.<sup>11</sup> Önde gelen bir Üçüncü Dünya hukukçusu meşhur bir alıntısında, milletlerarası hukukun Avrupa'yı merkez, Hıristiyanlığı medeniyetin temeli, kapitalizmi insanın tabiatında mevcut ve emperyalizmi bir zaruret olarak varsaydığına dikkat çekmektedir.<sup>12</sup> Erken dönem Avrupa literatürü tarafından ispat olunduğu üzere, milletlerarası hukuk Avrupa ve dünyanın kalanının karşılaşması sırasında geliştirilmiş ve bir araç olarak kullanılmıştır. Egemenlik nosyonunun kendisi, az sayıda Avrupalı devletin kendilerini zenginleştirmek için dünyaya yayıldığı ve dünyanın dörtte üçünden fazlasını ele geçirdiği sömürgeciliği haklılaştırma, yönetme ve meşrulaştırmasının temel vasıtasıydı.<sup>13</sup> Anghie'nin güzelce ifade ettiği üzere:

10 Milletlerarası hukukun en güzide bilgilerinden olan Lassa Francis Lawrence Oppenheim milletlerarası hukukun “esasen Hıristiyan medeniyetinin bir ürünü” olduğunu söylemektedir. L. Oppenheim, *International Law: A Treatise*, c. 1 (Arnold D. McNair ed., Longmans, Green ve Co. 1928) 4. İngilizler, milletlerarası hukuku Hıristiyan milletlerin alanı olarak kabul etmişlerdir. Hukuku milletlerarası olan cemiyetin üyeleri Avrupalıydı. Bu hukuk 15'nci yüzyıl sonrasında onlar arasında gelişmişti. Diğer devletler –mesela Amerika Birleşik Devletleri ve Türkiye- asıl üyeler tarafından açıkça veya sessizce Milletler Cemiyetine kabul edilmiştir. James Crawford, ‘The Criteria for Statehood in International Law’ (1976-1977) 48 British YBIL 93, 98; Ayrıca bkz. James Thuo Gathii, ‘International Law and Eurocentricity’ (1998) 9 EJIL 184.

11 Grotyus ve Vitoria arasındaki entelektüel ilişkinin bir müzakeresi için bkz. Arthur Nussbaum, *A Concise History of the Law of Nations* (The Macmillan Company 1954); David Kennedy, ‘Primitive Legal Scholarship’ (1986) 27 Harvard ILJ 1; James B. Scott, *The Spanish Origin of International Law* (Clarendon Press 1934).

12 Milletlerarası Adalet Divanının Cezayirli üyesi Mohamed Bedjaoui, geleneksel milletlerarası hukuka şöyle bir suçlama yönelmiştir: “Böylece klasik milletlerarası hukuk coğrafi ön yargılarla, dini-etnik bir umutla (Hıristiyan bir hukuku), ekonomik bir motivasyonla (Merkantilist bir hukuku) ve siyasi hedeflerle (emperyalist bir hukuku) bezenmiş bir dizi kuraldan teşekkül etmiştir.” Mohamed Bedjaoui, ‘Poverty of the International Order’ in R. Falk, F. Kratochwil & S. Mendlovitz (eds), *International Law: A Contemporary Perspective* (Westview Press 1985) 153.

13 Sayısı bir elin parmağının geçmeyecek olan bu Avrupalı emperyalist güçler İngiltere, Fransa, Almanya, Hollanda, Portekiz, İtalya ve İspanya'dan oluşmaktaydı.

Sömürge [dönemindeki] karşılaşma iki egemen devlet arasındaki bir karşılaşma değil, egemen Avrupalı devlet ile -zamanın pozitivist hukuk doktrinine göre- egemenlikten yoksun Avrupalı olmayan devlet arasında idi. Böyle bir karşılaşma pozitivist hukukçu için herhangi bir kavramsal zorluk içermiyordu. Sorunu basitçe egemen devletin herhangi bir hukuki itiraz öne sürmek için [gerekli] hukuki kişilikten yoksun olan egemen olmayan yapı hakkında istediğini yapabileceğini iddia ederek çözüyordu.<sup>14</sup>

Devlet milletlerarası hukukta en önemli ve merkezi aktör olduğundan Avrupalı emperyalist güçler tarafından tarif edildiği üzere egemen devlet olmak bir halk veya toplumun fethi, işgali ve özgürlüğü arasındaki fark idi.<sup>15</sup> Dolayısıyla bağımsız, Avrupalı olmayan toprakların Avrupalılar tarafından askeri fetihle olsun hile yoluyla veya korkutarak olsun kolonileştirilmesi haklılaştırılmış oluyordu.<sup>16</sup> Kolonileştirme Avrupalıların açık kaderinin bir parçası ve her hâlükârda Avrupalı olmayanlar için “iyi” olduğundan, onun için kullanılan her yol ahlaken ve hukuken haklıydı.<sup>17</sup> Hayal edilebilecek en barbar fiiller de dahil olmak üzere kaba kuvvet Avrupalılar tarafından sömürgeciliğin devamı için kullanılmıştır.<sup>18</sup> Anghie şöyle yazıyor:

Pozitivist dilin Avrupalı olmayan halklara dair şiddetini es geçmek zordur. Pozitivistler bu halkları karalamak, onları fethi uygun nesnelere olarak takdim etmek ve onlara karşı en üst düzey şiddeti meşrulaştırmak için tafsilatlı bir söylem geliştirdiler. Tüm bunları medenileştirme misyonunu gerçekleştirmek, beyaz adamın görevini yerine getirmek için yaptılar.<sup>19</sup>

Sömürge fethinin haberini yaparken Afrikalı bir gazete 1885’te şöyle bir mülahazada bulunmaktadır: “Dünya muhtemelen böyle büyük çapta bir soyguna hiçbir zaman şahit olmamıştır.”<sup>20</sup> Afrika’nın bu bariz ihlalleri engelleme konusundaki çaresizliğini betimlerken gazete şöyle bir yorumda bulunmaktadır: “Bu ‘Hıristiyan’ ticaret –çok uzun zaman sonra değil- ancak yerlilerin yok edilmesiyle son bulacaktır.”<sup>21</sup> On dokuzuncu yüzyılın sonuna gelindiğinde milletlerarası hukuk emperyalist fetihler ve Afrika, Asya ve Pasifik’in Avrupalı güçlere tabi kılınmasıyla evrenselleştirilmişti. Geçen dört yüz yıl boyunca Kuzey, Orta ve Güney Amerika farklı Avrupalı güçler tarafından sahiplenilmişti. Dolayısıyla “imparatorluk çağı”<sup>22</sup> boyunca Avrupalı

14 Anghie, ‘Finding the Peripheries’ supra note 3, sf. 3.

15 Devlet olmak; bir topluma hak, görev ve diğer devletlerle ilişki kurma kabiliyeti veren tanıma fiili ile ilan olunur. Bkz. Oppenheim, *International Law* supra note 9, 142-45. Hersh Lauterpacht bu iddiayı şuna dikkat çekerek tamamlamaktadır: Bir toplumun tam milletlerarası kişiliği otomatik değildir. Yani, mevcut devletler bir toplumun devlet olması gerekip gerekmediğini belirleme görevini yerine getirmelidir. Bkz. Hersh Lauterpacht, *Recognition in International Law* (CUP 1947) 55.

16 Kolonileştirmenin hukuki ve siyasi gerekçelendirmelerinin bir müzakeresi için bkz. Makau wa Mutua, ‘Why Redraw the Map of Africa: A Moral and Legal Inquiry’ (1995) 16 Michigan JIL 1113.

17 Basil Davidson, *Africa in History* (Revised ed., Collier Books 1991).

18 Mesela bkz. Adam Hochschild, *King Leopold’s Ghost: A Story of Greed, Terror, and Heroism in Colonial Africa* (Houghton Mifflin 1998). Kitap, Belçikalıların Orta Afrika’da işlediği vahşetin canlı bir tarihi anlatısını sunmaktadır.

19 Anghie, ‘Finding the Peripheries’ supra note 3, sf. 7.

20 U.O. Umozurike, ‘International Law and Colonialism’ (1970) 3 East African LR 47, 50(1970)’de atf yapılan *Lagos Observer* (19 Şubat 1885).

21 *Id.*

22 *İmparatorluk Çağı* ifadesi, Avrupa’nın Avrupalı olmayan halklara Avrupa’nın yararına tahakküm ettiği ve onları istismar ettiği zaman aralığını tasvir eder. Bkz. Eric Hobsbawm, *The Age of Empire: 1875-1914* (Pantheon Books 1987).

olmayan halkların zorla Avrupa düşünce, tarih, kültür ve tecrübesinden doğan bir küresel yöneti(ş)i rejimi olan milletlerarası hukukun kapsamına sokulmasına şahit olunmuştu. Emperyalist yayılımın Avrupalı olmayanlar ve onların kaynaklarının Avrupalılar yararına ekonomik istismarı ile gerçekleştirildiğine şüphe yoktur. Yok olmuş Rhodesia'yı diriltten Cecil Rhodes imparatorluğun hedefi konusunda açıklı:

Dün Londra'nın doğu tarafındaydım [bir işçi sınıfı bölgesi]. İşsizlerin bir toplantısına katıldım. Sadece birer “ekmek” “ekmek” “ekmek” feryadı olan saldırgan konuşmaları dinledim. Eve dönerken bu sahne hakkında düşündüm ve emperyalizmin önemine daha da kani oldum. Benim bu sosyal probleme çözüm olarak –yani İngiltere'nin 40.000.000 sakinini kanlı bir iç savaştan korumak için- âcizâne fikrim, biz koloni devlet adamlarının fazla nüfusu iskân için ve fabrika ve madenlerde üretilen ürünlere yeni pazarlar sağlamak amacıyla yeni topraklar elde etmemiz gerektiğiydi. *Her zaman dediğim gibi imparatorluk bir ekmek kapısıdır. Savaştan kurtulmak istiyorsan emperyalist olmak zorundasın.*<sup>23</sup>

İkinci Dünya Savaşı'nın hemen sonrasında pek çok sömürge, doğrudan sömürge yönetiminin zincirlerini kırdı. Ancak kısa sürede siyasi bağımsızlığın büyük oranda yanıltıcı olduğunu anladılar. Üçüncü Dünya devletleri, o dönemde resmen hür olsalar da -siyaseten, hukuken ve ekonomik olarak- hala Batı'ya bağımlıydılar. İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra hâkim Batılı güçler tarafından kurulan Birleşmiş Milletler; barış, güvenlik ve devletler arasında iş birliği ile *küresel bir düzen* kurmayı ve sürdürmeyi amaçlıyordu.<sup>24</sup> Yeni küresel düzen iki önemli meşrulaştırıcı özelliğe sahipti. Artık Avrupalı olmayan güçler doğrudan sömürgeciliğin bir reddi olan self-determinasyon hakkını haiz kabul ediliyordu. İkinci olarak ise devletler insan hakları ile yönetilecekti.

Görünüşe bakılırsa Birleşmiş Milletler yeni düzenin tarafsız, evrensel ve âdil bir koruyucusu idi. Ama hakikatte küresel meselelerdeki Avrupa hegemonyası, sadece kendilerine BM'nin en güçlü organı olan Güvenlik Konseyi'nde daimî üyelik tahsis eden büyük güçlere –Amerika Birleşik Devletleri, İngiltere, Fransa, Sovyetler Birliği ve Çin- devredilmişti.<sup>25</sup> Güvenlik Konseyi'ne Üçüncü Dünya devletlerinin baskın olacağı BM Genel Kurulu karşısında üstünlük tanınması, devletlerin egemen eşitliği ilkesini absürt göstermekteydi. Üçüncü Dünya devletleri şimdi de yenice ortaya çıkmış -merkezi hâlâ Batı olan- iki kutuplu Soğuk Savaş mengenesine sıkışmışlardı.

Başkaları tarafından da belirtildiği gibi, Birleşmiş Milletlerin büyük güçler tarafından bir cephe olarak kullanılması ile “Avrupa hegemonyasının yalnızca şekli değişmiş, özü aynı kalmıştır”<sup>26</sup>.

23 V. I. Lenin, *Imperialism: The Highest Stage of Capitalism* 96-7 (Foreign Languages Publishing House 1947) (*Die Neue Zeit*, XVI,1, s. 304'ten alıntılıyor).

24 BM Andlaşması, Md. 1.

25 Kendisini bir Üçüncü Dünya ülkesi olarak tanımlayan Çin, Güvenlik Konseyinde daimi üyeliği olan Avrupalı olmayan tek devletti. Beş üyenin her biri Güvenlik Konseyinin herhangi bir kararı hakkında veto gücüne sahiptir.

26 Dianne Otto, 'Subalternity and International Law: The Problems of Global Community and the Incommensurability of Difference' (1996) 5 *Social and Legal Studies*. 337, 340; ayrıca bkz. Bedjaoui, *Towards A New International Economic Order*, supra note 2; Surakiart Sathirathai, 'An Understanding of the Relationship between International Legal Discourse and Third World Countries' (1984) 25 *Harvard ILJ* 395.



Ekonomik alanda, Üçüncü Dünya ülkeleri kendilerini Bretton Woods kurumları - Dünya Bankası, Uluslararası Para Fonu (IMF) ve Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması (GATT) – , çok uluslu şirketler ve Batı ülkeleri tarafından kuşatılmış bulmaktadır. Tüm bu kurumların gözünde, yeni ortaya çıkan devletler önemsiz ve Batı sermayesinin insafına kalmış olarak görülmektedir. Tanzanya'nın müteveffa Cumhurbaşkanı ve hakiki bir TWAIL devlet adamı olan Mwalimu Julius Nyerere, “yeni-sömürgeciliğin anlamını ve uygulamasını” Üçüncü Dünya devletlerinin eski emperyalist güçlere bağımlılıklarını ve onlar tarafından istismar edilmekten kurtulamamaları olarak tanımlamaktadır<sup>27</sup>. Batının yozlaştırdığı demokratik olmayan rejimlere verilen mahvedici borçlar, günümüzde Afrika, Asya ve Latin Amerika'daki birçok ülkenin anlamlı kalkınma programları oluşturmasını engellemiştir. Buna rağmen uluslararası finans kuruluşları doğru şeyi yapmayı reddetmekte ve bu borçları ya silmekte ya da affetmektedir.

Bu gerçeklikler TWAILci Grup 77 ve onun –diğer birçok şeyin yanı sıra- talihsiz Yeni Milletlerarası Ekonomik Düzen (NIEO) için önerilerinin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Günümüzde; küreselleşme, serbest piyasaların yaygınlığı ve tek bir küresel pazar için yapılan baskı milletlerarası düzeni şekillendiren bu kötü dengesizliklerin basitçe altını çizmektedir. Şeffaf ve demokratik olmayan bir bürokratik yapıya sahip olan Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ), Batı hegemonyasını dünyanın geri kalanında süreklileştiren bir dizi milletlerarası kurumdan sonuncusunu oluşturmaktadır<sup>28</sup>.

### **TWAIL Literatürü ve Siyasi Eylemi İçin Yapılması Gerekenler**

Üçüncü Dünya siyasi bir gerçekliktir. O, kendini Batı'dan ayıran bir dizi coğrafi, muhalif ve siyasi gerçeklik ile tanımlamaktadır. Bu Avrupa ile özel, Batı ile genel diyalektik ilişkisi olan tarihsel bir olgudur. Üçüncü Dünya -daha doğru bir ifadeyle- neredeyse Avrupalı olmayan tüm toplumlarda benzer tarihsel deneyimlerin belirli bir söyleme yani entelektüel ve siyasi bir bilinçlilik şekline yol açan bir akışıdır. Üçüncü Dünya terimi *az gelişmiş, kriz eğilimli, sanayileşen, gelişen, geri kalmış veya Güney'den farklılık arz etmektedir*. Çünkü Üçüncü Dünya, Avrupalı ve Avrupalı olmayan arasındaki muhalif diyalektiği doğru bir şekilde yakalar ve Avrupalı olmayanların Avrupalılar tarafından yağmalanmasını ortaya koyar. Üçüncü Dünya, dünyanın kriz durumunu Batının yarattığı ve tahakküm ettiği küresel düzenle ilişkilendirir<sup>29</sup>. Nyerere'in ortaya koyduğu üzere, istismar edici ve adil olmayan milletlerarası hukuk ve ekonomik düzen Üçüncü Dünya'nın kavramsallaştırılmasında esas teşkil etmektedir.

27 *Daily News* (17 Kasım 1976, Tanzanya).

28 Ann-Christine Hubbard ve Marie Guiraud, 'The World Trade Organisation And Human Rights' (1999) [International Federation of Human Rights Leagues/Uluslararası İnsan Hakları Federasyonu yayını].

29 Üçüncü Dünya ifadesinin farklı anlamları ve kullanımlarına ilişkin nitelikli bir müzakeresi için bkz. Karin Mickelson, 'Rhetoric and Rage: Third World Voices in International Legal Discourse' (1998) 16 *Wisconsin ILJ* 353.

Üçüncü Dünya milletlerarası ekonomideki mağdurlar ve güçsüzlerden oluşmaktadır. ... Birlikte dünya nüfusunun çoğunluğunu oluşturmamız ve bazı önemli hammaddelerin en büyük kısmına sahip olmamıza rağmen dünya ülkelerinin ekonomik ilişkilerini düzenleme biçimleri üzerinde hiçbir kontrolümüz ve etkimiz bulunmamaktadır. Milletlerarası kuralların yapılmasında katılımcı değil alıcı konumundayız.<sup>30</sup>

Daha tehlikesiz ve belirsiz diğer terimlerden farklı olarak, Üçüncü Dünya, modern öncesi- modern, çocuk-yetişkin, barbar-uygar ve aşağı-üstün bir medeniyet merdiveni; Batı'nın önderlik ettiği doğrusal ve tek yönlü bir tarih ilerleyişi önermemektedir<sup>31</sup>. Üçüncü Dünya toplumları arasında geniş bir çeşitlilik olsa da Üçüncü Dünya terimi, direniş ve kurtuluşa yönelik stratejik bir paradigmanın parçası olarak tarihselleşmiştir.<sup>32</sup> Bu nedenle "Üçüncü Dünya" küresel Batı hegemonyasına doğrudan bir saldırı olarak anlaşılmalıdır. TWAIL, bu yüzleşmenin milletlerarası hukuk alanı, teorisi ve uygulamasındaki ifadesidir. Peki, TWAIL'in belirleyici özellikleri nelerdir ve geleneksel milletlerarası hukuktan ne gibi farklılıklar arz eder?

TWAIL hem siyasi hem de entelektüel bir harekettir. Bununla birlikte, belirli bir inanç veya dogmaya sahip değildir. Kuşkusuz, TWAIL literatürü ve siyasi uygulamaları iç çelişkilerle, tutarsızlıklarla ve içerik, strateji ve taktikler hakkında anlaşmazlıklarla doludur.<sup>33</sup> Fakat bunlar, temelde haksız küresel düzene karşı muhalefetlerinde birleşmektedirler. Milletlerarası hukuka TWAILci bir yaklaşım birçok temel formül, kaygı ve çıkar ile tanımlanmaktadır.

Herhangi bir TWAIL eseri veya siyasi eylemi, temel olarak milletlerarası hukuktaki önemli bir soruya *temelden muhalif* olmalıdır. Böyle bir karşı çıkış, Üçüncü Dünya için önemli olan veya onu önemli bir şekilde etkileyen bir konu ile ilgili olmalıdır. Böyle bir eser veya çalışmanın amacı, adaletsiz milletlerarası hukuki, siyasi ve ekonomik düzenden dolayı Üçüncü Dünya'nın maruz kalabileceği zarar veya zedelenmeyi ortadan kaldırmak veya hafifletmek olmalıdır. Böyle bir eser veya siyasi eylem; milletlerüstü arenada adalet veya kuralların, kurumların, süreçlerin ve uygulamaların adilliği ile ilgili olmalıdır. Asıl amaç, Üçüncü Dünya'nın güçsüzlüğünün bir yönünün ortadan kaldırılması olmalıdır. Bu şekilde yazar ya da siyasi aktör en azından Üçüncü Dünya'ya karşı zararlı olan belirli bir olguyu ifşa etmiş, bu olguya saldırmış veya onu çözümlenmiş olur. Bu, TWAIL literatürü ve siyasi eyleminin en temel özelliğidir.

30 Julius K. Nyerere, 'South-South Option' in Altaf Gauhared (ed) *The Third World Strategy: Economic and Political Cohesion in the South* (Praeger Publishers 1983) 9, 10.

31 David Slater, 'Contesting Occidental Visions of the Global: The Geopolitics of Theory and North-South Relations' in 4 *Beyond Law-Mas Alla Del Derecho* (Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos 1994) 97, 101.

32 Gayatri Spivak, *Outside in the Teaching Machine* (Psychology Press 1993) 13.

33 TWAIL literatürünün farklı emsalleri için bkz. Frederick E. Snyder & Surakiart Sathirathai (eds), *Third World Attitudes Toward International Law* (Nijhoff 1987).

## TWAIL Hiyerarşi Karşıtıdır

Tamamı olmasa da milletlerarası hukukun ekseriyeti üstünlük kompleksleri ile yönlendirilmektedir. Klasik milletlerarası hukuk, beyaz Avrupalı halkların Avrupalı olmayanlara üstünlüğüne ve Avrupalıların diğerlerini medenileştirme ve kontrol etme “görevine” dayanmaktaydı.<sup>34</sup> Avrupa hegemonyasının son beş yüzyılı bir emsal ortaya koymaktadır. Bu emsal şöyle uzun bir listeden oluşmaktadır: sömürge yöneticisi, kafirleri kurtarmaya gelmiş İncil taşıyan misyoner, ticari fırsatçılar, siyasi demokrasi ihracatçıları ve şimdi de insan hakları militanı/haçlısı. Milletlerarası hukuk belki de insan medeniyetinin zirvesi olarak sunulan Avrupa merkeziliğinin yayılmasında en önemli silah olmuştur. Bunun aksine TWAIL, halkların ve *kültürlerin ahlaki eşdeğerliğini* kabul eder ve “ötekileştirmeyi” yani aslının aptal kopyalarının yaratılmasını reddeder.

TWAILci literatür; belirli kültürlerin küresel düzen, barış ve güvenliği teşvik etme kisvesi altında evrenselleşmesini reddetmektedir. TWAILciler bunun yerine, gerektiğinde evrensel olarak kabul edilebilir kuralların içeriğini oluşturmak için kültürler arasında iletişim hareketlilikleri kurma çağrısında bulunurlar. Bu yüzden TWAIL milletlerarası hukukun gerekli ve önemli olduğuna inanmaktadır. Ancak TWAIL mevcut milletlerarası hukuk rejimini gayri meşru olarak görmektedir. Zira mevcut milletlerarası hukuk neredeyse tamamen dünyanın bir bölgesinin entelektüel, tarihi ve kültürel deneyimlerine dayanmaktadır. Bu durum Avrupa’yı, Avrupa menşeli bilgiyi ve şeyleri ayrıcalıklı hale getirmektedir. Hatta iyi huylu/zararsız bir milletlerarası hukuk dalı olarak kabul edilen milletlerarası insan hakları hukuku bile, kibirli bir Avrupa merkezci söylem ve yapıya dayanmaktadır.<sup>35</sup> TWAIL, bu tür söylemlerin çeşitlilik içeren bir dünyanın tüm zenginliğini hor gördükleri –onaylamadıkları- için başarısız olacağına inanmaktadır.

## TWAIL Hegemonyaya Tezattır

TWAIL, Birleşmiş Milletlerin evrensellik peleriniyle meşrulaştırdığı Batı’nın küresel hegemonyasına karşı çıkmaktadır. TWAIL, Birleşmiş Milletlerin yapısını -özellikle Güvenlik Konseyini- tamamen savunulamaz bulmaktadır.<sup>36</sup> Üçüncü Dünya’daki krizlerin Birleşmiş Milletler tarafından bariz bir şekilde göz ardı edilmesi ve BM organlarının Batılı güçlerin dış politikalarını ilerletmek için seçici bir şekilde kullanılması dünya kurumunun [BM’nin] son derece ulvi gayeleri ile doğrudan çelişki

34 Genel olarak bkz. Basil Davidson, *African Civilization Revisited* (Africa World Press 1991); Mutua, ‘Why Redraw the Map of Africa’ supra note 15.

35 Makau Mutua, ‘Savages, Victims, and Saviors: The Metaphor of Human Rights’ (forthcoming 2001) 42 Harvard ILJ; bkz. Makau wa Mutua, ‘The Ideology of Human Rights’ (1996) 36 Virginia JIL 589; Makau wa Mutua, ‘Limitations on Religious Rights: Problematizing Religious Freedom in the African Context’ in J. D. van der Vyver & J. Witte (eds) *Religious Human Rights in Global Perspective: Legal Perspectives* (Martinus Nijhoff Publishers 1996) 417.

36 Üçüncü Dünya’nın Batı tarafından tahakküm altına alınması ve BM Güvenlik Konseyinin Batı tarafından adaletsizce kullanılmasının nitelikli bir müzakeresi için bkz. Ian Martin, ‘The New World Order: Opportunity or Threat for Human Rights’ Harvard Law School Human Rights Program (1993).

içindedir<sup>37</sup>. Amerika Birleşik Devletleri liderliğindeki Batı, çıkarlarına tehdit olarak değerlendirdiklerini vurmaya hazır bir şekilde dünyanın her köşesinde jandarmalık yapmaktadır.<sup>38</sup> Genelde, Birleşik Devletler, Birleşmiş Milletleri, üye devletlere karşı askeri operasyonlarına dahil etmeye zahmet bile etmemektedir.<sup>39</sup> Bu bağlamda, Birleşik Devletler on binlerce nükleer silaha sahipken, bazı Üçüncü Dünya ülkelerinin tek bir nükleer silah edinme girişimine karşı ABD'nin muhalefet etmesini ne yapmalı? Diğer kritik öneme sahip milletlerarası mecralarda da -Dünya Bankası, IMF ve GATT/DTÖ rejimi- küresel ekonominin ve kaynakların Batı kontrolünde olması artık bir arşiv meselesi haline gelmiştir. Batı ile Üçüncü Dünya arasındaki bu eşitsizlik, halk bilincinde o kadar kabullenilmiştir ki, bu durum nadiren kamuoyunda ciddi bir tartışma konusu olmaktadır.

TWAIL projesi tüm seslerin -özellikle de Üçüncü Dünya'da çoğunluğu oluşturan devlet dışı, hükümet dışı, kırsal ve kentsel yoksulların- tam olarak temsil edilmesini savunmaktadır. Burada, TWAIL Üçüncü Dünya devletlerinin güçsüzlerin sesini kısmak amacıyla milletlerarası hukuki ve ekonomik düzendeki suç ortaklığına karşı çıkmaktadır. TWAIL, tüm seslerin duyulabilmesi için hem milli hem de milletlerarası yönetim yapılarının tam olarak demokratikleşmesi çağrısında bulunmaktadır. TWAIL, Avrupa merkeziliği ve modernitenin çerçevesine uymayanların dinlenebileceği ve kendi yöneti(şi)mlerine tam olarak katılabilecekleri maduniyet projesini benimsemiştir<sup>40</sup>. Bu bakımdan, TWAIL Üçüncü Dünya devletlerinin içeriden yeniden yapılandırılması ve hakikaten demokratikleşmesi konusuna temel bir ilgi duymaktadır.

### **TWAIL Evrensel İnanç ve Doğrulara Şüphyle Yaklaşır**

Belli bir evrensellik derecesinin kaçınılmaz ve hatta arzu edilir olduğu kesinlikle doğru olsa da TWAIL; kökeni, düşüncesi ve deneyimi Avrupa olan kural ve uygulamaları evrenselleştirme girişimlerini reddetmektedir. Milletlerarası hukukun bu tür kurallara yaptırım gücü vermesi ve böylelikle bunların Avrupalı olmayan toplumlar için bir gereklilik haline getirilmesi özellikle endişe vericidir. Bu durum kesinlikle insan haklarında ve Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması (TRIPs) vasıtasıyla fikri mülkiyetin korunması gibi belirli ekonomik değerler açısından söz konusu idi. Bu nedenle, TWAIL serbest piyasa, özel mülkiyet veya ticari değerlerin diğer insani değerlerden daha üstün olduğuna veya otomatik olarak baskın geleceğine inanmamaktadır. Belli durumlarda evrensel değerlerin birbirinden ayrılması mümkün

37 Son zamanlarda meydana gelmiş olan ve BM'nin eylemsizliğine örnek olan Ruanda ve Somali olayları için bkz. United Nations, 'The United Nations and Rwanda 1993-1996' (United Nations Publication 1996); Peter Rosenblum, 'Dodging the Challenge' (1997) 10 Harvard Human Rights J 313 [*The United Nations and Rwanda*'in değerlendirmesi].

38 ABD'nin Irak'a yönelik politikaları - özellikle çocuklar ve sağlık hizmetleri üzerinde yıkıcı etkisi olan yaptırımların uygulanması - Batı gücünün dünya genelindeki yaygınlığının altını çizmektedir.

39 ABD'nin liderliğindeki Kuzey Atlantik Andlaşması Örgütü'nün [NATO] Federal Yugoslavya Cumhuriyeti'ni bombalaması, BM Andlaşmasının açıkça ihlal edildiği bir durumdur. Bkz. Michael Byers, 'Introduction' in Michael Byers (ed) *The Role of Law in International Politics* (OUP 2000) 1.

40 Bkz. Otto, 'Subalternity and International Law' supra note 26, 348-359.

olabilir. Ancak bu sürecin nasıl yönetildiği her şeyi değiştirmektedir. Aksi takdirde aynen Hristiyanlığın Avrupalı olmayan insanlara dayatıldığı gibi, güçlü ekonomik ve askeri çıkar sahipleri görüşlerini dünyanın geri kalanına dayatabilecek, görüşlerini ebedi ve değişmez doğrular gibi sabite haline getirebileceklerdir.<sup>41</sup>

### **TWAIL Bir İttifak Hareketidir**

Adaletsizliğin küreselleşmesi, küreselleşme olgusuyla yakından bağlantılıdır. TWAIL, Batı dahil tüm toplumlarda benzer düşüncelere sahip hareketlerle ittifak kurmanın, Üçüncü Dünya'nın ve Batı'daki marjinalleştirilmiş toplulukların güçsüzlükleri ve mağduriyetleri ile mücadelede temel bir strateji olduğuna inanmaktadır. Bu bağlamda, TWAIL özellikle eleştirel ırk teorisini (CRT) ve milletlerarası hukuka yeni yaklaşımları (NAIL) savunanlar olmak üzere bir dizi bilimsel toplulukla bilinçli birliktelik ve ittifaklar kurma arayışı içerisindedir. Amerika'daki ırkçı ve cinsiyetçi tebaalaştırmaya bir cevap olan CRT, Amerika'da beyazların gücünü anlamak ve ona meydan okumak için çok boyutluluk ve kesişimsellikten yararlanıyor. CRT'nin hukukun tatbikini ve gücün kullanılmasını tahakküm ve dışlama aracı olarak görmesi, TWAIL'i yansıtmaktadır. CRT'nin yazarları, gerçekten milletlerarası hukuk düzeninin bir minyatürü olan yerel emsallerini tespit etmişlerdir. Beyaz üstünlükçü hiyerarşiler hem yerel hem de milletlerarası hukuk kurallarını tahakküm altına almışlardır. CRT, temel olarak iki ilgi alanı tarafından yönlendirilmektedir:

Bunlardan ilki, Amerika'da beyaz üstünlüğünün ve beyaz olmayanları tebaalaştırmanın nasıl gerçekleştirilip sürdürüldüğünü anlamak ve özellikle de "hukukun üstünlüğü" ve "eşit koruma" gibi sözde idealler ile toplumsal yapı arasındaki ilişkiyi incelemektir. İkincisi ise sadece hukuk ile ırk gücü arasındaki karışık bağı anlamak değil ayrıca onu değiştirme arzusudur<sup>42</sup>.

Beyaz üstünlükçü ve Avrupa merkezci hiyerarşilere karşı çıkan CRT, NAIL ve diğer Batı akımlarındaki yazarların içinde bulunduğu zorluk; bu tahakkümün küresel nitelikte olduğunu fark etmektir. Bu yazarlar, milletlerarası bir dilde çalışmalı ve Üçüncü Dünya'nın sömürülmesi ile ABD'de yer alan belli grupların tebaalaştırılması arasında bağlantı kurmalıdır. CRT yöntemi üzerinde çalışılması TWAIL'in mücadelesini bilgi yönünden zenginleştirmek için iyi bir hizmet olacaktır. Bir başka ifadeyle, CRT ve TWAIL gerek milli gerekse de milletlerarası düzeyde yerleşik Avrupa merkezci güç yapıları ile mücadelelerinde bilinçli komplolar tertiplenmeli ve birbirlerini beslemelidirler. TWAILciler kendilerini; siyasi, kültürel, hukuki ve ekonomik tüm olguların hesaplanması noktasında Avrupa-Kuzey Amerika ittifakının "merkezden çıkarılması" projesine adanmışlardır. Bu, TWAIL'in CRT'nin de katılacağı ümit ettiği küresel bir mücadeledir.

41 Bkz. Mutua, 'Limitations on Religious Rights' supra note 34; ayrıca bkz. Makau Mutua, 'Returning to My Roots: African "Religions" and the State' in Abdullahi A. An-Na'im (ed) *Proselytization and Communal Self-Determination in Africa* (Orbis Books 1999) 169.

42 Kimberle Crenshaw et al. (eds), *Critical Race Theory: The Key Writings That Formed the Movement* (The New Press 1995) xiii.

## Sonuç

TWAIL, tarihsel olarak konumlanmış entelektüel ve politik bir harekettir. Dolayısıyla kurucuları ve esas düşünürlerinin çoğu Üçüncü Dünya'dan olmasına rağmen, coğrafya tarafından otomatik olarak sınırlandırılmamış bir entelektüel bilinç şeklidir. TWAIL'in kurucularının bazıları Üçüncü Dünya'nın maddi koşullarında doğrudan -hatta kişisel- bir pay ve deneyime sahiptirler. TWAIL sadece entelektüel bir akım, bir akademik arayış değildir. TWAIL, belli bazı görüşlere siyasi ve ideolojik bir bağlılıktır. Bu nedenle TWAIL; yeni bir milletlerarası hukuk külliyatı arayışında olan, *temel olarak yeniden inşacı bir* harekettir. Bu arayışta TWAIL, yerel ya da milletlerarası hukukun herhangi bir kural, süreç ya da kurumunu kutsal görmeyi reddetmektedir. Zararlı hiyerarşileri ve baskıları yaratan, teşvik eden, meşrulaştıran ve sürdüren tüm faktörler gözden geçirilmeli ve değiştirilmelidir. TWAIL'in taahhüdü budur.

### AMAÇ VE KAPSAM

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Araştırma ve Uygulama Merkezi tarafından 1981 yılından bu yana düzenli olarak çıkarılmakta olan *Public and Private International Law Bulletin* (PPIL), uluslararası akademik bir dergidir. *Public and Private International Law Bulletin* (PPIL)'a gönderilen makaleler çift-kör hakemlik sistemi kullanılarak değerlendirilmektedir. Haziran ve Aralık aylarında olmak üzere yılda iki sayı hâlinde yayınlanan *Public and Private International Law Bulletin* (PPIL)'da yayımlanması istenen bilimsel çalışmaların Haziran sayısı için en geç 30 Mart tarihine kadar, Aralık sayısı için ise en geç 31 Eylül tarihine kadar gönderilmesi gerekmektedir.

*Public and Private International Law Bulletin* (PPIL)'da, milletlerarası hukuk ve milletlerarası özel hukuk alanlarının farklı boyutlarını adalet ve hukuk temellerinde ele alan disiplinler veya disiplinlerarası özgün çalışmalar yayımlanmaktadır. Böylelikle dergimiz milletlerarası hukuk, milletlerarası münasebetler ve milletlerarası özel hukuk konularına giren meseleleri yakından takip ederek ve ilgili çalışmaları yayımlayarak bu konularda faaliyet gösteren kişilere yardımcı olmayı hedeflemektedir.

*Public and Private International Law Bulletin* (PPIL)'da milletlerarası hukuk ve milletlerarası özel hukuk alanlarında yazılmış özgün makalelerin yanı sıra, bu alanlarda yayımlanmış olan kitaplara dair incelemeler ve ilgili yargı kararlarına dair değerlendirmelere de yer verilmektedir.

#### (a) Milletlerarası Hukuk:

1. Milletlerarası Hukuk (Tarihçesi, felsefesi, teorileri, kaynakları, kişileri, milli hukukla ilişkileri vs.)
2. Milletlerarası Hukuk Kişiliği ve Tanıma (Devletler, Hükümetler)
3. Ülkesel Egemenlik ve Devletin Yetkisi
4. Milletlerarası Hukukta İşlemler: Tek taraflı işlemler ve Andlaşmalar Hukuku
5. Milletlerarası Barış ve Güvenlik Hukuku ve Kuvvet Kullanma Yasağı
6. Milletlerarası İnsan Hakları Hukuku
7. Milletlerarası Çevre Hukuku
8. İnsancıl Hukuk (Silahlı çatışmalar hukuku)
9. Milletlerarası Teşkilatlar Hukuku
10. Milletlerarası Deniz Hukuku
11. Milletlerarası Ekonomi Hukuku
12. Devletin Hukukî Sorumluluğu
13. Milletlerarası Ceza Hukuku
14. Milletlerarası Mülteci Hukuku
15. Milletlerarası Uyuşmazlıkların Barışçıl Yollarla Çözümü (Diplomatik, Yargısal)
16. Milletlerarası Hava ve Uzay Hukuku
17. Milletlerarası Sınırşan Sular ve Akifer Hukuku

### (b) Milletlerarası Özel Hukuk:

1. Milletlerarası Özel Hukukun Genel Prensipleri
2. Milletlerarası Usul Hukuku
3. Milletlerarası Adli Yardım
4. Kanunlar İhtilafı Kuralları
5. Milletlerarası Yatırım Hukuku
6. Yabancılar Hukuku (Yabancıların Sosyal Hakları, Mülkiyet Hakkı, Eğitim Hakkı vb.)
7. Türk Vatandaşlık Hukuku
8. Yerel Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi
9. Yabancı Mahkeme ile Yabancı Tahkim Mahkemesi Kararlarının Tanınması ve Tenfizi
10. Milletlerarası Aile ve Çocuk Hukuku
11. Milletlerarası Özel veya Usul Hukukuna İlişkin Sözleşmeler Hukuku
12. Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri
13. Milletlerarası Ticari Tahkim
14. Göç Hukuku

## EDİTORYAL POLİTİKALAR VE HAKEM SÜRECİ

### Yayın Politikası

Dergiye yayınlanmak üzere gönderilen makalelerin içeriği derginin amaç ve kapsamı ile uyumlu olmalıdır. Dergi, orijinal araştırma niteliğindeki yazıları yayınlamaya öncelik vermektedir.

### Genel İlkeler

Daha önce yayınlanmamış ya da yayınlanmak üzere başka bir dergide halen değerlendirilmediği ve her bir yazar tarafından onaylanan makaleler değerlendirilmek üzere kabul edilir.

Ön değerlendirmeyi geçen yazılar iThenticate intihal tarama programından geçirilir. İntihal incelemesinden sonra, uygun makaleler Editör tarafından orijinaliteleri, metodolojileri, makalede ele alınan konunun önemi ve derginin kapsamına uygunluğu açısından değerlendirilir.

Bilimsel toplantılarda sunulan özet bildiriler, makalede belirtilmesi koşulu ile kaynak olarak kabul edilir. Editör, gönderilen makale biçimsel esaslara uygun ise, gelen yazıyı yurtiçinden ve /veya yurtdışından en az iki hakemin değerlendirmesine sunar, hakemler gerek gördüğü takdirde yazıda istenen değişiklikler yazarlar tarafından yapıldıktan sonra yayınlanmasına onay verir.

Makale yayınlanmak üzere Dergiye gönderildikten sonra yazarlardan hiçbirinin ismi, tüm yazarların yazılı izni olmadan yazar listesinden silinemez ve yeni bir isim yazar olarak eklenemez ve yazar sırası değiştirilemez.

Yayına kabul edilmeyen makale, resim ve fotoğraflar yazarlara geri gönderilmez.

### Telif Hakkında

Yazarlar Public and Private International Law Bulletin dergisinde yayınlanan çalışmalarının telif hakkına sahiptirler ve çalışmaları Creative Commons Atıf-GayrıTicari 4.0 Uluslararası (CC BY-NC 4.0) olarak lisanslıdır. Creative Commons Atıf-GayrıTicari 4.0 Uluslararası (CC BY-NC 4.0)



lisansı, eserin ticari kullanım dışında her boyut ve formatta paylaşılmasına, kopyalanmasına, çoğaltılmasına ve orijinal esere uygun şekilde atıfta bulunmak kaydıyla yeniden düzenleme, dönüştürme ve eserin üzerine inşa etme dâhil adapte edilmesine izin verir.

### Açık Erişim İlkesi

Public and Private International Law Bulletin, tüm içeriği okura ya da okurun dahil olduğu kuruma ücretsiz olarak sunulur. Okurlar, ticari amaç haricinde, yayıncı ya da yazardan izin almadan dergi makalelerinin tam metnini okuyabilir, indirebilir, kopyalayabilir, arayabilir ve link sağlayabilir.

Public and Private International Law Bulletin makaleleri açık erişimlidir ve Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası (CC BY-NC 4.0) (<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.tr>) olarak lisanslıdır.

### İşleme Ücreti

Derginin tüm giderleri İstanbul Üniversitesi tarafından karşılanmaktadır. Dergide makale yayını ve makale süreçlerinin yürütülmesi ücrete tabi değildir. Dergiye gönderilen ya da yayın için kabul edilen makaleler için işleme ücreti ya da gönderim ücreti alınmaz.

### Hakem Süreci

Daha önce yayınlanmamış ya da yayınlanmak üzere başka bir dergide halen değerlendirmede olmayan ve her bir yazar tarafından onaylanan makaleler değerlendirilmek üzere kabul edilir. Gönderilen ve ön kontrolü geçen makaleler iThenticate yazılımı kullanılarak intihal için taranır. İntihal kontrolünden sonra, uygun olan makaleler baş editör tarafından orijinallik, metodoloji, işlenen konunun önemi ve dergi kapsamı ile uyumluluğu açısından değerlendirilir. Baş editör, makaleleri, yazarların etnik kökeninden, cinsiyetinden, cinsel yöneliminden, uyruğundan, dini inancından ve siyasi felsefesinden bağımsız olarak değerlendirir. Yayına gönderilen makalelerin adil bir şekilde çift taraflı kör hakem değerlendirmesinden geçmelerini sağlar.

Seçilen makaleler en az iki ulusal/uluslararası hakeme değerlendirmeye gönderilir; yayın kararı, hakemlerin talepleri doğrultusunda yazarların gerçekleştirdiği düzenlemelerin ve hakem sürecinin sonrasında baş editör tarafından verilir.

Hakemlerin değerlendirmeleri objektif olmalıdır. Hakem süreci sırasında hakemlerin aşağıdaki hususları dikkate alarak değerlendirmelerini yapmaları beklenir.

- Makale yeni ve önemli bir bilgi içeriyor mu?
- Öz, makalenin içeriğini net ve düzgün bir şekilde tanımlıyor mu?
- Yöntem bütünlüklü ve anlaşılır şekilde tanımlanmış mı?
- Yapılan yorum ve varılan sonuçlar bulgularla kanıtlanıyor mu?
- Alandaki diğer çalışmalara yeterli referans verilmiş mi?
- Dil kalitesi yeterli mi?

Hakemler, gönderilen makalelere ilişkin tüm bilginin, makale yayınlanana kadar gizli kalmasını sağlamalı ve yazar tarafında herhangi bir telif hakkı ihlali ve intihal fark ederlerse editöre raporlamalıdır. Hakem, makale konusu hakkında kendini vasıflı hissetmiyor ya da zamanında geri dönüş sağlaması mümkün görünmüyorsa, editöre bu durumu bildirmeli ve hakem sürecine kendisini dahil etmemesini istemelidir.

Değerlendirme sürecinde editör hakemlere gözden geçirme için gönderilen makalelerin, yazarların özel mülkü olduğunu ve bunun imtiyazlı bir iletişim olduğunu açıkça belirtir. Hakemler ve yayın kurulu üyeleri başka kişilerle makaleleri tartışamazlar. Hakemlerin kimliğinin gizli kalmasına özen gösterilmelidir.

### YAYIN ETİĞİ VE İLKELER

Public and Private International Law Bulletin, yayın etiğinde en yüksek standartlara bağlıdır ve Committee on Publication Ethics (COPE), Directory of Open Access Journals (DOAJ), Open Access Scholarly Publishers Association (OASPA) ve World Association of Medical Editors (WAME) tarafından yayınlanan etik yayıncılık ilkelerini benimser; Principles of Transparency and Best Practice in Scholarly Publishing başlığı altında ifade edilen ilkeler için adres: <https://publicationethics.org/resources/guidelines-new/principles-transparency-and-best-practice-scholarly-publishing>

Gönderilen tüm makaleler orijinal, yayınlanmamış ve başka bir dergide değerlendirme sürecinde olmamalıdır. Her bir makale editörlerden biri ve en az iki hakem tarafından çift kör değerlendirmeden geçirilir. İntihal, duplikasyon, sahte yazarlık/inkar edilen yazarlık, araştırma/veri fabrikasyonu, makale dilimleme, dilimleyerek yayın, telif hakları ihlali ve çıkar çatışmasının gizlenmesi, etik dışı davranışlar olarak kabul edilir.

Kabul edilen etik standartlara uygun olmayan tüm makaleler yayından çıkarılır. Buna yayından sonra tespit edilen olası kuraldışı, uygunsuzluklar içeren makaleler de dahildir.

### Araştırma Etiği

Dergi araştırma etiğinde en yüksek standartları gözetir ve aşağıda tanımlanan uluslararası araştırma etiği ilkelerini benimser. Makalelerin etik kurallara uygunluğu yazarların sorumluluğundadır.

- Araştırmanın tasarlanması, tasarımın gözden geçirilmesi ve araştırmanın yürütülmesinde, bütünlük, kalite ve şeffaflık ilkeleri sağlanmalıdır.
- Araştırma ekibi ve katılımcılar, araştırmanın amacı, yöntemleri ve öngörülen olası kullanımları; araştırmaya katılımın gerektirdikleri ve varsa riskleri hakkında tam olarak bilgilendirilmelidir.
- Araştırma katılımcılarının sağladığı bilgilerin gizliliği ve yanıt verenlerin gizliliği sağlanmalıdır. Araştırma katılımcıların özerkliğini ve saygınlığını koruyacak şekilde tasarlanmalıdır.
- Araştırma katılımcıları gönüllü olarak araştırmada yer almalı, herhangi bir zorlama altında olmamalıdır.
- Katılımcıların zarar görmesinden kaçınılmalıdır. Araştırma, katılımcıları riske sokmayacak şekilde planlanmalıdır.
- Araştırma bağımsızlığıyla ilgili açık ve net olunmalı; çıkar çatışması varsa belirtilmelidir.
- Deneysel çalışmalarda, araştırmaya katılmaya karar veren katılımcıların yazılı bilgilendirilmiş onayı alınmalıdır. Çocukların ve vesayet altındakilerin veya tasdiklenmiş akıl hastalığı bulunanların yasal vasisinin onayı alınmalıdır.
- Çalışma herhangi bir kurum ya da kuruluştaki gerçekleştirilecekse bu kurum ya da kuruluştan çalışma yapılacağına dair onay alınmalıdır.

- İnsan ögesi bulunan çalışmalarda, “yöntem” bölümünde katılımcılardan “bilgilendirilmiş onam” alındığının ve çalışmanın yapıldığı kurumdan etik kurul onayı alındığı belirtilmesi gerekir.

### **Yazarların Sorumluluğu**

Makalelerin bilimsel ve etik kurallara uygunluğu yazarların sorumluluğundadır. Yazar makalenin orijinal olduğu, daha önce başka bir yerde yayınlanmadığı ve başka bir yerde, başka bir dilde yayınlanmak üzere değerlendirmede olmadığı konusunda teminat sağlamalıdır. Uygulamadaki telif kanunları ve anlaşmaları gözetilmelidir. Telifle bağlı materyaller (örneğin tablolar, şekiller veya büyük alıntılar) gerekli izin ve teşekkürle kullanılmalıdır. Başka yazarların, katkıda bulunanların çalışmaları ya da yararlanılan kaynaklar uygun biçimde kullanılmalı ve referanslarda belirtilmelidir.

Gönderilen makalede tüm yazarların akademik ve bilimsel olarak doğrudan katkısı olmalıdır, bu bağlamda “yazar” yayınlanan bir araştırmanın kavramsallaştırılmasına ve dizaynına, verilerin elde edilmesine, analizine ya da yorumlanmasına belirgin katkı yapan, yazının yazılması ya da bunun içerik açısından eleştirel biçimde gözden geçirilmesinde görev yapan birisi olarak görülür. Yazar olabilmenin diğer koşulları ise, makaledeki çalışmayı planlamak veya icra etmek ve / veya revize etmektir. Fon sağlanması, veri toplanması ya da araştırma grubunun genel süpervizyonu tek başına yazarlık hakkı kazandırmaz. Yazar olarak gösterilen tüm bireyler sayılan tüm ölçütleri karşılamalıdır ve yukarıdaki ölçütleri karşılayan her birey yazar olarak gösterilebilir. Yazarların isim sıralaması ortak verilen bir karar olmalıdır. Tüm yazarlar yazar sıralamasını Telif Hakkı Anlaşması Formu’nda imzalı olarak belirtmek zorundadırlar.

Yazarlık için yeterli ölçütleri karşılamayan ancak çalışmaya katkısı olan tüm bireyler “teşekkür / bilgiler” kısmında sıralanmalıdır. Bunlara örnek olarak ise sadece teknik destek sağlayan, yazıma yardımcı olan ya da sadece genel bir destek sağlayan, finansal ve materyal desteği sunan kişiler verilebilir.

Bütün yazarlar, araştırmanın sonuçlarını ya da bilimsel değerlendirmeyi etkileyebilme potansiyeli olan finansal ilişkiler, çıkar çatışması ve çıkar rekabetini beyan etmelidirler. Bir yazar kendi yayınlanmış yazısında belirgin bir hata ya da yanlışlık tespit ederse, bu yanlışlıklara ilişkin düzeltme ya da geri çekme için editör ile hemen temasa geçme ve işbirliği yapma sorumluluğunu taşır.

### **Editör ve Hakem Sorumlulukları**

Baş editör, makaleleri, yazarların etnik kökeninden, cinsiyetinden, cinsel yöneliminden, uyruğundan, dini inancından ve siyasi felsefesinden bağımsız olarak değerlendirir. Yayına gönderilen makalelerin adil bir şekilde çift taraflı kör hakem değerlendirmesinden geçmelerini sağlar. Gönderilen makalelere ilişkin tüm bilginin, makale yayınlanana kadar gizli kalacağını garanti eder. Baş editör içerik ve yayının toplam kalitesinden sorumludur. Gereğinde hata sayfası yayınlamalı ya da düzeltme yapmalıdır.

Baş editör; yazarlar, editörler ve hakemler arasında çıkar çatışmasına izin vermez. Hakem atama konusunda tam yetkiye sahiptir ve Dergide yayınlanacak makalelerle ilgili nihai kararı vermekle yükümlüdür.

Hakemlerin araştırmayla ilgili, yazarlarla ve/veya araştırmanın finansal destekçileriyle çıkar çatışmaları olmamalıdır. Değerlendirmelerinin sonucunda tarafsız bir yargıya varmalıdırlar.

Gönderilmiş yazılara ilişkin tüm bilginin gizli tutulmasını sağlamalı ve yazar tarafında herhangi bir telif hakkı ihlali ve intihal fark ederlerse editöre raporlamalıdır. Hakem, makale konusu hakkında kendini vasıflı hissetmiyor ya da zamanında geri dönüş sağlaması mümkün görünmüyorsa, editöre bu durumu bildirmeli ve hakem sürecine kendisini dahil etmemesini istemelidir.

Değerlendirme sürecinde editör hakemlere gözden geçirme için gönderilen makalelerin, yazarların özel mülkü olduğunu ve bunun imtiyazlı bir iletişim olduğunu açıkça belirtir. Hakemler ve yayın kurulu üyeleri başka kişilerle makaleleri tartışamazlar. Hakemlerin kimliğinin gizli kalmasına özen gösterilmelidir. Bazı durumlarda editörün kararıyla, ilgili hakemlerin makaleye ait yorumları aynı makaleyi yorumlayan diğer hakemlere gönderilerek hakemlerin bu süreçte aydınlatılması sağlanabilir.

### YAZILARIN HAZIRLANMASI

#### Dil

Derginin yayın dili Türkçe ve İngilizce'dir. Türkçe dilinde başvuru yapan makalelerde İngilizce öz, anahtar kelime ve genişletmiş özet yer almalıdır. İngilizce dilince başvuru yapan makalelerde genişletilmiş özete ihtiyaç duyulmamaktadır.

#### Yazıların Hazırlanması ve Gönderimi

Aksi belirtilmedikçe gönderilen yazılarla ilgili tüm yazışmalar ilk yazarla yapılacaktır. Makale gönderimi online olarak ve <http://ppil.istanbul.edu.tr> üzerinden yapılmalıdır. Gönderilen yazılar, yazının yayınlanmak üzere gönderildiğini ifade eden, makale türünü belirten ve makaleyle ilgili bilgileri içeren (bkz: Son Kontrol Listesi) bir mektup; yazının elektronik formunu içeren Microsoft Word 2003 ve üzerindeki versiyonları ile yazılmış elektronik dosya ve tüm yazarların imzaladığı Telif Hakkı Anlaşması Formu eklenerek gönderilmelidir.

1. Çalışmalar, A4 boyutundaki kağıdın bir yüzüne, üst, alt, sağ ve sol taraftan 2,5 cm. boşluk bırakılarak, 12 punto Times New Roman harf karakterleriyle ve 1,5 satır aralık ölçüsü ile hazırlanmalıdır.
2. Çalışmalar 4500 - 8500 sözcük arasında olmalı ve sayfa numaraları sayfanın altında ve ortada yer almalıdır.
3. Yazar/yazarların adları çalışmanın başlığının hemen altında sağa bitişik şekilde verilmelidir. Ayrıca yıldız dipnot şeklinde (\*) yazarın unvanı, kurumu ve e-posta adresi ve telefonu sayfanın en altında dipnotta belirtilmelidir.
4. Dergimize gönderilen Türkçe makalelerde Giriş bölümünden önce 200-250 sözcük arasında çalışmanın kapsamını, amacını, ulaşılan sonuçları ve kullanılan yöntemi kaydeden Türkçe ve İngilizce öz (abstract) ile Türkçe makalelerde 800-1000 kelime içeren İngilizce genişletilmiş özet yer almalıdır. İngilizce makalelerde ise, yalnızca İngilizce öz (abstract) yer almalıdır. İngilizce ve Türkçe özlerin altında çalışmanın içeriğini temsil eden 3-5 İngilizce, 3-5 Türkçe anahtar kelime yer almalıdır.
5. Çalışmaların başlıca şu unsurları içermesi gerekmektedir: Başlık, Türkçe öz ve anahtar kelimeler; İngilizce başlık, İngilizce öz ve anahtar kelimeler; İngilizce genişletilmiş özet, ana metin bölümleri, son notlar ve kaynaklar.
6. Metin içi alıntılama ve kaynak gösterme için OSCOLA kaynak sitilinin 4. versiyonu kullanılmalıdır. OSCOLA 4 stili hakkında bilgi için; <http://ppil.istanbul.edu.tr/tr/content/>

yazarlara-bilgi/kaynaklar sayfasını ziyaret edebilir veya Yazarlara Bilgi'nin Kaynaklar başlığı altında ilgili açıklama ve örnekleri inceleyebilirsiniz.

7. Çalışmalarda tablo, grafik ve şekil gibi göstergeler ancak çalışmanın takip edilebilmesi açısından gereklilik arz ettiği durumlarda, numaralandırılarak, tanımlayıcı bir başlık ile birlikte verilmelidir. Tablolara ait başlık üstte, Şekiller'e ait başlık altta yer almalıdır. Demografik özellikler gibi metin içinde verilebilecek veriler, ayrıca tablolar ile ifade edilmemelidir.
8. Yayınlanmak üzere gönderilen makale ile birlikte yazar bilgilerini içeren kapak sayfası gönderilmelidir. Kapak sayfasında, makalenin başlığı, yazar veya yazarların bağlı oldukları kurum ve unvanları, kendilerine ulaşılabilecek adresler, cep, iş ve faks numaraları ve e-posta adresleri yer almalıdır (bkz. Son Kontrol Listesi).
9. Kurallar dâhilinde dergimize yayınlanmak üzere gönderilen çalışmaların her türlü sorumluluğu yazar/yazarlarına aittir.
10. Yayın kurulu ve hakem raporları doğrultusunda yazarlardan, metin üzerinde bazı düzeltmeler yapmaları istenebilir.
11. Yayınlanmasına karar verilen çalışmaların, yazar/yazarlarının her birine dergi gönderilir.
12. Dergiye gönderilen çalışmalar yayınlansın veya yayınlanmasın geri gönderilmez.

### Yazım ve Atıf Kuralları

#### 1. Genel Hususlar

- a) Kısaltmalarda nokta kullanılmamalıdır.
- b) Bir dipnotta birden fazla esere atıf yapılıyorsa, her bir eser noktalı virgül ile ayrılmalıdır.
- c) Atıflarda *supra*, *infra*, *ante*, *id*, *loc cit*, *op cit*, *contra* kısaltmaları kullanılmamalıdır.
- d) İçindekiler kısmına yer verilmemelidir.
- e) Kısaltmalar cetveline yer verilmemelidir.

#### 2. Öz / Abstract

Makalelerde 250'şer kelimedenden oluşan Türkçe öz ve İngilizce abstract bölümlerine yer verilmelidir.

#### 3. Anahtar Kelimeler / Keywords

- a) Öz bölümünün altında Türkçe en az 5 en çok 15 anahtar kelime kullanılmalıdır.
- b) 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

a) Türk mevzuatına atıf, aşağıdaki örnekte gösterildiği şekilde yapılmalıdır:

*Örnek* <sup>2</sup>Nüfus Hizmetleri Kanunu, Kanun Numarası: 5490, Kabul Tarihi: 25.4.2006, RG 29.4.2006/26153

b) 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]:

<sup>3</sup>B Bahadır Erdem, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (6th edn, Beta 2017) 165.

*Örnek* [Çok yazarlı kitaplar]

<sup>5</sup>Aysel Çelikel and Günseli Öztekin Gelgel, *Yabancılar Hukuku* (24th edn, Beta 2019) 86ff.

<sup>8</sup>Cemal Şanlı, Emre Esen and İnci Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk* (6th edn, Vedat 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* <sup>9</sup>Rumeysa 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* <sup>11</sup>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.

<sup>14</sup>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* <sup>17</sup>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* <sup>21</sup>Sarah Cole, 'Virtual Friend Fires Employee' (*Naked Law*, 1 May 2009) <[www.nakedlaw.com/2009/05/index.html](http://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* <sup>5</sup>Aysel Çelikel and Günseli Öztekin Gelgel, *Yabancılar Hukuku* (24th edn, Beta 2019) 86.

...

<sup>26</sup>Çelikel and Öztekin Gelgel (n 5) 112.

<sup>27</sup>ibid 114-115.

### 12. Aynı Yazarın Birden Fazla Eserine Atıf

Aynı yazarın birden fazla eserine yapılacak atıflarda eser adları uygun şekilde kısaltılmalıdır:

Örnek <sup>28</sup>Erdem, *Vatandaşlık Hukuku* (n 3) 142.

<sup>31</sup>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.

**Atıf kuralları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. OSCOLA 4th Edition:** [https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/oscola\\_4th\\_edn\\_hart\\_2012.pdf](https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/oscola_4th_edn_hart_2012.pdf)

### SON KONTROL LİSTESİ

Aşağıdaki listede eksik olmadığından emin olun:

- Editöre mektup
  - ✓ Makalenin türü
  - ✓ Başka bir dergiye gönderilmemiş olduğu bilgisi
  - ✓ Sponsor veya ticari bir firma ile ilişkisi (varsa belirtiniz)
  - ✓ İstatistik kontrolünün yapıldığı (araştırma makaleleri için)
  - ✓ İngilizce yönünden kontrolünün yapıldığı
  - ✓ Yazarlara Bilgide detaylı olarak anlatılan dergi politikalarının gözden geçirildiği
  - ✓ Kaynakların OSCOLA 4'e göre belirtildiği
- Telif Hakkı Anlaşması Formu
- Daha önce basılmış ve telifte bağlı materyal (yazı-resim-tablo) kullanılmış ise izin belgesi
- Kapak sayfası
  - ✓ Makalenin türü
  - ✓ Makalenin Türkçe ve İngilizce başlığı
  - ✓ Yazarların ismi soyadı, unvanları ve bağlı oldukları kurumlar (üniversite ve fakülte bilgisinden sonra şehir ve ülke bilgisi de yer almalıdır), e-posta adresleri
  - ✓ Sorumlu yazarın e-posta adresi, açık yazışma adresi, iş telefonu, GSM, faks nosu
  - ✓ Tüm yazarların ORCID'leri
- Makale ana metni
  - ✓ Makalenin Türkçe ve İngilizce başlığı
  - ✓ Özetler: 200-250 kelime Türkçe ve 200-250 kelime İngilizce
  - ✓ Anahtar Kelimeler: 3-5 adet Türkçe ve 3-5 adet İngilizce
  - ✓ Makale Türkçe ise, 800-1000 kelime İngilizce genişletilmiş özet (Extended Abstract)
  - ✓ Finansal destek (varsa belirtiniz)
  - ✓ Çıkar çatışması (varsa belirtiniz)
  - ✓ Teşekkür (varsa belirtiniz)
  - ✓ Kaynaklar
  - ✓ Tablolar-Resimler, Şekiller (başlık, tanım ve alt yazılarıyla)



### AIM AND SCOPE

*Public and Private International Law Bulletin* (PPIL), which is regularly being published by Istanbul University Faculty of Law Research Center of International Law and International Relations since 1981, is an international academic journal. Articles submitted to Public and Private International Law (PPIL) are subject to a double-blind peer-review evaluation system. Public and Private International Law (PPIL) is published twice a year, in June and December. The academic papers requested to be published in Public and Private International Law (PPIL) have to be submitted by the latest April 30th for June issue and October 31st for December issue.

Disciplinary and interdisciplinary academic papers focused on the diverse faces of public and private international law in connection with the basis of justice are being published in *Public and Private International Law Bulletin* (PPIL). Therefore, while following public and private international law and international relations issues and publishing related academic papers this journal aims to help academicians studying or making researches in the same field.

Besides academic articles on public international law and private international law, book reviews regarding the same subjects and evaluations of related court decisions are published in *Public and Private International Law Bulletin* (PPIL).

Mainly preferred topics of (a) public international law and (b) private international law in *Public and Private International Law Bulletin* (PPIL) are listed below.

#### (a) Public International Law

1. International Law (in general, i.e., History, Philosophy, Theory, Sources, Subjects of International Law; The Relations of International and National laws)
2. International Law Personality, Recognition of States and Governments
3. Territorial Sovereignty and State Jurisdiction
4. International Transactions: Unilateral Acts and The Law of Treaties
5. International Peace and Security Law and Use of Force
6. International Human Rights Law
7. International Environmental Law
8. International Humanitarian Law ( Armed Conflicts Law)
9. International Organizations Law
10. International Law of the Sea
11. International Economic Law
12. State Responsibility
13. International Criminal Law
14. International Refugees Law
15. Peaceful Settlement of International Disputes (Diplomatic and Judicial Means)
16. International Air and Space law
17. Transboundary Waters and Aquifer (groundwaters) Law

(b) Private International Law:

1. General Principles of Private International Law
2. International Procedure Law
3. Conflict of Laws Rules
4. International Investment Law
5. Law on Aliens (i.e., Social Rights, Property Rights, Right to Education)
6. Citizenship Law
7. International Jurisdiction
8. Recognition and Enforcement of Foreign Court Judgements and Foreign Arbitration Awards
9. International Family and Child Law
10. International Contracts Law
11. Alternative Dispute Resolutions
12. International Commercial Arbitration
13. Migration Law

Intersecting topics of these two areas such as immigration and refugee law, investment law are also being subject to interdisciplinary legal reviews.

## EDITORIAL POLICIES AND PEER REVIEW PROCESS

### Publication Policy

The subjects covered in the manuscripts submitted to the Journal for publication must be in accordance with the aim and scope of the journal. The journal gives priority to original research papers submitted for publication.

### General Principles

Only those manuscripts approved by its every individual author and that were not published before in or sent to another journal, are accepted for evaluation.

Submitted manuscripts that pass preliminary control are scanned for plagiarism using iThenticate software. After plagiarism check, the eligible ones are evaluated by editor-in-chief for their originality, methodology, the importance of the subject covered and compliance with the journal scope.

Short presentations that took place in scientific meetings can be referred if indicated in the article. The editor hands over the papers matching the formal rules to at least two national/international referees for evaluation and gives green light for publication upon modification by the authors in accordance with the referees' claims. Changing the name of an author (omission, addition or order) in papers submitted to the Journal requires written permission of all declared authors. Refused manuscripts and graphics are not returned to the author.

### Copyright Notice

Authors publishing with Turkish Journal of Bioscience and Collections retain the copyright to their work, licensing it under the Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International (CC BY-NC 4.0) license that gives permission to copy and redistribute the material in any medium or format other than commercial purposes as well as remix, transform and build upon the material by providing appropriate credit to the original work.

### **Open Access Statement**

Public and Private International Law Bulletin is an open access journal which means that all content is freely available without charge to the user or his/her institution. Except for commercial purposes, users are allowed to read, download, copy, print, search, or link to the full texts of the articles in this journal without asking prior permission from the publisher or the author.

The articles in Public and Private International Law Bulletin are open access articles licensed under the terms of the Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0) (<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.en/>)

### **Article Processing Charge**

All expenses of the journal are covered by the Istanbul University. Processing and publication are free of charge with the journal. There is no article processing charges or submission fees for any submitted or accepted articles.

### **Peer Review Process**

Only those manuscripts approved by its every individual author and that were not published before in or sent to another journal, are accepted for evaluation.

Submitted manuscripts that pass preliminary control are scanned for plagiarism using iThenticate software. After plagiarism check, the eligible ones are evaluated by Editor-in-Chief for their originality, methodology, the importance of the subject covered and compliance with the journal scope. Editor-in-Chief evaluates manuscripts for their scientific content without regard to ethnic origin, gender, sexual orientation, citizenship, religious belief or political philosophy of the authors and ensures a fair double-blind peer review of the selected manuscripts.

The selected manuscripts are sent to at least two national/international referees for evaluation and publication decision is given by Editor-in-Chief upon modification by the authors in accordance with the referees' claims.

Editor-in-Chief does not allow any conflicts of interest between the authors, editors and reviewers and is responsible for final decision for publication of the manuscripts in the Journal.

Reviewers' judgments must be objective. Reviewers' comments on the following aspects are expected while conducting the review.

- Does the manuscript contain new and significant information?
- Does the abstract clearly and accurately describe the content of the manuscript?
- Is the problem significant and concisely stated?
- Are the methods described comprehensively?
- Are the interpretations and conclusions justified by the results?
- Is adequate references made to other Works in the field?
- Is the language acceptable?

Reviewers must ensure that all the information related to submitted manuscripts is kept as confidential and must report to the editor if they are aware of copyright infringement and plagiarism on the author's side.

A reviewer who feels unqualified to review the topic of a manuscript or knows that its prompt review will be impossible should notify the editor and excuse himself from the review process.

The editor informs the reviewers that the manuscripts are confidential information and that this is a privileged interaction. The reviewers and editorial board cannot discuss the manuscripts with other persons. The anonymity of the referees is important.

### **PUBLICATION ETHICS AND PUBLICATION MALPRACTICE STATEMENT**

Public and Private International Law Bulletin is committed to upholding the highest standards of publication ethics and pays regard to Principles of Transparency and Best Practice in Scholarly Publishing published by the Committee on Publication Ethics (COPE), the Directory of Open Access Journals (DOAJ), the Open Access Scholarly Publishers Association (OASPA), and the World Association of Medical Editors (WAME) on <https://publicationethics.org/resources/guidelines-new/principles-transparency-and-best-practice-scholarly-publishing>

All parties involved in the publishing process (Editors, Reviewers, Authors and Publishers) are expected to agree on the following ethical principles.

All submissions must be original, unpublished (including as full text in conference proceedings), and not under the review of any other publication synchronously. Each manuscript is reviewed by one of the editors and at least two referees under double-blind peer review process. Plagiarism, duplication, fraud authorship/denied authorship, research/data fabrication, salami slicing/salami publication, breaching of copyrights, prevailing conflict of interest are unethical behaviors.

All manuscripts not in accordance with the accepted ethical standards will be removed from the publication. This also contains any possible malpractice discovered after the publication. In accordance with the code of conduct we will report any cases of suspected plagiarism or duplicate publishing.

### **Research Ethics**

The journal adheres to the highest standards in research ethics and follows the principles of international research ethics as defined below. The authors are responsible for the compliance of the manuscripts with the ethical rules.

- Principles of integrity, quality and transparency should be sustained in designing the research, reviewing the design and conducting the research.
- The research team and participants should be fully informed about the aim, methods, possible uses and requirements of the research and risks of participation in research.
- The confidentiality of the information provided by the research participants and the confidentiality of the respondents should be ensured. The research should be designed to protect the autonomy and dignity of the participants.
- Research participants should participate in the research voluntarily, not under any coercion.
- Any possible harm to participants must be avoided. The research should be planned in such a way that the participants are not at risk.

- The independence of research must be clear; and any conflict of interest or must be disclosed.
- In experimental studies with human subjects, written informed consent of the participants who decide to participate in the research must be obtained. In the case of children and those under wardship or with confirmed insanity, legal custodian's assent must be obtained.
- If the study is to be carried out in any institution or organization, approval must be obtained from this institution or organization.
- In studies with human subject, it must be noted in the method's section of the manuscript that the informed consent of the participants and ethics committee approval from the institution where the study has been conducted have been obtained.

### **Author Responsibilities**

It is authors' responsibility to ensure that the article is in accordance with scientific and ethical standards and rules. And authors must ensure that submitted work is original. They must certify that the manuscript has not previously been published elsewhere or is not currently being considered for publication elsewhere, in any language. Applicable copyright laws and conventions must be followed. Copyright material (e.g. tables, figures or extensive quotations) must be reproduced only with appropriate permission and acknowledgement. Any work or words of other authors, contributors, or sources must be appropriately credited and referenced.

All the authors of a submitted manuscript must have direct scientific and academic contribution to the manuscript. The author(s) of the original research articles is defined as a person who is significantly involved in "conceptualization and design of the study", "collecting the data", "analyzing the data", "writing the manuscript", "reviewing the manuscript with a critical perspective" and "planning/ conducting the study of the manuscript and/or revising it". Fund raising, data collection or supervision of the research group are not sufficient roles to be accepted as an author. The author(s) must meet all these criteria described above. The order of names in the author list of an article must be a co-decision and it must be indicated in the Copyright Agreement Form. The individuals who do not meet the authorship criteria but contributed to the study must take place in the acknowledgement section. Individuals providing technical support, assisting writing, providing a general support, providing material or financial support are examples to be indicated in acknowledgement section.

All authors must disclose all issues concerning financial relationship, conflict of interest, and competing interest that may potentially influence the results of the research or scientific judgment.

When an author discovers a significant error or inaccuracy in his/her own published paper, it is the author's obligation to promptly cooperate with the Editor to provide retractions or corrections of mistakes.

### **Responsibility for the Editor and Reviewers**

Editor-in-Chief evaluates manuscripts for their scientific content without regard to ethnic origin, gender, sexual orientation, citizenship, religious belief or political philosophy of the authors. He/ She provides a fair double-blind peer review of the submitted articles for publication and ensures that all the information related to submitted manuscripts is kept as confidential before publishing.

## INFORMATION FOR AUTHORS

---

Editor-in-Chief is responsible for the contents and overall quality of the publication. He/She must publish errata pages or make corrections when needed.

Editor-in-Chief does not allow any conflicts of interest between the authors, editors and reviewers. Only he has the full authority to assign a reviewer and is responsible for final decision for publication of the manuscripts in the Journal.

Reviewers must have no conflict of interest with respect to the research, the authors and/or the research funders. Their judgments must be objective.

Reviewers must ensure that all the information related to submitted manuscripts is kept as confidential and must report to the editor if they are aware of copyright infringement and plagiarism on the author's side.

A reviewer who feels unqualified to review the topic of a manuscript or knows that its prompt review will be impossible should notify the editor and excuse himself from the review process.

The editor informs the reviewers that the manuscripts are confidential information and that this is a privileged interaction. The reviewers and editorial board cannot discuss the manuscripts with other persons. The anonymity of the referees must be ensured. In particular situations, the editor may share the review of one reviewer with other reviewers to clarify a particular point.

## MANUSCRIPT ORGANIZATION

### Language

Articles in Turkish and English are published. Submitted Turkish article must include an English abstract, keyword and an extended abstract. Extended abstract in English is not required for articles in English.

### Manuscript Organization and Format

All correspondence will be sent to the first-named author unless otherwise specified. Manuscript is to be submitted online via <http://ppil.istanbul.edu.tr/en/> and it must be accompanied by a cover letter indicating that the manuscript is intended for publication, specifying the article category (i.e. research article, review etc.) and including information about the manuscript (see the Submission Checklist). Manuscripts should be prepared in Microsoft Word 2003 and upper versions. In addition, Copyright Transfer Form that has to be signed by all authors must be submitted.

1. The manuscripts should be in A4 paper standards: having 2.5 cm margins from right, left, bottom and top, Times New Roman font style in 12 font size, line spacing of 1.5 and “justify align” format. For indented paragraph, tab key should be used. One line spacing should be used for the tables and figures, which are included in the text.
2. The title of the text should be centered on the page, in lower-case letter, bold, Times New Roman font and 14 font size.
3. Information about the author is to be written on the left part of the page skipping one line space after the title, and it should be in Times New Roman font, 10 font size, with one line spacing. After indicating the name of the author in lower-case letter and surname in capital

letter, the title, affiliation, and e-mail address should be included.

4. Before the introduction part, there should be an abstract of 200-250 words both in the language of the article and in English. An extended abstract in English between 600-800 words, summarizing the scope, the purpose, the results of the study and the methodology used is to be included following the abstracts. If the manuscript is in English, extended abstract is not required. Underneath the abstracts, 5 keywords that inform the reader about the content of the study should be specified in the language of the article and in English.
6. The manuscripts should contain mainly these components: title, abstract and keywords; extended abstract (If the manuscript is in English, extended abstract is not required), sections, footnotes and references.
7. Tables, graphs and figures can be given with a number and a defining title if and only if it is necessary to follow the idea of the article. Otherwise features like demographic characteristics can be given within the text.
8. A title page including author information must be submitted together with the manuscript. The title page is to include fully descriptive title of the manuscript and, affiliation, title, e-mail address, ORCID, postal address, phone and fax number of the author(s) (see The Submission Checklist).
9. The rights of the manuscripts submitted to our journal for publication, belongs to the author(s).
10. The author(s) can be asked to make some changes in their articles due to peer reviews.
11. A copy of the journal will be sent to each author of the accepted articles upon their request.
12. The studies that were sent to the journal will not be returned whether they are published or not.

## REFERENCES

### Reference Style and Format

Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul offers two options of referencing style. Authors should use OSCOLA OSCOLA (Oxford Standard for the Citation of Legal Authorities) is published by the University of Oxford and detail and examples about the style can be found at <https://www.law.ox.ac.uk/research-subject-groups/publications/oscola>

### OSCOLA Reference Examples

#### 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).

## INFORMATION FOR AUTHORS

---

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](http://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.

### SUBMISSION CHECKLIST

Ensure that the following items are present:

- Cover letter to the editor
  - ✓ The category of the manuscript
  - ✓ Confirming that “the paper is not under consideration for publication in another journal”.
  - ✓ Including disclosure of any commercial or financial involvement.
  - ✓ Confirming that the statistical design of the research article is reviewed.
  - ✓ Confirming that last control for fluent English was done.
  - ✓ Confirming that journal policies detailed in Information for Authors have been reviewed.
  - ✓ Confirming that the references cited in the text and listed in the references section are in line with OSCOLA 4th Edition.
- Copyright Agreement Form
- Permission of previously published copyrighted material if used in the present manuscript
- Title page
  - ✓ The category of the manuscript
  - ✓ The title of the manuscript
  - ✓ All authors’ names and affiliations (institution, faculty/department, city, country), e-mail addresses
  - ✓ Corresponding author’s email address, full postal address, telephone and fax number
  - ✓ ORCIDs of all authors.
- Main Manuscript Document
  - ✓ The title of the manuscript
  - ✓ Abstract (200-250 words)
  - ✓ Key words: 3 to 5 words
  - ✓ Extended Summary (800-1000 words) in English for the articles which are not in English
  - ✓ Grant support (if exists)
  - ✓ Conflict of interest (if exists)
  - ✓ Acknowledgement (if exists)
  - ✓ References
  - ✓ All tables, illustrations (figures) (including title, description, footnotes)

## COPYRIGHT AGREEMENT FORM / TELİF HAKKI ANLAŞMASI FORMU



Istanbul University  
İstanbul Üniversitesi

Journal name: Public and Private International Law Bulletin  
Dergi Adı: Public and Private International Law Bulletin

Copyright Agreement Form  
Telif Hakkı Anlaşması Formu

<b>Responsible/Corresponding Author</b> <i>Sorumlu Yazar</i>	
<b>Title of Manuscript</b> <i>Makalenin Başlığı</i>	
<b>Acceptance date</b> <i>Kabul Tarihi</i>	
<b>List of authors</b> <i>Yazarların Listesi</i>	

Sıra No	Name - Surname <i>Adı-Soyadı</i>	E-mail <i>E-Posta</i>	Signature <i>İmza</i>	Date <i>Tarih</i>
1				
2				
3				
4				
5				

<b>Manuscript Type (Research Article, Review, Short communication, etc.)</b> <i>Makalenin türü (Araştırma makalesi, Derleme, Kısa bildiri, v.b.)</i>	
---	--

<b>Responsible/Corresponding Author:</b> <i>Sorumlu Yazar:</i>	
---	--

<b>University/company/institution</b>	<i>Çalıştığı kurum</i>	
<b>Address</b>	<i>Posta adresi</i>	
<b>E-mail</b>	<i>E-posta</i>	
<b>Phone; mobile phone</b>	<i>Telefon no; GSM no</i>	

**The author(s) agrees that:**  
The manuscript submitted is his/her/their own original work, and has not been plagiarized from any prior work, all authors participated in the work in a substantive way, and are prepared to take public responsibility for the work, all authors have seen and approved the manuscript as submitted, the manuscript has not been published and is not being submitted or considered for publication elsewhere, the text, illustrations, and any other materials included in the manuscript do not infringe upon any existing copyright or other rights of anyone. ISTANBUL UNIVERSITY will publish the content under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International (CC BY-NC 4.0) license that gives permission to copy and redistribute the material in any medium or format other than commercial purposes as well as remix, transform and build upon the material by providing appropriate credit to the original work.  
The Contributor(s) or, if applicable the Contributor's Employer, retain(s) all proprietary rights in addition to copyright, patent rights; to use, free of charge, all parts of this article for the author's future works in books, lectures, classroom teaching or oral presentations, the right to reproduce the article for their own purposes provided the copies are not offered for sale.  
All materials related to manuscripts, accepted or rejected, including photographs, original figures etc., will be kept by ISTANBUL UNIVERSITY for one year following the editor's decision. These materials will then be destroyed.  
I/We indemnify ISTANBUL UNIVERSITY and the Editors of the Journals, and hold them harmless from any loss, expense or damage occasioned by a claim or suit by a third party for copyright infringement, or any suit arising out of any breach of the foregoing warranties as a result of publication of my/our article. I/We also warrant that the article contains no libelous or unlawful statements, and does not contain material or instructions that might cause harm or injury.  
This Copyright Agreement Form must be signed/ratified by all authors. Separate copies of the form (completed in full) may be submitted by authors located at different institutions; however, all signatures must be original and authenticated.

**Yazar(lar) aşağıdaki hususları kabul eder**  
Sunulan makalenin yazar(lar)ın orijinal çalışması olduğunu ve intihal yapmadıklarını, Tüm yazarların bu çalışmaya asıl olarak katılmış olduklarını ve bu çalışma için her türlü sorumluluğu aldıklarını, Tüm yazarların sunulan makalenin son halini gördüklerini ve onayladıklarını, Makalenin başka bir yerde basılmadığını veya basılmak için sunulmadığını, Makalede bulunan metnin, şekillerin ve dokümanların diğer şahıslara aile olan Telif Haklarını ihlal etmediğini kabul ve taahhüt ederler. İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ'nin bu fikri eseri, Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası (CC BY-NC 4.0) lisansı ile yayımlanmasına izin verirler. Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası (CC BY-NC 4.0) lisansı, eserin ticari kullanım dışında her boyut ve formatta paylaşılmasına, kopyalanmasına, çoğaltılmasına ve orijinal esere uygun şekilde atıfta bulunmak kaydıyla yeniden düzenleme, dönüştürme ve eserin üzerine inşa etme dâhil adapte edilmesine izin verir.  
Yazar(lar)ın veya varsa yazar(lar)ın işverenin telif dâhil patent hakları, yazar(lar)ın gelecekte kitaplarında veya diğer çalışmalarında makalenin tümünü ücret ödemediksizin kullanma hakkı makaleyi satmamak koşuluyla kendi amaçları için çoğaltma hakkı gibi fikri mülkiyet hakları saklıdır. Yayımlanan veya yayına kabul edilmeyen makalelerle ilgili dokümanlar (fotoğraf, orijinal şekil vb.) karar tarihinden başlamak üzere bir yıl süreyle İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ'ne saklanır ve bu sürenin sonunda imha edilir.  
Ben/Biz, telif hakkı ihlali nedeniyle üçüncü şahıslara vuku bulacak hak talebi veya açılacak davalarda İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ'ni ve Dergi Editörlerinin hiçbir sorumluluğunun olmadığını, tüm sorumluluğun yazarlara ait olduğunu taahhüt ederim/ederiz.  
Ayrıca Ben/Biz makalede hiçbir suç unsuru veya kanuna aykırı ifade bulunmadığını, araştırma yapılırken kanuna aykırı herhangi bir malzeme ve yöntem kullanılmadığını taahhüt ederim/ederiz.  
Bu Telif Hakkı Anlaşması Formu tüm yazarlar tarafından imzalanmalıdır/onaylanmalıdır. Form farklı kurumlarda bulunan yazarlar tarafından ayrı kopyalar halinde doldurularak sunulabilir. Ancak, tüm imzaların orijinal veya kamitlanabilir şekilde onaylı olması gerekir.

<b>Responsible/Corresponding Author;</b> <i>Sorumlu Yazar;</i>	<b>Signature / İmza</b>	<b>Date / Tarih</b>
		...../...../.....

