

Public and Private International Law Bulletin

Cilt/Volume 41 • Sayı/Number 1

Public and Private International Law Bulletin

Cilt/Volume: 41 • Sayı/Number: 1 • Haziran/June 2021

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

Dizinler / Indexing and Abstracting

TÜBİTAK-ULAKBİM TR Dizin

Public and Private International Law Bulletin
Cilt/Volume: 41 • Sayı/Number: 1 • Haziran/June 2021
ISSN: 2651-5377 • E-ISSN: 2667-4114 • DOI: 10.26650/ppil

Sahibi / Owner

Prof. Dr. Ömer EKMEKÇİ

İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye
Istanbul University, Faculty of Law, Istanbul, Turkey

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü / Responsible Manager

Prof. Dr. Günseli ÖZTEKİN GELGEL

İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye
Istanbul University, Faculty of Law, Istanbul, Turkey

Yazışma Adresi / Correspondence Address

İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi
34116 Beyazıt/Fatih, İstanbul, Türkiye
Telefon / Phone: +90 (212) 440-0000/10800
Faks / Fax: +90 (212) 520 82 86
E-posta: mmaum@istanbul.edu.tr
<http://ppil.istanbul.edu.tr/tr/>
<http://dergipark.gov.tr/ppil>

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 / Printed by

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

Dergide yer alan yazılardan ve aktarılan görüşlerden yazarlar sorumludur.
Authors bear responsibility for the content of their published articles.

Yayın dili Türkçe ve İngilizce.
The publication languages of the journal are Turkish and English.

Haziran ve Aralık aylarında, yılda iki sayı olarak yayımlanan uluslararası, hakemli, açık erişimli ve bilimsel bir dergidir.
This is a scholarly, international, peer-reviewed and open-access journal published biannually in June and December.

Yayın Türü / Publication Type: Yaygın Süreli / Periodical

DERGİ YAZI KURULU / EDITORIAL MANAGEMENT BOARD

Baş Editörler / Editors-in-Chief

Doç. Dr. İnci Ataman FİGANMEŞE, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye - inci.figanmese@istanbul.edu.tr
Dr. Öğr. Üyesi Galip Engin ŞİMŞEK, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye - gesimsek@istanbul.edu.tr

Baş Editör Yardımcıları / Co-Editors-in-Chief

Dr. Öğr. Üyesi Mine Tan Dehmen, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye - minetan@istanbul.edu.tr
Arş. Gör. Dr. Enver Arıkoğlu, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi İstanbul, Türkiye - enar@istanbul.edu.tr

Yönetici Editör / Managing Editor

Arş. Gör. Dr. Verda Neslihan AKÜN, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye - vnakun@istanbul.edu.tr

Alan Editörleri / Section Editors

Dr. Öğr. Üyesi Ayşe Elif ULUSU KARATAŞ, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye - eulusu@istanbul.edu.tr
Dr. Öğr. Üyesi Ayşe Yasemin AYDOĞMUŞ, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, Türkiye - yasemin.aydogmus@istanbul.edu.tr
Arş. Gör. Dr. Elif BAŞKARACAOĞLU, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye - ebaskara@istanbul.edu.tr
Arş. Gör. Dr. Nebile Pelin MANTI, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye - npmanti@istanbul.edu.tr

Dil Editörleri / Language Editors

Alan James NEWSON, İstanbul Üniversitesi, Yabancı Diller Yüksek Okulu, İstanbul, Türkiye - alan.newson@istanbul.edu.tr
Elizabeth Mary EARL, İstanbul Üniversitesi, Yabancı Diller Yüksek Okulu, İstanbul, Türkiye - elizabeth.earl@istanbul.edu.tr

YAYIN KURULU / EDITORIAL BOARD

Prof. Dr. Naciye Günseli GELGEL, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, Türkiye - gunseli.gelgel@istanbul.edu.tr
Prof. Dr. Rauf VERSAN, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, Türkiye - versanr@istanbul.edu.tr
Prof. Dr. İbrahim KAYA, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, Türkiye - ibrahim.kaya@istanbul.edu.tr
Prof. Dr. Cüneyt YÜKSEL, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, Türkiye - cuneyt.yuksel@istanbul.edu.tr
Prof. Dr. Faruk Kerem GİRAY, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, Türkiye - fkerem@istanbul.edu.tr
Prof. Dr. Don WALLACE, Uluslararası Hukuk Enstitüsü, Washington, Amerika Birleşik Devletleri - wallace@ili.org
Prof. Dr. Evangelos VASSILAKAKIS, Selanik Aristoteles Üniversitesi, Selanik, Yunanistan - evasilak@hotmail.com
Prof. Dr. Silke Ruth LASKOWSKI, Kassel Üniversitesi, Hessen, Almanya - laskowsk@uni-kassel.de
Prof. Dr. Julien CHAISSE, Hong Kong Çin Üniversitesi, Sha Tin, Hong Kong - julien.chaisse@cuhk.edu.hk
Prof. Dr. David P. STEWART, Georgetown Üniversitesi, Washington, Amerika Birleşik Devletleri - stewartd@law.georgetown.edu

İÇİNDEKİLER / TABLE OF CONTENTS

ARAŞTIRMA MAKALELERİ / RESEARCH ARTICLES

Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçheleri Hakkında Sözleşme m.13/1-b Hükümü Kapsamında “Ev İçi Şiddet” Olgusu: Eleştirel Bir Değerlendirme Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction Article 13/1 (b) and “Domestic Violence”: A Critical Review 1 Onur Can Saatcioğlu	1
Compensation for Unlawful Practices related to Administrative Detention of Foreigners in Turkey 41 Gamze Ovacık	41
Türk Deniz Ticaretini Düzenleyen Hükümlerin TTK m. 935 Anlamında ve “Gemi” Kavramı Çerçevesinde Uygulama Alanı: Türkiye'nin Taraf Olduğu İlgili Milletlerarası Sözleşmelerin Uygulama Alanları ile Karşılaştırmalı Bir İnceleme The Application Area of the Articles Governing Turkish Maritime Law in terms of TCC Art.935 and within the Framework of the “Ship” Concept: A Comparative Examination on the Application Areas of Concerning International Conventions that Turkey is Contracting State to 63 Nil Kula Değirmenci	63
Vatandaşlığa İlişkin Bazı Meseleler Hakkında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Decisions of the European Court of Human Rights on Certain Issues Regarding Nationality 99 Gülce Gümürlü Tunçağıl	99
TWAIL'i Anlamak: Uluslararası Hukuka Eleştirel Bir Yaklaşım Understanding TWAIL: A Critical Approach to International Law 129 Şahin Eray Kırdım	129
Çok Uluslu Şirketlerin Sınır Ötesi Faaliyetleri ve Haksız Fiil Sorumluluğu: <i>Vedanta v Lungowe</i> ve <i>Okpabi v Shell</i> Kararları Çerçevesinde İngiliz Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi Cross-Border Activities of Multinational Companies and Tort Liability: International Jurisdiction of English Courts within the Framework of <i>Vedanta v Lungowe</i> and <i>Okpabi v Shell</i> Decisions 159 Meltem Ece Oba	159
Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses after UML on Mediation 2018 and the Singapore Convention Arabuluculuk Hakkında Model Kanun 2018 ve Singapur Konvansiyonu'nundan Sonra Çok Aşamalı Uyuşmazlık Çözüm Sözleşmeleri 191 Dilek Aydemir	191
Uluslararası Satımda 2020 INCOTERMS® Kuralları ve Hasarın Geçiş INCOTERMS® 2020 Rules on International Sales and Transfer of Risks 231 Yusuf Çalışkan	231
Uluslararası Hukukta Eylemin Devlete Atfedilmesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Ülke Dışı Yetki Arasındaki İlişki The Relationship Between Attribution of an Act to a State in International Law and Extraterritorial Jurisdiction within the Context of the European Convention on Human Rights 261 Miray Azaklı Köse	261
Seri Tahkim Yargılaması ve Güncel Uygulamaları Fast-Track Arbitration and its Current Practices 287 Ayşe Yasemin Aydoğmuş	287

TEORİK MAKALE / THEORETICAL ARTICLE

İnsanlığa Karşı Suçlarda Sosyal Kimlik Motivasyonu Üzerine Mantıksal Bir Yaklaşım A Logical Approach to the Effect of Social Identity Motivation in Crimes Against Humanity 329 Abdulkadir Nacar	329
--	-----

KİTAP DEĞERLENDİRMESİ / BOOK REVIEW

<i>The American Influence on International Commercial Arbitration: Doctrinal Developments and Discovery Methods</i> , 2nd ed, by Pedro J. Martinez-Fraga, eds, Cambridge: Cambridge University Press, 2020, ISBN: 978-11-07-15152-9, 474 pages 385 Cüneyt Yüksel, Can Eken	385
---	-----



Public and Private International Law Bulletin

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçheleri Hakkında Sözleşme m.13/1-b Hükmü Kapsamında “Ev İçi Şiddet” Olgusu: Eleştirel Bir Değerlendirme

Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction Article 13/1(b) and “Domestic Violence”: A Critical Review

Onur Can Saatcioğlu^{*}

Öz

1980 Tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçheleri Hakkında Sözleşme, 16 yaşını tamamlamamış çocuğun, velayet hakkı ihlal edilerek bir ülkeden diğer bir ülkeye götürülmesi veya alıkonulması halinde, derhal mutad meskeninin bulunduğu ülkeye geri dönmelerini veya şahsi ilişki kurma hakkının tesis edilmesini sağlamayı amaçlamaktadır. Sözleşme, çocuğun üstün menfaatinin en iyi gözetileceği yerin, onun mutad meskeni ülkesi olduğunu varsaymaktadır. Öte yandan, anılan varsayımın çeşitli istisnaları olabileceği de, Sözleşme’nin birden fazla maddesinde getirilmiş hükümler ile kabul edilmiştir. Bu hükümler arasında uygulamada en sık başvurulan istisna m.13/1-b hükmünde yer alan “ciddi risk istisnası” olup, iade edilmesi halinde çocuğun fiziki veya psikolojik bir tehlikeye maruz kalacağı yahut başka bir şekilde, müsamaha edilemeyecek bir duruma düşeceği yolunda ciddi bir risk bulunan hallerde, mahkemeye iade talebini reddedebilme imkanı vermektedir. Söz konusu istisna uygulamasındaki en büyük problem, çocuğu kaçıran kişinin ev içi şiddet mağduru olduğu vakalar bakımından gündeme gelmektedir. Mevcut haliyle Sözleşme sistemi, mağduru ve dolayısıyla çocuğu korumakta yetersiz kalmakta, adil olmayan sonuçlara neden olmaktadır. Bu çalışma, yabancı doktrin görüşleri ışığında problemin kaynağına ve neden olduğu sonuçlara temas ederek, konunun günümüz itibarıyla niçin özel ilgi gerektirdiği hususunu ele almayı ve çeşitli çözüm önerilerine yer vermeyi amaçlamaktadır.

Anahtar Kelimeler

Ev içi şiddet, uluslararası çocuk kaçırma, Lahey Sözleşmesi, koruyucu tedbirler, ciddi risk

Abstract

The Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction aims to secure the prompt return of children who were wrongfully removed to, or retained in, a Contracting State, in violation of the rights of custody or access under the law of another. The Convention is based on the assumption that the best interests of the child is best preserved in the state of the habitual residence of the child concerned. That being said, the Convention also allows for numerous exceptions to that assumption, again laid down in different provisions. Among these, the most frequently invoked exception is stipulated under article 13, paragraph 1-b. Often called the “grave risk exception”, this provision instructs the courts of the requested State that they are not bound to order the return of the child, as long as the person who opposes the return establishes that there is a grave risk that this would expose the child to physical or psychological harm or otherwise place him/her in an intolerable situation. One major problem with the above wording can be seen in cases where the abductor is a victim of domestic violence. The current framework of the Convention frequently leads to undesirable consequences, as it often fails to provide necessary protection both to the victim and the child. This paper is an effort to make this problem more visible. In the light of various criticisms made about this subject over time, the reasons behind it and the possible solutions to it will be examined.

Keywords

Domestic violence, international child abduction, Hague Convention, grave risk, protective measures

* Sorumlu Yazar: Onur Can Saatcioğlu (Dr.), Hacettepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ankara, Türkiye. E-posta: ocstr@hotmail.com
ORCID: 0000-0003-4894-3422

Atf: Saatcioğlu OC, “Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçheleri Hakkında Sözleşme m.13/1-b Hükmü Kapsamında “Ev İçi Şiddet” Olgusu: Eleştirel Bir Değerlendirme” (2021) 41(1) PPII 1. <https://doi.org/10.26650/ppil.2021.41.1.0052>



Extended Summary

The Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction aims to secure the prompt return of children who were wrongfully removed to, or retained in, a Contracting State, in violation of the rights of custody or access under the law of another. The Convention is based on the assumption that the best interests of the child is best preserved in the state of the habitual residence of the child concerned.

That being said, the Convention also allows for numerous exceptions to that assumption, again laid down in different provisions. Among those, the most frequently invoked exception is stipulated under article 13 paragraph 1-b. Often called the “grave risk exception”, this provision instructs the courts of the requested State that they are not bound to order the return of the child, provided that the person who opposes the return establishes that this would involve a grave risk to the child and expose him/her to physical or psychological harm or otherwise place him/her in an intolerable situation.

Perhaps the most intriguing problem regarding the scope of this provision can be seen in cases where the abductor (usually, the mother) is a victim of domestic violence and the abduction was perpetrated in order to escape from this violence. There is no explicit reference to this scenario in the provision, although it is thought to be included within the scope of the phrase “intolerable situation”. In contrast to cases where the child is the victim of the violence, the fact that the mother is the sole recipient seems to have a minor effect on the decision whether or not to return the child. As long as adequate protective measures can be found in the state of the habitual residence, courts tend to return the child, while presuming at the same time that they favoured the child’s best interests according to the Convention.

The current framework of the Convention often leads to undesirable consequences like these. The drafters of the Convention have long been aware of this issue as they continually highlight the need for further work to be carried out on it. However, even though a “Guide to Good Practice” was published very recently with the aim of guiding the courts on the application of this exception, no clear solution has been offered with respect to cases where the mother has suffered from domestic violence. In contrast to this silence, many authors who are themselves experts on cases of international child abduction, have become more and more critical about the approach embraced by the Convention and applied by the courts.

This paper aims to discuss whether this approach is sustainable if we have to protect the best interests of the child. In the first part of this paper, the general view in Turkish law regarding the exception will be examined. In the light of the opinions of scholars and of court decisions, we will try to project a concise image regarding the

current domestic approach. Then, we will try to draw out the guidelines highlighted in the Guide to Good Practice. Since it is the most recent document which aims to guide practitioners, its approach can be expected to be of utmost importance.

Once we have a foundational basis, in the next part we will introduce major criticisms which have been expressed on this issue. One of the observations regarding the Convention upon which most parties are agreed is that, contrary to the initial thoughts of the drafters, most abductors today come in the form of mothers. Additionally, a high percentage of them are apparently escaping from domestic violence. Proved by numerous scientific studies, these two realities necessitate a change in approach and we will try to reveal this necessity by making reference to some of those studies.

Finally, the last part of this paper will discuss possible solutions proposed by certain scholars or initiated by some member states alongside with our own comments about them and generally about the whole issue.

Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçheleri Hakkında Sözleşme m.13/1-b Hükmü Kapsamında “Ev İçi Şiddet” Olgusu: Eleştirel Bir Değerlendirme

I. Giriş ve Kapsam

Lahey Uluslararası Özel Hukuk Konferansı Daimi Bürosu tarafından 25 Ekim 1980 tarihinde tamamlanan “Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Sözleşme” (Sözleşme), Türkiye Cumhuriyeti tarafından 21 Ocak 1998 tarihinde imzalanmış ve 1 Ağustos 2000 tarihi itibarıyla ülkemizde yürürlüğe girmiştir.¹ Sözleşme açısından “uygulama kanunu” niteliğinde olmak üzere hazırlanan “5717 sayılı Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yön ve Kapsamına Dair Kanun” ise, 4 Aralık 2007 tarihinde Resmi Gazete’de yayınlanmış,² böylelikle daha önce Adalet Bakanlığı tarafından çıkarılmış ve iki kere güncellenmiş Genelge kapsamında yürütülmekte olan uygulama, yasal bir çerçeveye sahip olmuştur.³

Sözleşme’nin amacı, 16 yaşını tamamlamamış çocuğun, velayet hakkı ihlal edilerek bir ülkeden diğer bir ülkeye götürülmesi veya alıkonulması halinde, derhal mutad meskeninin bulunduğu ülkeye geri dönmesini veya şahsi ilişki kurma hakkının tesis edilmesini sağlamaktır.⁴ Sözleşmeyi hazırlayanlar, velayet hakkına ilişkin hususlar başta olmak üzere, çocuğun üstün menfaatinin gözetilmesi gereken her meselenin en sağlıklı şekilde ancak onun mutad meskeni ülkesinde görev yapan mahkemeler tarafından çözülebileceği varsayımından hareket etmişlerdir. Dolayısıyla çocuğun, ebeveynlerinden biri tarafından diğerinin velayet hakkı ihlal edilecek şekilde başka bir ülkeye götürülmesi eylemi, ilgili devletlerin ortak anlayışı ve işbirliği teşvik edilerek mutlaka önlenmesi gereken bir eylem olarak kabul edilmiştir.⁵

Öte yandan, Sözleşme’nin konusunun çocuklardan müteşekkil olması, her somut olayın genellemeye müsait olmayan münferit birtakım unsurları da beraberinde getirebileceğinin kabul edilmesini gerektirmiştir. Bir başka deyişle Sözleşme, hayatın gerçekleri ışığında sınırlı birtakım haller açısından çocuğun üstün menfaatinin ancak

1 3 Kasım 1999 tarihli ve 4461 sayılı Kanun ile uygun bulunan Sözleşme, 15 Şubat 2000 tarihli ve 23965 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmış, 1 Ağustos 2000 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşmenin resmi Türkçe çevirisi için bkz. Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Sözleşme’nin Çekince ile Onaylanması Hakkında Karar, Karar Sayısı: 99/13909, RG: 15.02.2000/23965 <https://diabgm.adalet.gov.tr/arsiv/sozlesmeler/coktaraflioz/lahey/turkce_lah28.pdf> Erişim Tarihi 25 August 2020.

2 Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yön ve Kapsamına Dair Kanun, Kanun Numarası: 5717, Kabul Tarihi: 22.11.2007, RG:04.12.2007/26720 <<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2007/12/20071204-5.htm>> Erişim Tarihi 25 August 2020.

3 65 sayılı Genelge, 5717 sayılı Kanun’un hükümleriyle uyum sağlanması açısından 01.03.2008 tarihli 65/1 sayılı ve sonrasında 16/11/2011 tarihli 65/2 sayılı genelgeler ile güncellenmiştir. Bkz. Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesi’nin uygulanmasına ilişkin 65, 65/1 ve 65/2 sayılı Adalet Bakanlığı Genelgeleri <www.uhdigm.adalet.gov.tr/genelgeler> Erişim Tarihi 25 August 2020.

4 Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesi’nin uygulanmasına ilişkin 65/2 sayılı Adalet Bakanlığı Genelgesi <<https://www.adalet.gov.tr/pdf/65-2.pdf>> Erişim Tarihi 25 August 2020.

5 Bu çerçevede Sözleşme, adli yardımlaşma fonksiyonuna hizmet etmektedir.

onun iade edilmemesi halinde korunabileceğini kabul etmiş ve bu amaçla iade talebinin mahkemece reddedilebilmesine olanak tanıyan birtakım istisna hükümleri sevk etmiştir.

Söz konusu istisna hükümleri arasında uygulamada sıklıkla başvuru alan m.13/1-b hükümü, iade edilmesi halinde çocuğun, fiziki veya psikolojik bir tehlikeye maruz kalacağı yahut başka bir şekilde müsamaha edilemeyecek bir duruma düşeceği yolunda ciddi bir risk bulunan hallerde, mahkemeye iade talebini reddedebilme imkanı vermektedir.

Anılan hüküm, önemine binaen, doksanlı yılların sonundan başlayarak günümüze kadar gelen sürede, Türk doktrininde Sözleşme’ye ilişkin olarak kaleme alınmış pek çok eser bünyesinde detaylı şekilde incelenmiştir. Bu eserlerin neredeyse tamamı, sadece teorik açıklamalarda bulunmak ile yetinmeyerek konuyu yerli ve yabancı mahkeme uygulamasından örnekler eşliğinde ele almışlardır. Dolayısıyla bugün, “ciddi risk” istisnası kapsamında değinilebilecek pek çok hususun daha önce zaten dile getirilmiş olduğunu söylemek mümkündür.

Bununla birlikte, tamamlanma tarihinden itibaren 40 yıl geçmiş bulunan Sözleşme’nin, bu sürenin son yarısı boyunca özellikle bir konu açısından yoğun şekilde eleştirildiği, hatta birtakım reform önerilerine muhatap kaldığını hatırlatmakta fayda vardır. Sözleşme, “ev içi şiddet” içeren vakalar açısından ve bilhassa şiddetin çocuğa değil de kaçırılan ebeveyne yöneltilmiş olduğu anlaşılan hallerde, “ciddi risk” istisnasının mağduru korumakta yetersiz kaldığı ve bu konuda bir tavır alınması gerektiği yönünden eleştirilmektedir. Üstelik bu eleştiriler, İsviçre ve Japonya örneklerinde görüldüğü üzere salt akademik eserlerde tartışılan birer konu olmaktan çıkarak, ilgili devlet uygulama kanunlarının yapısını etkilemiştir. Her iki devlet de, mevcut haliyle Sözleşme’nin, ev içi şiddetten kurtulmak için çocuğu ile birlikte bir başka ülkeye giden kimseleri (çoğunlukla anneler) korumadığı kanaatine varmışlar ve kendi uygulama kanunlarının “ciddi risk” istisnasına dair hükümlerini, bu kanaat ışığında şekillendirmişlerdir.

Aslında, ev içi şiddet içeren vakaların bu istisna kapsamında nasıl ele alınacakları hususu, Türk doktrininde Sözleşme’ye ilişkin incelemeler esnasında temas edilmiş bir konudur. Pek çok yazar, yabancı literatürde de baskın olan görüşe paralel biçimde, bu meselenin “müsamaha edilemeyecek bir durum” olarak değerlendirilebileceğine, ancak bunun için hükmün açık düzenlemesi ışığında, söz konusu şiddetin çocuk üzerinde ciddi bir etki doğuracak olması gerekliliği bulunduğu temas etmişler, şiddetin varlığı saptansa dahi, çocuk üzerinde ciddi etki doğmayacağı düşünülen yahut mutad mesken ülkesindeki koruyucu tedbirlerin yeterli ve etkili olduklarına kanaat getirilen haller bakımından iade kararı verilmesi gerektiğini vurgulamışlardır.

Öte yandan, bu meselenin son derece önemli bir sorun haline gelmiş olmasından hareketle, bu sorunun niçin ciddiye alınması gerektiğine değinen, mevcut sistem ve uygulamanın ev içi şiddet mağdurlarını adil olmadığı kadar güvenli de olmayan bir konumda bıraktıkları iddiasını özel olarak inceleyen ve bu yönde yapılmış eleştirileri ele alan bir eser, bu çalışmanın yapıldığı an itibarıyla saptanamamıştır.

Bu çalışma, Sözleşme'nin ev içi şiddet içeren vakalar bakımından kaçırılan çocukların üstün menfaatlerini korumakta ne ölçüde başarılı olabildiği hususunu tartışmak amacıyla kaleme alınmıştır. Türkiye, Sözleşme uygulaması kapsamında görülebilecek iade taleplerinin büyük bir kısmı bakımından “çocuğun kendisinden talep edildiği ülke” konumunda bulunmaktadır.⁶ Yapılan araştırmalar, eşinden şiddet gören bir annenin çocuğunu başka bir ülkeye kaçırmayı ihtimalinin, o diğer ülke ile halihazırda bir bağlantısı bulunduğu hallerde (bu kapsamda örneğin yaşadığı ülkede bir türlü sağlayamadığı aile ve arkadaş desteğini diğer ülkede bulabildiği hallerde), artış gösterdiğini ortaya koymaktadır.⁷ Konuya bu çerçeveden bakıldığında, Türk vatandaşlığına sahip yahut vatandaşı olmasa bile Türkiye asıllı olup normalde yurtdışında yaşayan ve ev içi şiddet mağduru olan kadınlarca ülkemize kaçırılan çocukların bu örneklem kümesi içerisinde yer almaları pekala mümkündür ki, bu durum konunun ülkemiz açısından pratik önemi haiz olduğunu teyit eder niteliktedir.

Aşağıda öncelikle, Türk doktrininde “ciddi risk” istisnasına ilişkin olarak ifade bulunmuş görüşler sunulacaktır. Bu şekilde, Sözleşme'nin ülkemizdeki uygulaması açısından anılan istisnaya nasıl yaklaşıldığı hatırlanmış olacaktır. Ardından, bu istisnaya ilişkin en güncel ve belki de en yetkin olması beklenebilecek yorumlama hakkında fikir sahibi olabilmek adına Lahey Uluslararası Özel Hukuk Konferansı Daimi Bürosu tarafından “ciddi risk” istisnasının uygulamasına ilişkin olarak mahkemelere yol göstermesi amacıyla hazırlanan ve yakın tarihte yayımlanan “25 Ekim 1980 Tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Sözleşme Kısım 6 Madde 13/1-b Kapsamında İyi Uygulama Kılavuzu”⁸ mercek altına alınacaktır. Kılavuz'un, sadece “ev içi şiddet” olgusu ile sınırlı şekilde incelenmesinin ardından, çalışmanın devamında, Sözleşme'nin hazırlandığı dönemde birer gerçek olarak kabul edilmiş bazı varsayımların, günümüzde ne ölçüde geçerli oldukları hususu tartışılacak ve ardından yabancı doktriner eserlerde inceleme konumuza ilişkin olarak öne sürülmüş temel eleştirilere yer verilecektir. Ev içi şiddet mağduru kimselerin ve onların beraberinde götürdükleri çocukların yeterli ve etkin şekilde korunabilmeleri amacıyla doktrinde

6 B Bahadır Erdem, ‘Türk Hukukunda Uluslararası Çocuk Kaçırma ve Uygulamaları’ (2015) 2 Public and Private International Law Bulletin 150.

7 Miranda Kaye, ‘The Hague Convention and The Flight From Domestic Violence: How Women and Children Are Being Returned by Coach and Four’ (1999) 13 International Journal of Law, Policy and the Family 194.

8 Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law, ‘1980 Child Abduction Convention Guide to Good Practice - Part VI Article 13(1)(b)’ (HCCH 2019) <<https://assets.hcch.net/docs/225b44d3-5c6b-4a14-8f5b-57cb370c497f.pdf>> Erişim Tarihi 03 September 2020.

önerilmiş çözüm yollarından bahsedilmesinin ardından nihayet çalışmanın son kısmında, inceleme konumuza ilişkin kendi değerlendirmemize yer verilecektir.

Konunun önemi, ev içi şiddet olgusunun uluslararası çocuk kaçırma vakaları içerisindeki görülme sıklığından ve aynı olgunun neredeyse her zaman çocuk üzerinde ciddi bir etki doğurabilme ihtimalinden ileri gelmektedir. Bu sebeple, çalışma boyunca sunulacak eleştirileri desteklemek adına daha önce yayımlanmış çeşitli bilimsel araştırmalardan elde edilmiş istatistiklerden faydalanılacaktır. Böylelikle, ev içi şiddet olgusunun “ciddi risk” istisnası kapsamında görülebilecek diğer bütün haller arasında önemsiz bir pay teşkil ettiği şeklinde bir algının önlenmesi hedeflenmektedir. Söz konusu istatistikler büyük oranda dipnotlar vasıtasıyla sunulacak olmakla birlikte, özellikle önem arz ettiği düşünülen verilere metin içerisinde de yer verilmiştir.

Kapsam yönünden önemle vurgulanması gereken bir diğer konu, bu çalışma açısından “ev içi şiddet” ifadesinin sadece “çocuğu kaçıran ebeveyne karşı şiddet” anlamı ile sınırlı biçimde kullanılmış olduğudur. Hiç şüphesiz, ev içi şiddet eyleminin bizatihi çocuğun kendisine yönelmiş olması da mümkündür. Ancak, böyle bir ihtimalde zaten istisna kapsamındaki fiziki veya psikolojik riskin varlığından bahsedilmesi mümkün hale geleceğinden, bu çalışma Sözleşme uygulamasında esas tartışmaların yaşandığı “ebeveyne karşı şiddet” meselesi ekseninde bir inceleme içermektedir.

Son olarak, çalışmada kullanıldığı şekliyle “ev içi şiddet” kavramına değinmekte fayda vardır. Hukukumuz açısından, 20 Mart 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun’un ikinci maddesine göre, ev içi şiddet, “şiddet mağduru ve şiddet uygulayanla aynı haneyi paylaşmasa da aile veya hanede ya da aile mensubu sayılan diğer kişiler arasında meydana gelen her türlü fiziksel, cinsel, psikolojik ve ekonomik şiddet” şekilde tanımlanmıştır.⁹ Öte yandan, bu çalışmada yer verilmiş yabancı eserler bakımından da kavramın aynı kapsamda kullanılmış olup olmadığını bilebilmek maalesef mümkün değildir. Kaynak eserlerin neredeyse hiçbiri “domestic violence”, “häuslicher Gewalt” yahut “家庭内暴力 (*kateinaibouryoku*)” ifadelerine ilişkin bir tanımlama çabasına girişmemişlerdir. Herhalde, bu kavramların en temel düzeyde “diğer ebeveyne yöneltilen fiziksel şiddeti” içermek zorunda oldukları kabul edilebilir. Dolayısıyla, bu çalışmada kaynaklar arasında kavramsal bir tutarsızlığa düşmemek adına, “ev içi şiddet” kavramı, en temel düzeyde “diğer ebeveyne yöneltilen fiziksel şiddet” anlamıyla kullanılmıştır. Bununla birlikte, yapılan açıklamaların somut olayın şartları ışığında uygun düşüğü ölçüde yukarıda belirtilen geniş tanıma teşmil edilebilmeleri de mümkün olmalıdır kanısındayız.

9 Bu tanım esasen, ülkemizde 8 Mart 2012 tarihinde yürürlüğe girmiş bulunan “Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi” tarafından benimsenmiştir. İstanbul Sözleşmesi olarak da adlandırılan bu Sözleşme’nin şiddet tanımını oldukça geniş tuttuğu ifade edilmektedir. Bkz. Günseli Öztekin Gelgel, “25 Ekim 1980 Tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırma ve Hukuki Yönlerine İlişkin Lahey Sözleşmesi Çerçevesinde Arabuluculuk Uygulaması” (2017) 2 Public and Private International Law Bulletin 632.

II. “Ciddi Risk” İstisnası (m.13/1-b)

A. Türk Hukukunda Benimsenen Yaklaşım

1. Genel Olarak

Çalışmanın giriş kısmında da belirtildiği üzere, “ciddi risk” istisnası, Türk doktrininde Sözleşme’yi konu edinen eserlerde işlenmiş ve genellikle de detaylı şekilde ele alınmış bir konudur. Bu sebeple, istisna hükmünün hukukumuzda nasıl anlaşılmakta olduğunu hatırlayabilmek ve çalışmanın devamında ile sürülecek görüşlerin takibini kolaylaştırabilmek amacıyla, aşağıda bu istisnaya ilişkin olarak Türk doktrininde yapılmış açıklamalar derlenecektir.

Sözleşme sisteminde, çocuğun iadesi talebinin reddi gerektiği yönünde yapılabilecek itirazların en önemli¹⁰ dayanaklarından biri, m13/1-b hükmünde ifadesini bulan “ciddi risk” istisnası olup aşağıdaki düzenlemeyi getirmektedir;

Madde 13

1) Yukarıdaki madde hükümlerine rağmen, talepte bulunulan Devletin adli veya idari makamı, geri dönmeye itiraz eden kişi, kurum veya örgüt:

...

b) Geri dönmemesinin çocuğu fiziki veya psikolojik bir tehlikeye maruz bırakacağı veya başka bir şekilde, müsamaha edilemeyecek bir duruma düşüreceği yolunda ciddi bir risk olduğunu tesbit ederse, çocuğun geri dönmelerini emretmek zorunda değildir.

...

Mahkemeye iade talebini reddetmek şeklinde bir zorunluluk yüklediği, tam tersine kendisine bu yönde bir takdir hakkı verdiği anlaşılan¹¹ hüküm, üç farklı unsurdan oluşmaktadır. Bunların, “fiziksel zarara ilişkin ciddi risk”, “psikolojik zarara ilişkin ciddi risk” ve daha genel bir kategori olarak¹² “müsamaha edilemeyecek bir duruma ilişkin ciddi risk” şeklinde sıralanmaları mümkündür. İstisna kapsamında iade talebinin reddedilebilmesi için bu üç farklı durumdan en az birinin vuku bulması

10 Erdem’e göre, iade talebinin reddi istisnaları arasında Sözleşme’nin “gerçek istisnası” m.13’dür. Bkz. Erdem (n 6) 161. Sözleşme’de yer alan istisnaların uygulanmaları noktasında taraf devletler arasında yaşanan uyumsuzlukların büyük bir kısmının “ciddi risk” istisnası bakımından gündeme geldiği belirtilmektedir. Bkz. İlknur Altuntaş, *Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair La Haye Sözleşmesi* (1st edn, Bilge 2006) 120.

11 Faruk Kerem Giray, *Milletlerarası Özel Hukukta Kaçırılan veya Alınan Çocukların İadesi* (1st edn, Beta 2010) 134; Tuğçe Takcı, ‘Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Vahçelerine Dair Lahey Sözleşmesinin Uygulanmasında Karşılaşılan Bazı Sorunlar ve Bu Sorunlara Çözüm Önerileri’ (2014) 5(19) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 1058; “Çocuğun mutad meskeninin bulunduğu devletin makamları çocuğun götürülmesini haksız bulsa dahi, Türk mahkemesi iadeyi engelleyen bir durumun söz konusu olduğunu düşünüyorsa talebi reddedebileceğini belirten mahkeme kararı vardır”. Bkz. Ziya Akıncı and Cemile Demir Gökyayla, *Milletlerarası Aile Hukuku* (1st edn, Vedat 2010) 287.

12 Altuntaş (n 10) 112.

gerekmektedir.¹³ Fiziksel zarar riski iddiasına diğer durumlara kıyasla daha nadiren başvurulduğu belirtilmekte¹⁴, buna karşılık deyim yerinde ise “gözle görülmez” nitelikte olan psikolojik zarar riski iddiasına çok sık başvurulduğu vurgulanmaktadır.¹⁵

Hükmün kaçırılan çocuklar açısından bir sigorta olduğu ve onlara güvenli bir liman tesis ettiği düşünülebilmele¹⁶ birlikte, bu düzenlemenin “çocuğun üstün menfaati” kavramıyla eşdeğer görülmemesi gerekmektedir.¹⁷ Sözleşme bağlamında üstün menfaat, esasen çocuğun kendi mutad meskeninde sürdürdüğu sosyal yaşamında ve alışık bulunduğu ortamda genellikle mutlu olduğu, burada sağlıklı bir gelişim sürdüreceği varsayımı üzerinden korunmaktadır.¹⁸ Sözleşme’yi hazırlayan Komisyon’a göre, çocuğun üstün menfaati, mutad mesken ülkesindeki mahkeme tarafından değerlendirilmesi gereken bir kavramdır.¹⁹ Dolayısıyla, iade talebini değerlendiren mahkemenin değil, velayet davası konusunda yetkili bulunan mutad mesken mahkemesinin “üstün menfaat” ilkesini uygulaması beklenmelidir.²⁰

Öte yandan, bu istisnanın irdelenmesi, koruma hakkının esası ile bağlantılı olan diğer bazı meselelerin de ele alınmasını zorunlu kılabileceğinden,²¹ mahkemenin, meselenin esasına girmeksizin ciddi risk incelemesini nasıl yapacağına dair parametreleri belirlemede fayda vardır.²² Mahkemenin tehlike ihtimalini derinlikli bir şekilde incelemesi gerektiği, fakat söz konusu incelemenin, Sözleşme’de benimsenmiş temel amaç olan “çocuğun iadesi” amacını aksatmayacak şekilde yapılması gerektiği belirtilmektedir.²³ Çocuğun geleceği hakkında ayrıntılı bir araştırmaya gidilmesi halinde, hızlı iade mekanizmasının doğru şekilde işletelemeyeceğinden

13 Gonca Gülfem Bozdağ, *Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair La Haye Sözleşmesi Kapsamında Çocuğun İadesi Talebinin Red Nedenleri* (1st edn, Yetkin 2014) 114.

14 Altuntaş (n 10) 114.

15 Gökçe Kelahmet, ‘1980 Tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Sözleşmenin 13/b maddesi Uyarınca İadesinin Çocuğa Psikolojik Zarar Verecek Olması İle Reddi’ (2012) 10(116) *Legal Hukuk Dergisi* 50; Bozdağ (n 13) 116; Fatma Betül Özdemiş, ‘Uluslararası Çocuk Kaçırma ve Kaçırılan Çocukların İadesi’ (2019) 25(2) *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 1181; Saliha Engin Aykan, ‘1980 Tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçheleri Ve Türk Hukuku Uygulaması’ (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Hacı Bayram Üniversitesi 2019) 28; Altuntaş (n 10) 115; Bilal Köseoğlu, *Uluslararası Çocuk İadesi Ve Uluslararası Nafaka Alacakları Davaları* (1st edn, TBB 2007) 26.

16 Giray (n 11) 135.

17 Şebnem Nebioğlu Öner, ‘Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi: Amacı, Uygulaması ve Kısa Bir İçtihat Analizi’ (2014) *TBB Dergisi* 495.

18 “Sadece bazı haller açısından bu mutad meskenin bahsedilen yüksek menfaate hizmet etmeyebileceği düşünölmüştür ki çocuğun psikolojik veya fiziki bir risk altında olması da bu hallerden birisidir.” Bkz. Öztekin Gelgel (n 9) 625; Kutay Telli, ‘The Role of Central Authorities in The Application of The 1980 Hague Convention on Child Abduction: A Critical Analysis of a Genuine Area of Public International Law’ (2015) 5 *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 770.

19 Giray (n 11) 139.

20 Altuntaş (n 10) 113; Kelahmet (n 15) 40.

21 Öner (n 17) 498.

22 Peter McEleavy, ‘Ulusal ve Uluslararası İçtihat Hukuku İşığında Lahey Çocuk Kaçırma Sözleşmesi’nin 13. Maddesinde Mezkur Ciddi Zarar İstisnası Riski Konusunun Etrafındaki Meselelerin Bir Tahlili’ in Mustafa Sabit (ed), *1980 Tarihli Lahey Çocuk Kaçırma Sözleşmesi ve Uygulaması Semineri, 22-23 Şubat 2013* (Adalet Bakanlığı 2013) 91.

23 Köseoğlu (n 15) 26; “Sözleşmenin amacı çocuğun babaya verilmesi değil mutad meskene iadesidir.” Bkz. Akıncı and Gökayla (n 11) 299.

bahsedilmektedir.²⁴ İstisna hükmünde yer alan kavramların, çocuğun nerede daha mutlu olacağına karar vermek amacıyla kullanılamayacakları, yine, mahkemenin yapacağı değerlendirmenin hangi eşin daha iyi insan yahut anne/ baba olduğu veya çocuğun nerede daha iyi sosyal ve fiziki koşullarda yaşayacağı meseleleri ile ilgisi bulunmadığı ifade olunmaktadır.²⁵

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, hükmün dar yorumlanması gerekmektedir.²⁶ Buna karşın, Türk mahkeme uygulamasında, özellikle de 2004 yılı öncesine denk gelen dönemde bu hükmün görece geniş bir kapsamda uygulandığı düşünülmektedir.²⁷ Örneğin, Yargıtay'ın bu dönemde verilmiş kararları arasında, 3 ve 4 yaşlarında bulunan çocukların yaşlarının küçük olması nedeniyle annelerinden ayrılmaları halinde ruhsal gelişimleri açısından tehlike oluşturacağı kanaatine varılmış olduğu görülmektedir.²⁸

2004 Yılı ve sonrasını kapsayan dönemde ise, genel olarak daha dar bir yorumun tercih edildiği anlaşılmaktadır.²⁹ Bu dönemden bir Yargıtay kararı³⁰, söz konusu tercih değişikliğini açıkça göstermektedir. Karara göre, “*Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair La Haye Sözleşmesi'nin 13/b maddesi son derece dar yorumlanmalıdır. Çocuğun geri verilmesi durumunda, şiddet veya tacize maruz kalacağı konusunda ciddi bir tehlikenin doğması ya da kıtlık, salgın hastalık yahut savaş hali gibi vahim hallerin bulunması halinde iadedden kaçınılması gerekir. Çocuğun çok küçük olması başlı başına isteğin reddine sebep teşkil etmez*”.

Yargıtay'ın yakın tarihli kararları açısından da dar yorum esasının benimsenmiş olduğu gözlemlenebilir. Özellikle, çocuğun anne yanında bulunduğu ortama alışmış olmasının, kendi başına iade talebini reddetmekte bir gerekçe olarak kabul edilemeyeceği hususu netlik kazanmış gibi durmaktadır.³¹

24 Altuntaş (n 10) 113.

25 Akıncı and Gökyayla (n 11) 289.

26 Giray (n 11) 139; Kelahmet (n 15) 36; Günseli Öztekin Gelgel, ‘Devletler Özel Hukukunda Velayet, Çocuk Kaçırılmaları, Evlat Edinmeye İlişkin Problemler’ (2005/2) 4(8) İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 138; Akıncı and Gökyayla (n 11) 287; Mehlika Aytaç, ‘Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair La Haye Sözleşmesinin Uygulanması Ve Karşılaşılan Sorunlar’ (2004) 96(20) Adalet Dergisi 53; Altuntaş (n 10) 116.

27 Altuntaş (n 10) 116; Öztekin Gelgel (n 26) 138; Akıncı and Gökyayla (n 11) 302.

28 Yargıtay 2 HD, 904/4377, 06.4.2004; Yargıtay 2 HD, 13009/17192, 04.12.2001; Yargıtay 2 HD, 1170/2331, 26.2.2004. (Aytaç (n 26) 53’den atfen).

29 Akıncı and Gökyayla (n 11) 302.

30 Yargıtay 2 HD, 10536/11797, 14.10.2004 (YKD, S.4, Nisan2005, 514-515) (Cemal Şanlı and İnci Ataman Figanmeşe and Emre Esen, *Milletlerarası Özel Hukuk* (8th edn, Beta 2020) 184’den atfen).

31 Yargıtay 2 HD, 17753/21861, 19.11.2015; Yargıtay 2 HD, 5428/7050, 27.03.2014; Yargıtay 2 HD, 2019(6276)/2020(543), 29.01.2020.

2. “Fiziki veya Psikolojik Tehlike” Değerlendirmesi

a. Tehlikenin Düzeyi ve İspatı

İstisna hükmünün uygulamasında riskin içeriği ve tehlikenin ne düzeyde olması gerektiği hususları, Türk doktrininde pek çok yazar tarafından ele alınmış konulardır.

Mahkemenin, ciddi risk değerlendirmesini yaparken, tehlikenin gerçekleşme ihtimali, şiddeti, ne sıklıkla yaşanacağı, kime yönelik olacağı ve ne zaman gerçekleşeceği gibi hususları objektif olarak tahlil etmesi gerektiği belirtilmektedir.³² Yalnızca “gerçek ve ağır” bir tehlikenin varlığı halinde iadeden kaçınılması mümkün olduğundan,³³ riskin, gelecekteki farazi bir olaya bağlanmaması gerekmektedir.³⁴ Söz konusu tehlike, sıradan bir tehlikeden çok daha esaslı, ciddi ve önemli bir tehlike olmalı veya tehdit oluşturmalıdır.³⁵ Çocuğun iade edilmesi çocuğa yönelik öylesine ağır bir tehlike yaratmalıdır ki, makul bir şekilde düşünebilen bir veli, kendisinden kaçırılmış bulunan çocuğun iadesini talep etmeyecek olmalıdır.³⁶ Tehlikenin ciddi olmasından kasıt, somut ve beklenen bir tehlikenin mevcudiyetidir.³⁷ Bir başka deyişle, tehlike ya halihazırda mevcut olmalı yahut eğer mevcut değilse de sıradan bir “ihtimal”den ziyade, “kuvvetle muhtemel” nitelikte olmalıdır.³⁸ Dolayısıyla, çocuğun iade edileceği ortam ile ilgili soyut bir olasılığın ciddi tehlike olarak kabul edilmemesi gerekir.³⁹ Bununla birlikte, çocuğun iade edilmesinin çocuk için gerçekten ciddi bir risk taşıdığıının anlaşılması halinde mahkemelerin istisna hükmünü kullanmakta tereddüt etmemeleri gerektiği, Sözleşme’nin sadece çocuğun mutad meskenini belirlemek ile sınırlı şekilde uygulandığı takdirde çocuğun üstün yararını koruma amacına hizmet edemeyeceği de vurgulanmaktadır.⁴⁰

Genellikle fiziki tehlikeye maruz kalınması riskinin olduğu durumlarda psikolojik tehlikenin de gündeme gelmesi mümkündür.⁴¹ Bu noktada, çocuğun psikolojisinin sıradan görülemeyecek, ruhsal açıdan normal karşılanamayacak boyutta bir zarara maruz kalma tehlikesinin bulunup bulunmadığı araştırılacaktır.⁴² Çocuğun

32 Giray (n 11) 138.

33 İnci Ataman Figanmeşe, ‘Çocukların Uluslararası Kaçırılmasının Hukuki Yönlerine Dair 1980 Tarihli Lahey Sözleşmesi’ in *Prof. Dr. Nihal Uluocak’a Armağan* (Beta 1999) 89.

34 Ciddi riskin miktarının belirleneceği anın, şikayetin gerçekleştiği an olduğu belirtilmektedir. Bkz. Bozdağ (n 13) 124.

35 Giray (n 11) 134.

36 Ataman Figanmeşe (n 33) 90.

37 “Ayrıca söz konusu ciddi tehlikelerle baş etmenin ve önlem alınmanın mümkün olmaması gerekmektedir.” Bkz. Akıncı and Gökyayla (n 11) 289.

38 Giray (n 11) 139. *Aykan*’a göre, hükümdede ciddi bir “risk”ten bahsedilmiş olması, somut bir fiziksel tehlikenin varlığının aranmadığını göstermektedir. Bkz. Aykan (n 15) 26.

39 Akıncı and Gökyayla (n 11) 289.

40 Aysel Çelikel and B Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk* (16th edn, Beta 2020) 305.

41 Özdemir (n 15) 1184. Fiziksel bir zarar görme iddiası söz konusu olduğunda, bu durumun çocuğun ciddi bir suçun mağdur olduğu da işaret edebileceği belirtilmektedir. Bkz. Altuntaş (n 10) 114.

42 Özdemir (n 15) 1184.

psikolojisinin, mazur görülemeyecek derecede bozulacak olması, hatta iadenin adeta çocuk üzerinde travma yaratacak olması gerektiği ifade edilmektedir.⁴³ Bu açıdan psikolojik zarar görme tehlikesinin, çocuğun alışmış olduğu yeni çevreden uzaklaştırılması neticesinde ortaya çıkabilecek etkinin ötesine geçmesi gerektiği vurgulanmıştır.⁴⁴

Bu açıklamalardan hareket edildiğinde, örneğin yer değiştirme öncesinde iade talebinde bulunan kişinin çocuğa şiddet uygulamış olduğu veya fiziksel şekilde ona zarar verici davranışlarda bulunduğu sabit görülebiliyorsa “fiziksel” anlamda bir ciddi tehlikeden bahsedilmesi mümkün olabilecektir.⁴⁵ Cinsel şiddete ilişkin iddiaların, esaslı olmaları halinde ciddi tehlike düzeyine çıkmaya daha elverişli oldukları düşünülmektedir.⁴⁶ Nitekim *Giray*’a göre, çocuğun cinsel istismar yaşamış olması, iadenin reddi için tek başına yeterli ve geçerli bir red sebebi olmalıdır.⁴⁷ Yazar, iade talebinde bulunan kişinin, çocuğa yeteri derecede sahip çıkamayacak mizaç ve karakterde olduğu hallerde de, iade talebinin reddedilmesi gerektiği görüşündedir.⁴⁸ Gerçekten de, yer değiştirme öncesinde bakım, gözetim ve yetiştirmede yaşanmış ihmallerin dönüş akabinde çocuk açısından bir tehlikeye işaret edebilmeleri mümkündür.⁴⁹ Fiziki tehlike ihtimali bir yana, o ortam daha önce çocuğun psikolojik olarak yara almasına sebep olmuş veya onu bir tür travmaya maruz bırakmış ise, bunun hatırlanmasının bile çocuk için tehlikeli olacağı ifade edilmektedir.⁵⁰

Varlığı iddia edilebilecek tehlike veya risklerin, çocuğun iade edileceği ülkedeki siyasi, coğrafi, fiziki şartlar kadar, orada yaşayan ve koruma hakkına sahip bulunan kişinin olumsuz özelliklerinden de kaynaklanabileceği belirtilmektedir.⁵¹ Bununla birlikte değerlendirmenin incelikli yapılması gerektiği ve süratli şekilde genellemelere ulaşılmamasında fayda bulunduğu da ifade edilmektedir. Bu kapsamda örneğin, ilgili kişinin agresif, seri araba kullanmaktan ötürü bir çok trafik cezası almış olması, hatta ehliyetine bu sebeple önceden el konulmuş olması gibi hallerde, bu durumların ilgili kişinin geçimsiz veya çocuğa karşı şiddet uygulayacak bir karakterde olduğuna karine teşkil etmemeleri görüşü ileri sürülmektedir.⁵² Benzer şekilde, sırf çocuğun iade edilmesi halinde ekonomik yönden daha elverişsiz koşullara düşülecek olması,⁵³ yahut

43 *Giray* (n 11) 145.

44 Akıncı and Gökyayla (n 11) 299.

45 Akıncı and Gökyayla (n 11) 291; Köseoğlu (n 15) 26.

46 Telli (n 18) 772.

47 *Giray*’a göre söz konusu durum, “iadeyi talep eden ülkede gerekli tedbirlerin alınmadığını ya da alınsa bile etkin olarak uygulanmadığını göstermektedir ki, bu husus çocuğun gözetilmesi gereken üstün menfaatiyle çelişmektedir.” Bkz. *Giray* (n 11) 144.

48 Kişinin bir terör örgütünün önde gelen kişilerinden olması bu kapsamda örnek gösterilmektedir. Bkz. *Giray* (n 11) 137.

49 Köseoğlu (n 15) 27.

50 ibid 26.

51 *Giray* (n 11) 135.

52 *Giray* (n 11) 136.

53 Ataman Figanmeşe (n 33) 90; *Giray* (n 11) 138.

yer değiştirme sonrasında, mutad mesken ülkesindeki evin haciz sebebiyle satılması veya kira akdinin sona ermesi,⁵⁴ gibi durumlar da iade talebinin reddedilmesi için yeterli görülmemelidir.

Sözleşme'nin 13. maddesinde beş adet iadeyi red sebebinin düzenlenmiş bulunduğu, bunlar arasında 13.maddenin birinci fıkrasının a ve b bentlerinde sayılmış olan ilk dördünün, çocuğun iade edilmemesi gerektiğini ileri süren tarafça ispat edilmesi gerektiği belirtilmektedir.⁵⁵ Bir başka deyişle, varlığı iddia edilecek “ciddi risk” her ne olursa olsun, mahkeme önünde bu iddiayı ispatlama yükümü iade isteminin reddedilmesi gerektiğini öne süren tarafa aittir.⁵⁶

İstisna hükmünün çocuğu kaçıran tarafa sağladığı “iadeye itiraz” imkanı sebebiyle, anılan tarafta bulunan kimselerin bazen gerçek dışı iddialar öne sürdükleri bilinmektedir.⁵⁷ Dolayısıyla, ilgili tarafça mahkemeye sunulacak delillerin, çocuğun iadesinin çocuğun zararına olduğu yönünde ciddi bir şüphe uyandırmaya elverişli olmaları gerekmektedir.⁵⁸ Nitekim, bir Yargıtay kararında, iade edilmeleri halinde çocukların fiziki veya psikolojik gelişmelerinin tehlikeye düşeceği yolunda ciddi, inandırıcı, sağlam bir kanıtın mahkemeye ibraz edilmemiş olması sebebiyle ilk derece mahkemesince verilen iade kararı bozulmuştur.⁵⁹ Özellikle, cinsel istismar iddialarının kesin veya kesine yakın olarak kanıtlanması gerektiği ifade edilmekte,⁶⁰ çocuğa cinsel tacizde bulunulduğunu veya şiddet uygulandığını iddia eden tarafın daha önce bu konuda herhangi bir girişimde bulunmamış olduğu haller açısından, mahkemelerin bu iddiaları samimi görmeyebilecekleri belirtilmektedir.⁶¹

Mahkemenin, kanaatini oluşturuken yalnızca kendi gözlemleri üzerinden değil, uzman yardımından faydalanacak şekilde bir değerlendirme usulü benimsemesi

54 Giray (n 11) 137.

55 Hükmün ikinci fıkrasında yer alan beşinci iadeden kaçınma nedeninin ise, yetkili adli ve idari makamca gözetilmesi gerektiği belirtilmektedir. Bkz. Ataman Figanmeşe (n 33) 87, 88.

56 Bozdağ (n 13) 115; Kelahmet (n 15) 41; Altuntaş (n 10) 113; Köseoğlu (n 15) 26; Akıncı and Gökyayla (n 11) 289.

57 Bozdağ (n 13) 115; Kelahmet (n 15) 45. “Sözleşme'nin 13.madde son fıkrası hükmü ile, çocuğun iade edilmemesi için yalan beyanda bile bulunabilecek davalının beyanlarını dengelemek için bir kural getirilmiştir. Buna göre, çocuğu kaçıranın iddiaları tek başına değil, çocuğu mutad meskeni makamlarınca verilecek bilgiler ışığında değerlendirilecektir.” Bkz. Ataman Figanmeşe (n 33) 94; Giray (n 11) 138; Öner (n 17) 495.

58 Erdem (n 6) 162.

59 Yargıtay 2 HD, 6259/7217, 03.06.2004 (Faruk Kerem Giray, ‘1980 Tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırılmalarının Hukuki Veçheleri Hakkında La Haye Sözleşmesi Kapsamında Çocuğun İadesine İlişkin Taleplerin Reddi Sebepleri ile Türk Mahkemelerinin Konuya İlişkin Uygulamaları’ (2011/7) 20 Fasikül Dergisi Özel Sayısı 46’dan atfen)

60 Akıncı and Gökyayla (n 11) 291; McEleavy (n 22) 93.

61 Akıncı and Gökyayla (n 11) 296. Çocuğa yönelik tehlikenin mutlaka iade talebinde bulunan kişiden kaynaklanması gerekmediği, bu kapsamda örneğin, iade talebinde bulunan kişinin yeni eşinden de kaynaklanabileceği belirtilmektedir. Bkz. Ataman Figanmeşe (n 33) 89.

gerekmektedir.⁶² Bu gereklilik özellikle psikolojik zarar tehlikesinin varlığı iddia edilen haller açısından söz konusu olmaktadır. Psikolojik zarar tehlikesi, son derece sübjektif ve hakimın takdirine bağlı bir tehlike olduğundan, bu tehlikenin bulunup bulunmadığının belirlenmesinde psikolog, psikiyatrist veya diğer uzmanların görüşlerinden faydalanılması gerektiği vurgulanmaktadır.⁶³ Psikolojik rahatsızlığın yaşanacak olmasının sebebi çocuğun iade edilmesi olacak ise, bu durumda çocuğun ne kadar süre içerisinde eski mutad meskenine alışacağına bilimsel ve tıbbi verilere dayanılarak araştırılması gerektiği belirtilmekte, bu sürenin, çocuk için tahammül edilemez derecede uzun süreceği anlaşılıyorsa, istisna hükmünün işletilebileceği ifade olunmaktadır.⁶⁴ Öte yandan, alınacak uzman raporunun önemi büyük olmakla birlikte, neticede istem hakkında karar verecek makamın mahkeme olduğu unutulmamalıdır. Dolayısıyla mahkemenin, istisna hükmü ile kendisine verilmiş olan takdir yetkisini kullanması mümkündür.⁶⁵

b. Koruyucu Tedbirler ve Taahhütler

“Ciddi risk” istisnasına ilişkin olarak mahkemelerce yapılan değerlendirmelerin önemli bir bölümü, mutad mesken ülkesindeki koruyucu tedbirlerin ve eğer varsa geride bırakılan ebeveyn tarafından verilmiş taahhütlerin yeterli ve etkinlik yönünden incelenmeleri hususuna ayrılmaktadır. İadeyi talep eden devlette çocuğun korunması için gerekli önlemlerin alınıp alınmayacağı, şayet önceden alınmış ise bu önlemlerin amacına ulaşip ulaşmadığı ve nihayet etkili şekilde uygulanıp uygulanmadıkları hususlarının mahkemelerce tahlil edilmesi gerektiğinden bahsedilmektedir.⁶⁶ Koruyucu tedbirlere ilişkin hukuki düzenlemelerin varlıkları tek başlarına yeterli olmayıp, bu

62 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2014 yılında vermiş olduğu bir kararında bu gerekliliğe açık bir şekilde değinmiştir: “Mahkemece iade halinde çocuğun fiziki veya psikolojik bir tehlikeye maruz kalıp kalmayacağı ya da başka bir şekilde müsamaha edilemeyecek bir duruma düşeceği yolunda ciddi bir riskin bulunup bulunmadığı konusunda sosyal çalışmacı, psikolog veya pedagoğ gibi bir uzmandan rapor alınarak gerektiğinde çocuk da dinlenilerek, sonucu uyarınca çocuğun iadesi hususunun değerlendirilmesi gerekir. Bu yön gözetilmeksizin eksik inceleme sonucu yazılı olduğu şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup direnme kararı açıklanan bu değişik gerekçe ve sebeplerle bozulmalıdır.” Yargıtay HGK, 2013(2-769) / 2014(142), 26.02.2014.

63 Akıncı and Gökyayla (n 11) 297; Giray (n 11) 146; Aykan (n 15) 28. “Bununla birlikte, söz konusu uzmanların Sözleşme’nin amacı ve işleyişi hakkında bilgi sahibi olmaları temin edilmelidir.” Bkz. Akıncı and Gökyayla (n 11) 297.

64 Giray (n 11) 147.

65 Bozdağ (n 13) 117. “Gebze Aile Mahkeme’since görülmüş bir davada, mahkemece re’sen atanan bir sosyal hizmet uzmanı, küçüklerin eğitim gördükleri kurum ile yaşadıkları ortamı bizzat görerek, küçüklerin babası ve diğer ilgili kişiler ile bizzat görüşmek suretiyle bir rapor hazırlamıştır. Bu raporda, çocukların fiziksel ve psikolojik açıdan iyi durumda oldukları, babaları ile iletişimlerinin iyi olduğu, konuşkan ve hareketli oldukları, gelişimleri ve eğitimleri açısından İstanbul’da iyi bir okul öncesi eğitim kurumuna devam ettikleri, kuruma uyumlu ve mutlu oldukları ve buldukları ortamı benimsemiş oldukları belirtilerek, mevcut durumda iadelerinin psikolojik ve sosyal açıdan küçükleri tehlikeye maruz bırakacağı bildirilmiş, Mahkeme de 13/1-b hükmünü işletip iade talebini reddetmiştir.” Altuntaş’a göre bu karar isabetsizdir. Bkz. Altuntaş (n 10) 117. Yargıtay’ın 2016 yılında vermiş olduğu bir kararına göre; “Mahkemece, babanın psikolojik rahatsızlığı bulunduğu, bu sebeple iade isteğinin reddini gerektirecek vahim bir tehlikenin varlığı veya geri dönmemesinin çocuğu fiziksel ve psikolojik bir tehlikeye maruz bırakacağı ya da başka bir şekilde müsamaha edilemeyecek bir duruma düşüreceğine dair ciddi bir riskin (Söz.m.13/b) varlığından söz edilerek talep reddedilmiş ise de; babanın psikolojik rahatsızlığı olup olmadığı, varsa bu rahatsızlığın çocukları fiziksel ve psikolojik bir tehlikeye maruz bırakıp bırakmayacağı araştırılmadan ve davalı annenin tanıkları dinlenmeden, dosyaya sunulan bir reçeteye dayanarak eksik inceleme ile hüküm kurulması doğru olmayıp, bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay 2 HD, 3645/4550, 09.03.2016.

66 Giray (n 11) 147; Akıncı and Gökyayla (n 11) 297.

düzenlemelerin yeterince etkin ve sonuca yönelik şekilde süratle uygulanabiliyor olmaları, ve bu durumun mahkemece tespit edilebiliyor olması aranmaktadır.⁶⁷ Bununla birlikte, *Giray*'a göre, iade edilen çocuğun ebeveynine verilmeyip, onun yerine koruyucu bir aileye veya bir kuruma bırakılacağı anlaşılan hallerde, çocuğun üstün menfaati dikkate alınarak iade talebinin reddi mümkün olabilmelidir. Zira, istisnalar saklı kalmak kaydıyla çocuğun anne ve/veya babası yahut yakın akrabaları tarafından üçüncü (koruyucu) bir aileye veya kuruma nazaran daha iyi bakılacağını dikkate almak gerekmektedir.⁶⁸

Zarar ihtimalini bertaraf etmeye yönelik hukukî imkânların bulunmadığı veya alınacak tedbirlerin yetersiz kalacakları somut deliller ile ispat edilebildiği noktada, iade talebi ciddi risk istisnası kapsamında reddedilecektir.⁶⁹ Örneğin, mutad mesken ülkesinden başka bir ülkeye götürülen çocuğun, daha önce mutad meskeninde şiddet görmüş olduğunun polis veya doktor raporları ile tespit edilebildiği hallerde, çocuğun veya eşin korunmasına ilişkin önlemlerin yeterince etkili işletilmedikleri sonucunun çıkarılmasının mümkün olabileceğinden bahsedilmektedir.⁷⁰ Yine, okul çağındaki bir çocuğun, iade sonrasında eğitim görmek yerine çalıştırılacak olması kuvvetle muhtemel olmasına karşılık o devlet makamlarından çocuğun çalıştırılmayacağı yönünde yeterli ve somut bir güvence alınamıyor ve iade hiçbir şekilde çocuğun üstün menfaatine de değilse,⁷¹ fiziki veya psikolojik tehlikeye maruz kalma ihtimali gerekçe gösterilerek iade talebinin reddedilebileceği ifade olunmaktadır.⁷²

Mahkeme değerlendirmesi esnasında sıklıkla gündeme alınan bir diğer konu, geride bırakılan ebeveyn tarafından çocuğun iadesini kolaylaştırmak gayesiyle gönüllü olarak verilmiş taahhütlerin bulunup bulunmadığının, eğer mevcut iseler bunların içeriklerinin incelenmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır. Genellikle, geride bırakılan babanın, anne tarafından kendisine yöneltilmiş suçlamaları kabul etmemesine rağmen, çocuğun iadesini kolaylaştırabilme ve bu doğrultuda çocuğun geleceği hakkında mutad mesken ülkesi mahkemelerinin karar verebilmeleri için bu tavizleri verdiği belirtilmekte, bu taahhütler aracılığı ile annenin geri dönmesini kolaylaştırmanın yanında⁷³ onun belirli bir süre maddi sıkıntı çekmemesinin de genellikle temin edilmeye çalışıldığı ifade edilmektedir ki anılan süre sıklıkla yetkili mahkemenin çocuğun geleceği hakkında

67 Bozdağ (n 13) 123.

68 Giray (n 11) 147. Buna karşılık Öner'e göre, “ Sözleşme’de çocuğun kaçınılmaz olarak başvuran şahıs ile beraber yaşaması şartı ile iade edileceği şeklinde bir hüküm yer almadığından, talep eden taraf devlet merkezi makamlarınca yeterli güvencelerin sağlanması durumunda, çocuğun bir aile ferdî, bir bakım veya eğitim kurumunun gözetiminde kalmak üzere iade edilmesine karar verilebileceği ihtimali de göz önünde bulundurulmalıdır.” Bkz. Öner (n 17) 495.

69 Aykan (n 15) 27.

70 Bozdağ (n 13) 128.

71 Öner (n 17) 495.

72 Giray (n 11) 158.

73 İadeyi talep eden babanın, geri dönmeleri için anne ve çocuğun uçak biletini almayı teklif ettiği yahut başka türlü yardımda bulunmayı teklif ettiği hallerde, annenin dönüşte karşılaşacağı bazı sıkıntıların bertaraf edilebildiğinden bahsedilmektedir. Akıncı and Gökyayla (n 11) 303.

karar vermesine kadar geçen süredir.⁷⁴ Böylesi taahhütler istem sahibinden gelebileceği gibi, bazı ülke mahkemelerinin istem sahibinin kendisinde taahhütte bulunmasını isteyebildikleride görülmektedir.⁷⁵ Taahhütlerin mevcudiyeti halinde, mahkemenin olaydaki bu yönü de dikkate alması ve öyle karar vermesi gerektiği belirtilmektedir.⁷⁶

3. “Müsamaha Edilemeyecek Durum” Değerlendirmesi

“Ciddi risk” istisnasına ilişkin hüküm, fiziksel ve psikolojik zarar tehlikeleri haricinde, çocuğun iade edilmesinin, çocuğu müsamaha edilemeyecek bir duruma düşüreceği yolunda ciddi bir riskin söz konusu olduğu durumlarda da iade talebinin reddedilebilmesine olanak tanımaktadır.⁷⁷ Burada müsamaha edilemeyecek durum ifadesi ile kast edilmek istenenin, çocuğun iadesi ile birlikte gerçekten göz ardı edilemeyecek kadar önemli bir tehlikenin varlığı olduğu ve çocuk için katlanılmaz bu durumun son derece ciddi olması gerektiği ifade edilmektedir.⁷⁸ Bu bağlamda, üzüntü, travma, tedirginlik veya daha elverişsiz koşulların, Sözleşme’de yer verilen “müsamaha edilemeyecek durum” kavramını anlatmak için yeterli olmadıklarına dikkat çekilmektedir.⁷⁹ Buradan hareketle, örneğin iade edildiğinde çocuğun mali yahut eğitime ilişkin imkanlarının daha sınırlı bir görünüm alacak olmasının, tek başına tahammül edilemez bir durum olarak görülmemesi gerektiği anlaşılmaktadır.⁸⁰

Ev içi şiddet mağduru bir ebeveyn tarafından bu durumu öne sürülerek yapılacak bir itiraz, Türk hukukundaki Sözleşme uygulamasında, hükümde geçen şekliyle “müsamaha edilemeyecek bir durum” olarak görülebilmekle beraber, bu durum, yalnızca çocuk üzerinde zararlı bir etki doğması ihtimali ciddi görülmekte ise iade talebinin reddedilmesi ile sonuçlanmaktadır.⁸¹ Taraflardan birinin, diğerine yönelik olarak geçmişte gerçekleştirdiği fiziksel şiddet eylemlerinin çocuk açısından her zaman ciddi bir riskin varlığını göstermediği ifade edilmekte, şiddetin yalnızca anneye yönelmiş olduğu, çocuğa bir zarar verilmemiş olan haller açısından çocuğun iadesi

74 McEleavy (n 22) 94.

75 Ataman Fıganmeşe (n 33) 92.

76 Bozdağ (n 13) 123.

77 Kelahmet (n 15) 54. Daha farklı bir yorum yapan *Telli*'ye göre, istisna hükmü içerisinde yer alan “müsamaha edilemeyecek durum” ifadesinin, çocuğun iadesinin ciddi tehlike yarattığından belki söz edilemeyecek ama yine de iade kararının yerinde olmayacağı halleri karşıladığı düşünülebilir. Bkz. *Telli* (n 18) 771.

78 Kelahmet (n 15) 54.

79 Akıncı and Gökyayla (n 11) 305.

80 Altuntaş (n 10) 118.

81 Bozdağ (n 13) 121; Giray (n 11) 135. Annenin fiziksel veya cinsel şiddete maruz kaldığı evlerde bulunan çocukların da çoğunlukla aynı tür şiddet eylemlerine maruz kaldığını işaret eden çalışmaların sayısının arttığı belirtilmektedir. Bkz. *Telli* (n 18) 771.

kural olarak mümkün görülmektedir.⁸² Bir başka deyişle, mahkemenin, çocuğun ve şiddetten kaçan kişinin yeterli düzeyde korunup korunamayacakları hususuna dikkat göstermesi gerektiği, salt ev içi şiddetin varlığından hareketle iadeyi reddetmek yoluna gitmemesi gerektiği belirtilmektedir.⁸³

Öte yandan, ev içi şiddet olgusunun çocuk kaçırma eylemlerinin önemli bir parçası olduğuna da değinilmekte, bu durumun çocuk için hem fiziki hem de psikolojik bakımdan büyük bir zarar riski oluşturduğu söylenmektedir.⁸⁴ Yine, mevcut durumlarına bakılmaksızın Sözleşme hükümlerinin dar yorumlanmasının, kimi zaman bu gerçeğin göz ardı edilmesine neden olduğu vurgulanmakta, ev içi şiddet ve istismarın mağduru olan çocukların içinde bulunduğu şartlar dikkate alınmaksızın dar yorum yapılması halinde, Sözleşmesi'nin onları tekrar mağdur edeceği ifade edilmektedir.⁸⁵ Çocuğu kaçırmış bulunan kişinin, çocuğunu ve kendisini ev içi şiddetten korumaya çalışan ve aynı zamanda çocuğun temel bakımından da sorumlu bir kişi olması halinde, Sözleşme'de benimsenen derhal iade amacının isabetsiz olabileceğine dikkat çekilmektedir.⁸⁶ Yargıtay'ın, çocuğun fiziksel olarak zarar görmesine dair ciddi riskleri örnekler halinde saymış olduğu bir kararında, ev içi şiddetin varlığı da örnekler arasında yer almıştır.⁸⁷ Ancak kararda belirtilen ev içi şiddet ifadesinin yalnızca ebeveyne yöneltilmiş şiddet vakalarını kapsayıp kapsamadığı hususu belirsizdir.

Müsamaha edilemeyecek durum kapsamında verilmiş diğer örnekler arasında; iadenin, birlikte başka ülkeye götürülmüş kardeşleri ayırmak anlamına geldiği haller;⁸⁸ sağlık sebeplerinden dolayı çocuğun iade edilmesinin onun üstün menfaatine olmadığı haller;⁸⁹ çocuğun, koruma hakkına sahip olup cinsiyet değiştirmiş anne / baba yanına iade edileceği haller;⁹⁰ iade edilmesi durumunda çocuğun aşırı derecede fakirliğe düşeceği⁹¹ yahut anne veya babası ile birlikte evsiz olarak sokakta yaşayacağı öngörülebilir haller;⁹² sayılabilmektedir.

82 Aykan (n 15) 27; Kelahmet (n 15) 37; *Kelahmet'e göre, “bu madde ile amaçlanan, iade edilmesi istenen çocuğun fiziksel bir tehlikeye maruz kalmasının önüne geçilmesidir. Bu sebeple, çocuğu kaçırın tarafın, iadeyi talep eden kişiden daha önce fiziksel şiddet görmüş olduğunu iddia etmesi ve fakat bu süreçte çocuğa karşı fiziksel şiddet girişiminde bulunulmadığının açık ve inandırıcı delillerle desteklenmesi durumunda, çocuğun iadesini talep eden kişinin, sadece çocuğu kaçırın tarafa geçmişte fiziksel şiddet uygulamış olması yönündeki iddiaları tek başına bu madde kapsamında iadeyi engelleyen bir durum olarak değerlendirilmemelidir”*. Kelahmet (n 15) 48.

83 Çocuğun, mutad meskeni devletinde önceden ev içi şiddet yaşamış olması, gerekli tedbirlerin alınmadığına veya alınmasında yetersiz kalındığına karine teşkil edebilecektir. Bkz. Giray (n 11) 153.

84 Altuntaş (n 10) 121, 122.

85 ibid 124.

86 Bozdağ (n 13) 127.

87 Yargıtay 2 HD, 16411/95, 10.01.2005 (Tuğçe Takcı, ‘Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesinin Uygulanmasında Karşılaşılan Bazı Sorunlar ve Bu Sorunlara Çözüm Önerileri’ (2014) 5(19) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 1059’ dan atfen).

88 Giray (n 11) 148.

89 ibid 150.

90 ibid 151.

91 Takcı (n 87) 1059.

92 Buna karşılık, “iadeyi isteyen anne veya baba ekonomik açıdan kötü durumda olsalar da çocuğun iade edileceği devletin sağlayacağı sosyal ve ekonomik desteğin makul derecede olması, müsamaha edilemeyecek durum olarak değerlendirilmeyecektir.” Bkz. Akıncı and Gökyayla (n 11) 306.

B. “İyi Uygulama Kılavuzu”nda Benimsenen Yaklaşım

Sözleşme'nin taraf devletlerde nasıl uygulandığını denetlemekten sorumlu olan özel komisyon, 2011 yılında altıncı toplantısını gerçekleştirmiştir. Bu toplantıda ev içi şiddet iddialarının ve çocuk açısından gündeme gelebilecek risklerin her zaman yeterli ve süratli şekilde incelenmiyor oluşuna Komisyon'ca bir sorun olarak dikkat çekilmiştir. Tüm uluslararası sözleşmeler bakımından söylenebileceği üzere, taraf devletler arasında adil bir uygulamadan bahsedebilmek için Sözleşme'nin yeknesak bir biçimde yorumlanması gerekliliğine değinen Komisyon, ev içi şiddet iddialarına ilişkin olarak m.13/1-b hükmünün yorumu ve uygulamasında tutarlılığı teşvik için daha fazla çalışma yapılması gerektiği önerisinde bulunmuştur.⁹³

Bu öneri neticesinde, Sözleşme m.13/1-b hükmü hakkında bir “İyi Uygulama Kılavuzu” hazırlamak amacıyla bir çalışma grubu oluşturulmuştur. Oldukça uzun süren bir hazırlık sürecinin ardından 2020 yılında “25 Ekim 1980 Tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Sözleşme Kısım 6 Madde 13/1-b Kapsamında İyi Uygulama Kılavuzu” adı altında yayınlanan Kılavuz 78 sayfa olup istisna hükmünün uygulaması konusunda mahkemelere yol göstermek amacını haizdir.⁹⁴ Aşağıda, genel olarak kılavuzun önerdiği yaklaşıma ve bu kapsamda ev içi şiddet konusunun ele alınmasına ilişkin -sınılı sayıda olan- açıklamalarına yer verilecektir.

Sözleşme m.13/1-b hükmünün toplamda üç grup ciddi risk barındırdığını belirten Kılavuz,⁹⁵ mahkeme tarafından gerçekleştirilecek değerlendirmenin iki adım halinde yapılmasını önermektedir:

Birinci adımda mahkeme, iddiaların doğalarını inceleyerek yeterli detay ve içerik barındırmaları noktasından ciddi risk teşkil edip etmediklerine bakmalıdır. Ciddi sözcüğünün, çocuğun maruz kalacağı “zararı” değil “riski” nitelendirdiğini belirten Kılavuz, riskin gerçek olarak nitelenecek boyutta olmasını aramaktadır. Zarar açısından ise, onun “müsamaha edilemeyecek olması” bir başka deyişle, bir çocuğun müsamaha göstermesi beklenemeyecek düzeyde olması aranacaktır.⁹⁶

İstem bakımından birinci adımı tamamlayan ve ciddi bir riskin mevcut olduğuna kanaat getiren mahkemenin ikinci adıma geçmesi önerilmektedir. Burada mahkeme, çocuğun iadesine karşı çıkan tarafça sunulmuş delillerin/ bilgilerin ve mutad mesken ülkesindeki koruyucu tedbirlere ilişkin delillerin/bilgilerin ışığında ciddi risk

93 Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law, ‘Conclusions and Recommendations and Report of Part I of the Sixth Meeting of the Special Commission on the Practical Operation of the 1980 Hague Child Abduction Convention and the 1996 Hague Child Protection Convention’ (HCCH, June 2011) 36, 37 <<https://assets.hcch.net/upload/wop/abduct2012pd14e.pdf>> Erişim Tarihi 03 September 2020.

94 Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law, ‘1980 Child Abduction Convention Guide to Good Practice - Part VI Article 13(1)(b)’ (HCCH 2019) <<https://assets.hcch.net/docs/225b44d3-5c6b-4a14-8f5b-57cb370e497f.pdf>> Erişim Tarihi 03 September 2020.

95 ibid 25.

96 ibid 26.

istisnasının işletilmesi gerektiği kanaatine ulaşıp ulaşamayacağını gözden geçirecektir. Bir başka deyişle, mahkeme olası bir zarar görme durumuna veya müsamaha edilemeyecek duruma maruz kalmaya işaret eden yeterli delil veya bilgi bulunması halinde bile, şartları bir bütün halinde değerlendirmeli ve mutad mesken ülkesi hukukunda çocuğu böylesi ihtimallerden korumak için yeterli düzeyde tedbirlerinin bulunup bulunmadığını yahut getirilmeleri gerekip gerekmeyeceğini dikkate almalıdır.⁹⁷

Yukarıda görüldüğü üzere Kılavuz, son derece açık bir şekilde hatta kısmen tekrara düşmek pahasına, koruyucu tedbirlerin mahkemece araştırılması gerekliliğine vurgu yapmakta, dolayısıyla bu kısmın inceleme açısından hayati önemde olduğu hatta bu kısım olmaksızın değerlendirme yapılmaması gerektiği düşüncesini yansıtmaktadır. Öyle ki, bu mevcudiyet değerlendirmesinin mahkemece erken bir aşamada yapılmasında fayda bile olabileceğini belirten kılavuz böylelikle her iki tarafın da ilgili delilleri zamanında sunmak için bir fırsatları olabileceğinden bahsetmektedir.⁹⁸

Kılavuz’a göre, ciddi risk incelemesi, hukuka aykırı götürme eyleminden önceki şartlar ile sınırlı tutulmamalı, çocuğun iadesinden sonrasına dönük bir şekilde yapılmalı ve yine, mutad mesken devletince yeterli ve etkin tedbirlerin alınıp alınmadığını araştırmasını da içermelidir.⁹⁹ Mutad mesken ülkesinde güvenlikle ilgili ciddi sorunlar olması yahut siyasi veya ekonomik durumun kaygı verici olması, bir genelleme yapılmasına ve ciddi tehlike istisnasını işletmeye yeterli değildir. Karışık bir siyasi ortamda gerçekleşen münferit şiddet eylemleri açısından da aynı bakış açısının benimsenmesi, varlığı öne sürülen vakıalar ciddi risk oluşturacak doğada olsalar bile mahkemenin koruyucu tedbirlerden faydalanma imkanını araştırması gerekmektedir.¹⁰⁰

İadenin ekonomik veya başka yönlerden elverişsiz koşullar ile sonuçlanacağı öne sürülüyorsa, değerlendirme, çocuğun temel ihtiyaçlarının mutad mesken ülkesinde karşılanıp karşılanmayacağı noktasına hasredilmeli ve ebeveynlerin kendi ülkelerindeki yaşam koşullarının kıyaslanmasından kaçınılmalıdır.¹⁰¹ Yine, çocuğun sağlığına ilişkin iddialar bakımından yapılacak incelemede, mutad mesken ülkesinde tedavi imkanının bulunup bulunmadığı noktasına odaklanılmalı, her iki ülkenin tıbbi bakım standartları kıyaslanmamalıdır.¹⁰²

Sözleşme m.13/1-b hükümü, açıkça çocuğun maruz kalacağı bir ciddi riski gerektiriyor olmakla birlikte, ebeveyne yöneltilmiş zararın bazı istisnai hallerde çocuğu da zarara maruz bırakabileceği hususu Kılavuz tarafından kabul edilmektedir.¹⁰³ Bu

97 ibid 31.

98 ibid 34.

99 ibid 27.

100 ibid 41, 42.

101 ibid 40.

102 ibid 42.

103 ibid 26.

kabul, zaten yıllardır anılan hüküm kapsamında görülmekte olan ev içi şiddet olgusuna işaret etmektedir. Ancak, bu kabule rağmen Kılavuz, mahkemelere oldukça sınırlı bir hareket alanı bırakmış gözükmektedir: *“Buna göre, geçmişte yaşanmış ev içi şiddetin şartlara bağlı olarak ağır riskin mevcudiyetine yol açması mümkün olsa dahi, bu geçmiş davranış ve hadiseler, çocuğu ağır tehlikeden koruyacak etkili tedbirlerin bulunmadığı sonucuna varmaya kendi başlarına yeterli değildir.”*¹⁰⁴ *“Şiddetin varlığı sabit olan hallerde mahkemeler, koruyucu tedbirlerin mevcudiyeti, yeterliliği ve etkililiği ışığında meseleyi değerlendirmelidirler.”*¹⁰⁵ Hatta Kılavuz, koruma tedbirlerinin zaten uygulamada sıklıkla (fakat sadece bunlar sınırlı olmayan şekilde) çocuk istismarı ve ev içi şiddet içeren vakalar açısından değerlendirme sürecine katıldıklarını hatırlatarak, tüm incelemeler açısından başvurulmasını önerdiği bu koruyucu tedbir analizine ev içi şiddet içeren vakalar bakımından olmazsa olmaz surette başvurulması gerektiği izlenimini vermektedir.¹⁰⁶

Yukarıda değinildiği üzere sınırlı bir hareket alanı öngörmüş olan Kılavuz, yine de isabetli bir şekilde geride bırakılan ebeveynin koruma tedbir kararlarını tekrar tekrar ihlal etmiş olduğu hallerde, koruma tedbirlerinin varlığının ciddi tehlike ile mücadelede yeterli olmayabileceklerini kabul etmektedir.¹⁰⁷ Benzer şekilde, geride bırakılan ebeveyn tarafından ihtiyari şekilde yapılan taahhütlere, bunlar mutad mesken ülkesinde icra edilebilir olmadıkları sürece tereddütle yaklaşılması gerektiği ve bu bakış açısının özellikle ev içi şiddet içeren vakalar bakımından benimsenmesi gerektiği de belirtmiştir.¹⁰⁸

III. Lahey Sözleşmesi ve “Ev İçi Şiddet”

A. Varsayımlar ve Gerçeklikler Sorunu

Sözleşme hazırlanırken biri vakıasal diğeri hukuki iki varsayım yapılmış olduğu ve bugün her iki varsayımın da uzun süreden beri geçerliliklerini yitirmiş halde buldukları belirtilmektedir. Bunlardan ilki, çocuğunu kaçıran kişilerin büyük bir çoğunluğunun onun bakımından esas sorumlu kişi konumunda bulunmadıkları yönünde yapılmış vakıasal varsayımdır. Bu bağlamda, Sözleşme’yi hazırlayanların temel aldıkları kişi gurubu, “evliliği biten ve çocuğunu artık hergün göremeyeceğini idrak ederek onu kaçırmaya karar veren babalar” şeklinde tezahür etmiştir.¹⁰⁹

104 ibid 27.

105 ibid 38.

106 ibid 34.

107 ibid 34.

108 ibid 35.

109 Brenda Hale, ‘Taking Flight - Domestic Violence and Child Abduction’ (2017) 70(1) Current Legal Problems 4; Sawako Yamaguchi and Taryn Lindhorst, ‘Domestic Violence and the Implementation of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction: Japan and U.S. Policy’ (2016) 17(4) Journal of International Women’s Studies 18.

Sözleşme ile ilgili erken dönemde yapılmış bazı çalışmalarda bu varsayımı doğrulayan sonuçlar elde edilmiş olduğu bilgisi ışığında,¹¹⁰ bu varsayımının aslında olmayan birşeyi var gibi gösterdiğini iddia etmek yanlıştır. Bununla birlikte, bu varsayımın tüm uluslararası çocuk kaçırmaları için kullanılması ve sistem oluştururken temel alınması, bu varsayımı bir “stereotip” haline dönüştürmüştür.¹¹¹

Nitekim, Sözleşme’nin tamamlanmasından kısa bir süre sonra, bu varsayımın gerçek durumu yansıtmadığı fark edilmeye başlanmıştır.¹¹² Günümüzde, çocuğunu kaçıranların büyük çoğunluğunun anneler olduğu gerçeği bir yana, bu kimselerin aynı zamanda çocuğun bakımından esas sorumlu konumunda oldukları haller de azımsanmayacak kadar çoktur. Bugünden geriye bakıldığında, çocuğunu kaçıranların daha ziyade anneler olduğu gerçeği, yayımlanan veriler ışığında oldukça uzun bir süredir araştırmacıların üzerine ittifak ettikleri bir husustur.¹¹³

Hazırlık çalışmaları esnasında yapılmış hukuki varsayım ise, velayet hakkı ile ziyaret hakkı arasında kesin bir çizgi çekilebileceğinin düşünülmesi olmuştur. Bu düşünceye göre, velayet hakkının, çocuğun bakımından esas sorumlu olma konumu ile bir arada bulunduğu düşünölmeli, bu sebeple, kaçırmış bulunan çocuk derhal mutad mesken ölkesine iade edilerek velayet hakkına saygı gösterilmelidir. Yine bu anlayış, velayete ilişkin bir uyumsuzluk çıkması halinde tüm deliller ve tanıkların büyük bir ihtimalle mutad mesken ölkesinde bulunacaklarını, dolayısıyla meselenin orada çözölməsi gerektiğini kabul etmiştir.¹¹⁴

Buna karşılık, boşanma sonrasında görölen müşterek velayet düzenlemelerinin günümüzde geçmişe kıyasla çok daha fazla sayıda oldukları bir gerçek olup, çocukların, boşanmış dahi olsalar ebeveynleri ile deyim yerinde ise “iki ayrı eve sahip” hale geldikleri ve söz konusu ebeveynlerin ikisinin de esas bakım fonksiyonunu üstlenebildikleri bilinmektedir.¹¹⁵ Dahası, günümüzde velayetin tek ebeveyne verildiği hallerde bile çocukla birlikte yurtdışına uzun süre çıkılmasının mahkemece yasaklanması olgusuna çok sık rastlanmakta olup, bu yasaklar doğurdıkları etki yönünden sanki velayet hakkının bir kısmı diğer ebeveyne tahsis edilmiş gibi bir

110 Bir çalışmada, 110 vakanın 80’i açısından çocukların babalar tarafından kaçırdıkları sonucuna ulaşılmış, hatta bu kaçırma eylemlerinin kendileri bazı yazarlar tarafından “ev içi şiddet” eylemi olarak görölmüştür. Bkz. Karen Brown Williams, ‘Fleeing Domestic Violence: A Proposal to Change the Inadequacies of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction in Domestic Violence Cases’ (2011) 4 J Marshall LJ 42.

111 Merle H Weiner, ‘International Child Abduction and the Escape from Domestic Violence’ (2000) 69 Fordham L Rev 610.

112 Williams’a göre, doksanlı yılların başlarında yapılmış araştırmalar bile, annelerin çoğunluğa geçmiş olduklarını göstermekteydi. Bkz. Williams (n 110) 43.

113 Allie Maxwell, ‘The Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction 1980: The New Zealand Courts’ Approach to the Grave Risk Exception for Victims of Domestic Violence’ (2017) 48 Victoria U Wellington L Rev 87; Brian Quillen, ‘The New Face of International Child Abduction: Domestic-Violence Victims and Their Treatment Under the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction’ (2014) 49(3) Texas International Law Journal 625; Williams (n 110) 42; J Weideman and J A Robinson, ‘The Interpretation and Application of Article 13(b) of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction’ (2011) 22 Stellenbosch L Rev 75.

114 Hale (n 109) 5.

115 ibid 5.

görünümüne yol açmaktadırlar. Zira, söz konusu ebeveyn nihayetinde çocuğun nerede yaşayacağı kararı üzerinde söz hakkına sahip olmaktadır. Öyle ki, tarafların evli olmadıkları haller açısından bile, velayet hakkının tek başına anneye verilmiş olduğu yönünde kesin çıkarımlar yapabilmek, artık mümkün değildir.¹¹⁶

Yukarıda bahsedilen değişim dikkate alındığında, günümüz uygulamasında geride bırakılan ebeveyn tarafından yapılan iade istemlerinin büyük bir kısmının, aslında çocuğun kendi bakımından sorumlu olan kişi ile yaşamaya kaldığı yerden devam etmesi amacıyla değil de, çocuk ile bir şekilde daimi irtibatı tesis edebilmek amacıyla yapıldığı anlaşılmaktadır ki, doktrinde *Schuz*, böyle bir durumda iadenin Sözleşme’yi hazırlayanların düşündükleri gibi “statükonun muhafazası” amacına değil de, “velayet hakkına sahip ebeveynin değiştirilmesine veya en azından onun yaşam şartlarında radikal bir değişikliğe” hizmet edeceğini dile getirmektedir.¹¹⁷ Bu şartlar altında, kaçırılan ebeveynin çocuk ile birlikte mutad mesken ülkesine dönmesi halinde, geride bıraktıkları hayattan bambaşka bir hayata döneceği ortadadır ki, *Schuz*’a göre böyle hallerde iade, neredeyse her zaman çocuğu psikolojik bir tehlikeye veya müsamaha edilemeyecek bir duruma maruz bırakacaktır.¹¹⁸

Yine, doksanlı yılların başlarından itibaren gözle görülür şekilde fark edilmeye başlanan bir diğer gerçeklik, çocuğunu kaçırılan annelerin önemli bir bölümünün aslında kendilerine yöneltilmiş ev içi şiddet eylemlerinden kaçmakta olduğudur.¹¹⁹ Ev içi şiddetin, çocuk kaçırma eylemleri arkasında yatan önemli bir faktör olduğu bilgisini teyit eden bilimsel çalışmaların sayıca artmasıyla birlikte,¹²⁰ bu durum bugün itibarıyla yaygın şekilde kabul görülür hale gelmiştir.¹²¹ Geride bırakılan 368 ebeveynin katılımıyla yapılmış bir araştırma, incelenen tüm çocuk kaçırma vakalarının %54’ü bakımından ev içi şiddetin bir formuna rastlandığını ortaya koymuştur.¹²²

116 ibid 5.

117 Rhona Schuz, *The Hague Child Abduction Convention: A Critical Analysis* (1st edn, Hart 2013) 270, 271.

118 Hale (n 109) 6.

119 Kyle Simpson, ‘What Constitutes a “Grave Risk of Harm?”: Lowering The Hague Child Abduction Convention’s Article 13(b) Evidentiary Burden to Protect Domestic Violence Victims’ (2017) 24 Geo. Mason L. Rev. 843; Maxwell (n 113) 86; Noah L. Browne, ‘Relevance and Fairness: Protecting the Rights of Domestic-Violence Victims and Left-Behind Fathers Under The Hague Convention on International Child Abduction’ (2011) 60(5) Duke Law Journal 1195; Lahey Konferansı’nın 14. oturumu esnasında sunulan belgelerden hareket eden *Momoh*, o esnada ev içi şiddet meselesi hakkında bir farkındalık bulunduğunu belirtmektedir. Bkz. Onjoya Momoh, ‘The Interpretation and Application of Article 13(1) b) of the Hague Child Abduction Convention in Cases Involving Domestic Violence: Revisiting X v Latvia and The Principle of “Effective Examination”’ (2019) 15(3) Journal of Private International Law 631.

120 Bu yönde sonuçlar elde edilmiş bilimsel çalışmalara çeşitli örnekler için bkz. Yamaguchi and Lindhorst (n 109) 18 ve ayrıca Sudha Shetty and Jeffrey L. Edleson, ‘Adult Domestic Violence in Cases of International Parental Child Abduction’ (2005) 11(1) Violence Against Women 120-122.

121 İronik bir şekilde, azımsanmayacak miktarda vaka açısından anneyi kaçırmaya iten başlıca sebep, babanın çocuğu kendisinin kaçıracağına dair tehditleri gibi gözükmektedir. 1990 yılında Amerikada 100.000 kadın sığınağı katılmıcsı üzerinden yapılan bir araştırmada, bunların %34’ünün çocuklarının kaçırılmakla tehdit edildiği, %11’i bakımından ise ev içi şiddet uygulayan erkeğin gerçekten de çocuğu kaçırdığı rapor edilmiştir. Bkz. Geraldine B Stahly, ‘Battered Women’s Problems with Child Custody’ (New Directions in Domestic Violence Research Symposium- Annual Meeting of the Western Psychological Associations, Los Angeles, April 1990); Miranda Kaye, ‘The Hague Convention and The Flight From Domestic Violence: How Women and Children Are Being Returned by Coach and Four’ (1999) 13 International Journal of Law, Policy and the Family 194, 195.

122 Geoffrey L. Greif and Rebecca L. Hegar, *When Parents Kidnap: The Families Behind The Headlines* (1st edn, Free Press 1993) 36.

Öte yandan, Sözleşme hazırlanırken, bu kritik meseleye gereken önemin verilmediğini söylemek mümkündür. Sözleşme’nin müzakere aşamasında, ev içi şiddet olgusunun yalnızca bir defa gündeme getirildiği görölmektedir.¹²³ Neticede, “müsamaha edilemeyecek durum” kapsamında istisnaen de olsa görölebileceğine karar verilen bu durumun aslında özel muameleyi gerektirdiği fark edilememiştir. Dolayısıyla, ebeveyne yöneltilen şiddetin hangi hallerde buna şahit olmaktan dolayı çocuğu da zarara maruz bırakabileceği hususu üzerinde de durulmamıştır.¹²⁴

Weiner’e göre bu gözden kaçırma, ufak bir detay olmayıp güncel Sözleşme uygulamasının sıklıkla gayrı adil şekilde cereyan etmesine yol açacak kadar önemlidir.¹²⁵ Sözleşme’nin esas amacı çocuğun mutad mesken ülkesine en hızlı şekilde iadesi olduğundan, mevcut haliyle Sözleşme, ev içi şiddet mağdurlarının korunması ile çocuk kaçırmanın önlenmesi amaçları arasında bir gerilim yaşanmasına neden olmaktadır.¹²⁶ Hızlı iade mekanizmasının işletilmesi, olaya göre, şiddet yaşanan evin terkedilmesinden kısa bir süre sonra aynı eve tekrar dönmek zorunda kalınmasına neden olabilmektedir. Evin terkedilmiş ve çocuğunun götürülmüş olmasının şiddet uygulayan kişiyi daha da sinirlendireceği öngörüldüğünde, bu durum anne ve çocuk için belki de daha yüksek dereceden bir şiddete maruz kalma riski doğurmaktadır.¹²⁷

Sözleşme’nin hazırlayıcıları, çocuk kaçırma eyleminin çocuğa kural olarak zarar veren bir eylem olduğunu varsaymışlardır.¹²⁸ *Freeman*, çocuğun kaçırılma nedeniyle travma yaşamayacağını düşünmenin mümkün olmadığını belirtmektedir. Buna karşılık *Weiner* bu genellemeyi eleştirmektedir.¹²⁹ Ona göre, çocuğun kendisi ile en yakın bağı kurduğu ebeveyni tarafından kaçırılmasının, diğer varyasyonlar ile kıyaslandığında çocuğa zarar vermeyebileceği pekala düşünülebilir. Kaldı ki, aynı sonuca ulaşan bilimsel araştırmalar mevcuttur.¹³⁰

Yukarıda Türk hukukuna ilişkin açıklamalar esnasında görüldüğü ve yine İyi Uygulama Kılavuzu tarafından önerildiği üzere, günümüz uygulamasında mahkemeler, ev içi şiddet mağduru ve onun beraberinde kaçırdığı çocuğun, mutad mesken ülkesine dönmeleri halinde şiddet riskinden yeterli ve etkili bir biçimde korunup

123 Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law, *Procès-verbal, No. 8 Actes et Documents 6–25 October 1980* (Imprimerie Nationale, La Haye 1982) 302. (Momoh (n 119) 632’den atfen)

124 Momoh (n 119) 633.

125 Weiner MH, ‘Navigating the Road Between Uniformity and Progress: The Need for Purposive Analysis of the Hague Convention on The Civil Aspects of International Child Abduction’ (2002) 33 Colum Hum Rts L Rev 278; Marilyn Freeman and Nicola Taylor, ‘Domestic violence and child participation: contemporary challenges for the 1980 hague child abduction convention’ (2020) 42(2) Journal of Social Welfare and Family Law 155.

126 Quillen (n 113) 626. Sözleşme’nin iyiniyetle hazırlandığı fakat uygulamasının ev içi şiddet mağduru anneler ve onların yanında götürdükleri çocuklarının güvenlikleri için hiç istenmeyecek sonuçlar doğurmakta olduğu düşünülmektedir. Bkz. Shetty and Edleson (n 120) 135.

127 Quillen (n 113) 627.

128 Weiner (n 125) 616.

129 ibid 618-620.

130 Greif and Hegar (n 122) 144.

korunamayacaklarına dair bir değerlendirme yapmaktadırlar. Bu değerlendirme neticesinde sıklıkla bulunan çözüm, şiddet uygulayan kimse ile şiddetin mağduru olan kimseyi ve onun çocuğunu coğrafi olarak birbirlerinden ayırmak şeklinde ortaya çıkmaktadır. Mahkemeler, şiddet uygulayan ebeveyn ile şiddet mağduru ebeveynin aynı ülkede ama farklı lokasyonlarda yaşamaları temin edildiğinde, ayrıca bu durum birtakım önleyici koruma tedbirleri ile desteklendiğinde ev içi şiddet tehlikesinin ortadan kalkacağını düşünmektedirler. Halbuki doktrinde, bu düşüncenin bir yanlığı olduğu, çünkü ayrılığın akabindeki çoğu halde şiddet uygulayanların bu eylemlerine devam ettiklerinin bilindiği, hatta eylemlerin dozunun arttığı çünkü kaçırma sürecinin şiddet uygulayan kişi üstünde bir kontrolü kaybı hissine yol açtığı ve onu daha da agresif hale getirdiği vurgulanmaktadır.¹³¹

Uzmanlar, ev içi şiddet mağdurlarına gizli yerlerde saklanma, numaralarını değiştirme hatta tanınmamak için kılık değiştirme gibi öneriler getirmektedirler ki, bu aşırıya kaçan önerileri kabul etmeye yanaşmayan mağdurların bile sürekli bir güvensizlik hissi yaşayacakları, şiddet uygulayan kimsenin ailesi ve arkadaşları ile temastan kaçınacakları, kapı kilitlerini değiştirecekleri ve benzeri diğer önlemleri alacakları düşünülebilecektir. En önemlisi, babasının kendilerine zarar verebileceği ihtimalini bilerek ve ondan saklanmak için annesi ile birlikte bir kadın sığınma evinde yaşamaları gerektiği fikrinin bir çocuğa psikolojik açıdan zarar vermeyeceğini düşünmek mümkün değildir.¹³²

B. “Ciddi Risk” İstisnası Kapsamında “Ev İçi Şiddet”

Sözleşme m.13/1-b hükmü, ev içi şiddet halini iade isteminin reddedilebileceği haller arasında açıkça belirtmemiştir. Hazırlık aşamaları esnasında “müsamaha edilemeyecek durum” ibaresinin eklenmesi önerisinin esasen “ev içi şiddet” ihtimali düşünülerek yapıldığı anlaşılmaktadır.¹³³ Nitekim, günümüz uygulamasında da, ABD mahkemeleri hariç¹³⁴ çoğu devlet mahkemesinin, ev içi şiddet iddiası ileri sürüldüğünde bu durumu “müsamaha edilemeyecek durum” kategorisi altında ele aldıkları anlaşılmaktadır. Bu iddianın m.13/1-b kapsamında sık sık gündeme geldiği

131 Ev içi şiddet uygulayan kimselerin, en az şiddet görenler kadar ve hatta onlardan daha sık olacak şekilde velayet hakkı için başvuruda buldukları, yine velayet hakkını temin etmekte de en az onlar kadar başarılı oldukları belirtilmektedir. Bkz. Roxanne Hoegger, ‘What If She Leaves? Domestic Violence Cases Under the Hague Convention and the Insufficiency of the Undertakings Remedy’ (2003) 18 Berkeley Women’s Law Journal 185.

132 ibid 186.

133 Momoh (n 119) 630-634.

134 ABD mahkemelerinin, istisna hükmünde yer alan “müsamaha edilemeyecek durum” neredeyse hiçbir zaman kararlarına dayanak almadıkları belirtilmekte, esas odağın çocuğun maruz kalabileceği fiziksel yahut psikolojik zarar riski üzerinden olduğundan bahsedilmektedir. Bkz. Merle H. Weiner, ‘Intolerable Situations and Counsel for Children: Following Switzerland’s Example in Hague Abduction Cases’ (2008) 58(2) American University Law Review 345. Benzer yönde bkz. Kevin Wayne Puckett, ‘Hague Convention on International Child Abduction: Can Domestic Violence Establish The Grave Risk Defense Under Article 13’ (2017) 30 J.Am.Acad. Matrimonial Law 11.

belirtilmektedir.¹³⁵ Bu hükme daha sık başvuruluyor olmasının bir gerekçesi olarak, ev içi şiddetin ve bunun şiddet mağduru olan eşe ve çocuğa yönelik etkilerinin daha bilinir hale gelmesi verilmektedir.¹³⁶ Bununla birlikte, *Quillen*’e göre, her ne kadar şu an ev içi şiddet olgusunun Sözleşme kapsamındaki “tanınırlığı” günden güne artmakta ise de, bu eğilimin devam ederek neticede daha kurumsal bir boyut kazanıp kazanmayacağı hususu belirsizliğini korumaktadır.¹³⁷

İstisna hükmünde benimsenen kritere göre, dikkate alınacak zarar ebeveynin değil, ebeveyn üzerinden çocuğun maruz kalma ihtimali bulunan zarardır.¹³⁸ Hüküm çocuğu kaçıranı değil çocuğun kendisini korumayı amaçladığı için, çocuğa bir zarar gelme ihtimali bulunmadığı sürece, kaçıran ebeveynin bu hükümü işletmeyi öne sürmesi mümkün değildir.¹³⁹ Ebeveyne yöneltilen şiddet ile çocuğun refahı arasında bağlantı bulunduğu hususu Sözleşme’yi hazırlayanlar tarafından da kabul edilmekle birlikte,¹⁴⁰ bu bağlantının boyutu Sözleşme amacına uygun şekilde dar bir yorum ile tesis edilmektedir. Zira, ev içi şiddetin olaydaki varlığı ve hatta iade kararı verilmesi halinde devam etme ihtimalinin ciddiliği mahkeme tarafından sabit bulunmuş bazı hallerde dahi, mahkemelerin koruyucu tedbirler ve geride bırakılan ebeveyn tarafından verilen taahhütlere büyük bir güven atfederek iade kararı verebildikleri görülmektedir.¹⁴¹ Çocukların değil de onları kaçıran annelerinin ev içi şiddete maruz kaldıklarının iddia edildiği hallerde, mahkemelerin iade yönünde karar verme eğilimlerinin arttığından bahsedilmektedir.¹⁴²

Halbuki, ebeveynlerinden birinin diğerine uyguladığı ev içi şiddete şahit oldukları hatta şahit olmasalar bile böyle bir eylemin yaşandığını sezdikleri hallerde, bu durumun çocukların ruh sağlığını ciddi derecede etkilediği bilinmektedir.¹⁴³ Çeşitli araştırmalar, ev içi şiddet yaşanan çoğu ev ortamında çocukların eylemlere kendi gözleri ile şahit olduklarını

135 Motshidisi Jane-Jerminah Lebeko, ‘Does Article 13 Of The Hague Convention On The Civil Aspects Of International Child Abduction, 1980 Protect Victims Of Domestic Violence?’ (Mini-thesis, University of West Cape 2016) 48; Browne (n 119) 1202; Quillen (n 113) 634; Williams (n 110) 63; Weideman and Robinson (n 113) 74; Hoegger (n 131) 188; Carolin Rama, ‘Die internationale Kindesentführung durch die Kindesmutter - HKÜ, Kindeswohl, Mediation und Rückführung?!’ (Gender Politik Online 2014) 19 <https://www.fu-berlin.de/sites/gpo/int_bez/globalisierung/Rama_kindesentuehrung/Rama_Text.pdf?1397571156> Erişim Tarihi 03 September 2020.

136 Hale (n 109) 7.

137 Quillen (n 113) 622; (Maxwell (n 113) 88.

138 Momoh (n 119) 627.

139 Jane-Jerminah Lebeko (n 135) 45; Luise Glawatz, ‘Die internationale Rechtsprechung zu Art. 13 Haager Kindesentführungsabkommen’ (Dissertation, Universität Wien 2008) 94, 95. Her ne kadar istisna hükmü kapsamında ileri sürülen ev içi şiddet iddialarının sayısında bir artış gözlemlenebiliyor olsa da, bu savunmanın daha ziyade esas istismanın çocuğa yönelmiş olduğu haller bakımından dikkate alındığından bahsedilmektedir. Bkz. Weiner (n 125) 652.

140 Permanent Bureau of Hague Conference on Private International Law, ‘Conclusions and Recommendations and Report of Part I of the Sixth Meeting of the Special Commission on the Practical Operation of the 1980 Hague Child Abduction Convention and the 1996 Hague Child Protection Convention- Prel. Doc. No. 14 (HCCH, 2011) 34 <<https://assets.hcch.net/upload/wop/abduct2012pd14e.pdf>> Erişim Tarihi 03 September 2020

141 Bu konuda özellikle Avustralya ve Yeni Zelanda mahkemelerinin yaklaşımlarına dikkat çekilebilir. Bkz. Maxwell (n 113) 89-91.

142 Quillen (n 113) 632.

143 Hoegger (n 131) 187 (Simpson (n 119) 857)

ve hatta cinayet işlenen tüm vakalar açısından bu eylemin dörtte bir oranla çocukların gözü önünde gerçekleştiğini ortaya koymaktadır.¹⁴⁴ Bugüne kadar yayımlanmış 100'ün üzerinde bilimsel çalışma, ebeveynler arası şiddet eylemlerinin çocukların ruhsal gelişimi üzerinde çok ciddi sonuçlar doğurduklarını bilimsel olarak kanıtlamış durumdadır.¹⁴⁵ Bu bilgiler ışığında, Sözleşme'nin ev içi şiddet mağdurlarına gereksiz zorluklar yüklediği söylenebilir.¹⁴⁶

1. Mahkemelerin Genel Tutumu

Doktrinde *Schuz*, ev içi şiddet iddiası ile karşılaşan mahkemelerin genellikle takındıkları tutumları şu şekilde tasnif etmektedir.¹⁴⁷

1. Bu iddiaları en sağlıklı şekilde inceleyecek makamın mutad mesken ülkesindeki mahkeme olduğu kanaatine varıp iddialar hakkında özel olarak bir inceleme yapmamak;
2. İddiaları değerlendirmek, ancak bu süreçte re'sen hareket etmekten çok tarafların meseleyi en net şekilde ortaya çıkarmak için olabildiğince detaylı deliller sunmalarının teşvik edilmesi;¹⁴⁸
3. Çocuğu iade etmenin onun açısından tehlike içerebileceğine değinmekle birlikte koruyucu tedbirlerin varlığı ve etkinliği üzerine odaklanmak,
4. Meselenin tüm detaylarını incelemek ve iddiaların esaslı olup olmadığını ortaya çıkarmak için kendini yükümlü görmek.

Buna karşılık *Momoh*, daha sade bir tasnifleme yaparak mahkemeleri iki gruba ayırmaktadır:¹⁴⁹

1. Mahkemelerin iddiaların doğru olduğu varsayımıyla direk koruyucu tedbirleri araştırdığı durumlar;
2. Mahkemenin önce iddiaların esaslı olup olmadıklarını araştırdıkları, esaslı bulurlarsa ancak bundan sonra koruyucu tedbirleri değerlendirmeye geçtikleri durumlar.

144 İlgili araştırmalar için bkz. Weiner (n 125) 621.

145 İlgili araştırmalar için bkz. Shetty and Edleson (n 120) 126.

146 Carol S Bruch, 'The Unmet Needs of Domestic Violence Victims and Their Children in Hague Child Abduction Convention Cases' (2005) 22 GP Solo 14.

147 *Schuz* (n 117) 272, 273; *Momoh* (n 119) 635.

148 Ev içi şiddet mağdurunun, şiddet eyleminin çocuk üzerinde etkisi olduğunu kanıtlamak için uzman tanık kullanmak isteyebileceği fakat bu durumun iade prosedüründe gecikmelere yol açacağı belirtilmektedir. Jane-Jerminah Lebeko (n 135) 71. Bazı ABD mahkemelerinin, ev içi şiddet mağdurlarından onları zor durumda bırakan iki aşamalı bir ispat faaliyeti bekledikleri belirtilmektedir. Buna göre, mağdur hem ciddi bir tehlike bulunduğunu ispat edecektir, hem de mutad mesken ülkesi hukukunda bu tehlikeyi hafifletebilecek unsurların bulunmadığını ispat etmek suretiyle, mutad mesken devletin kendisini ve çocuğunu koruyamayacağı yönünde mahkemeyi ikna edecektir *Quillen*'e göre bu yaklaşım yanlıştır. Bkz. *Quillen* (n 113) 630.

149 *Momoh* (n 119) 636.

Yazar, ev içi şiddet iddalarının esaslı olup olmadıklarının değerlendirildikten sonra koruyucu tedbir incelemesine geçilmesini daha doğru bulmaktadır. Ona göre, hükmün uygulanabilmesi için iddialar “baştan sona hızlı bir şekilde” incelenerek ciddi zarar riskinin tespit edilmesi gerekmektedir.¹⁵⁰ Tespit yerine bir varsayımdan hareketle onları doğru kabul etmek ve hemen koruma tedbirlerini araştırmaya başlamak Sözleşme hükmünün amacına aykırı olacaktır.¹⁵¹

Uygulamada, ev içi şiddet mağduru olduğunu öne süren kimselerin, bunun dayanaksız bir iddia olduğu şeklinde bir önyargı ile sıkça karşılaşmakta olduklarını işaret eder, bu bağlamda mağdurların kendilerine inanılmasında sıkıntı yaşadıklarını belirtir çalışmalar bulunmaktadır.¹⁵² Ev içi şiddet iddialarına inanmaktaki bu isteksizliğin sebebi, Sözleşme uygulamasının zayıflatılmaması istediği olabilir ki,¹⁵³ mahkemeler açısından bakıldığında bu istek anlaşılabilir. Mahkemelerin iade yönünde karar vermeyi ancak öncesinde mutad mesken ülkesinde çeşitli koruyucu tedbirlerin mevcut bulunduğundan emin olmayı daha emniyetli bir yaklaşım olarak gördükleri anlaşılmaktadır. Mahkemeler özellikle ev içi şiddet iddiaları barındıran vakalar açısından neredeyse otomatik hale gelmiş bir şekilde koruyucu tedbirler ve taahhütlerin varlığı araştırmasını yapmaktadırlar. Bu sebeple, mağdurların iade istemine karşı direnişlerinde yaşadıkları esas zorluk, durumlarını istisna hükmü kapsamına sokmaya çalışmak değil, mutad mesken ülkesi hukuk sisteminin yetersizliklerini ispat etmek şeklinde tezahür etmektedir.¹⁵⁴

2. Koruyucu Tedbirlere ve Taahhütlere Atfedilen Önem

Ev içi şiddet iddiası ile karşılaşan mahkemelerin, mutad mesken ülkesinin hukuk sistemine ve onun mağduru koruma amaçlı tedbirlerine gerçeklikten uzak bir güven besledikleri düşüncesi dile getirilmektedir.¹⁵⁵ Yakın tarihli bir Kanada mahkemesi kararında, Sözleşme m.13/1-b hükmünde yer alan istisnanın işletilebilmesi için oldukça yüksek bir eşik bulunduğundan bahsedilmiş; çok olağanüstü durumlar yahut delillerin aksini kanıtlamak için yeterli oldukları haller haricinde, riskin var olup olmadığına ilişkin değerlendirmede çocuğun mutad mesken devleti mahkemelerinin ve makamlarının -anneyi ev içi şiddetten korumayı da kapsayacak şekilde- çocuğun korunması için gerekli tedbirleri almaya muktedir oldukları varsayımından hareket edilmesi gerektiği ifade edilmiştir.¹⁵⁶

150 ibid 656.

151 ibid 650, 651.

152 Gina Masterton, ‘Fleeing Family Violence to Another Country and Taking Your Child is Not ‘Abduction’, But That’s How the Law Sees It’ (The Conversation, 20 January 2019) < <https://theconversation.com/fleeing-family-violence-to-another-country-and-taking-your-child-is-not-abduction-but-thats-how-the-law-sees-it-109664> > Erişim Tarihi 03 September 2020; Ayrıca bkz. Shetty and Edleson (n 120) 119; Free 158.

153 Freeman and Taylor (n 125) 158.

154 Maxwell (n 113) 87.

155 Kaye (n 121) 198.

156 Bkz. paragraf 61 ve 62. (Mbuyi v. Ngalula 2018 MBQB 176).

Öte yandan, doktrinde, en gelişmiş hukuk sistemlerinde bile tedbir kararlarının icrasıyla ilgili sıkıntılar yaşanabildiğine dikkat çekilmekte,¹⁵⁷ üstelik mahkemenin koruyucu tedbirler vasıtasıyla çocuğu fiziksel tehlikelerden koruyabilmesi bir ölçüde mümkün olabilse dahi, çocuk üzerinde meydana gelecek “psikolojik zararı” bir koruma tedbiri ile önleyebilmenin mümkün olmadığı belirtilmektedir.¹⁵⁸

Bu şekilde, örneğin, anne ölüm tehditleri alırken anne ve çocuğun velayet kararı çıkıncaya kadar kadın sığınma evlerinde birlikte yaşayabilecekleri düşüncesiyle iade kararı veren mahkemelerin; yine benzer şekilde, çocuğun istem sahibinden korunabileceğini düşünerek onu koruyucu aile yanında kalması üzere iade etme kararı veren mahkemelerin çocuğu bir “kurban” haline getirdikleri ifade olunmaktadır.¹⁵⁹ Sözleşme’de benimsenen şekliyle iade yaptırımı, ev içi şiddetten kaçan kişinin en değerli varlığını şiddetin yaşandığı yere göndermektedir ki, bu yaklaşım kendisinin ona sağlayacağı koruma olmadan (eğer dönmek istemiyorsa) çocuğu, yahut birlikte dönecekler ise her ikisini de, devam etmesi pekala mümkün bir şiddet rutinine açık hale getirmektedir.¹⁶⁰

Her ne kadar mahkeme devletinin merkezi makamı, mutad mesken ülkesindeki sistemin değerlendirilmesine olanak veren delillerin ve belgelerin temin ve iletimini sağlıyor olsa dahi, bu belgelerin hazırlanması esnasında annenin bir dahli bulunmayacağından, herşeyden önce hazırlanan belgelerin vakıasal olarak doğruyu yansıttıklarını söylemek zor olacaktır. Koruyucu tedbirlerin “bulunmadıkları” veya “etkisiz ve yetersiz” olduklarını ispat etme yükününün mağdura yüklenmesi halinde, mağdur, ilgili yasal düzenlemelerin kağıt üstündeki halleri ile fiili uygulama arasındaki olası farklılıkları da bulup ortaya çıkarmak gibi son derece ağır bir yükü baş başa bırakılmış olacaktır.¹⁶¹ Bu sebeple, ev içi şiddet mağduru kişiye, geride bıraktığı ülkedeki sistemsel eksiklik ve yetersizlikleri ispatlama yükü yüklenmemesi gerektiği ifade edilmektedir.¹⁶²

Mağdurun yukarıda belirtilen ispat faaliyetini başarı ile yerine getirdiği hallerde dahi, mahkemeler çocuğu iade edebilmek amacıyla eldeki diğer imkanların da değerlendirilmesini istemektedirler ki, bu imkanlar çoğunlukla geride bırakılan ebeveynin çocuğun dönmesini sağlamak amacıyla mahkemeye ve mağdura verdiği taahhütlerin değerlendirilmesi şeklinde vücut bulmaktadır.¹⁶³ Geride bırakılan ebeveynin herhangi bir

¹⁵⁷ Browne (n 119) 1212.

¹⁵⁸ *Caldwell*’in deyiimiyle yetkililer, varlığı iddia edilen cinsel veya fiziksel şiddetin yaşandığı ülkeye dönmenin tetikleyeceği derinlere işlemiş ruhsal hasara karşı koyabilecek bir silaha sahip değildir. Bkz. John Caldwell, ‘Child Abduction Cases: Evaluating Risks to The Child and The Convention’ (2008) 23 New Zealand Universities Law Review 179 (Maxwell (n 113) 95).

¹⁵⁹ Bruch (n 146) 15.

¹⁶⁰ Weiner (n 125) 634.

¹⁶¹ Quillen (n 113) 631.

¹⁶² Browne (n 119) 1212; Simpson (n 119) 844.

¹⁶³ Simpson (n 119) 844.

konuya ilişkin olarak vermiş olduğu bir taahhüdün gerçekten de yerine getirileceğinin hiçbir garantisi bulunmadığından, bir başka deyişle bunlar hakkında cebri icra yahut zorlama hapsi gibi uygulamalara başvurmak mümkün olmadığından,¹⁶⁴ “taahhüt” yaptırımının çoğunlukla yetersiz ve etkisiz kalacağı belirtilmekte,¹⁶⁵ genel olarak istem sahibinin taahhütlerine önem atfetme ve hatta bunları iade kararı için dayanak yapmak şeklindeki uygulama doktrinde yoğun şekilde eleştirilmektedir.¹⁶⁶ Çocuğu kaçırın kimsenin açık ve inandırıcı bir şekilde mahkemeyi ağır tehlike konusunda ikna edebilmiş olduğu hallerde, mahkemenin bunun üzerine ayrıca bir de taahhütleri dikkate almasının, çocuğun güvenliğini baltalayıcı bir etki göstereceği düşünülmektedir.¹⁶⁷

Taahhütlerin kesinlikle dikkate alınmaması gerektiği öne sürülen bazı haller şu şekilde sıralanmaktadır:¹⁶⁸ İstemde bulunanın mahkeme kararlarına uymama geçmişinin bulunduğu haller; anne ve çocuğa yöneltilen şiddetin yaşamsal boyutta olmasından ötürü onların ancak kendileri ile şiddet uygulayan arasına büyük bir coğrafi mesafe girmesi halinde güvende olacakları haller; olayın şartları ışığında ciddi derecedeki şiddetin gelecekte de süreceğinin anlaşılabilirdiği haller; çocuğun halen ebeveynleri arasında yaşanabilecek bir şiddet eyleminden korktuğu dolayısıyla verilecek bir taahhüdün çocuğun maruz kalacağı zararı hafifletemeyeceği haller.

C. Çözüm Önerileri

Yukarıda yer verilen açıklamalar, ev içi şiddet içeren çocuk kaçırma vakaları bakımından Sözleşme’nin mağdur ve çocuk bakımından adil olmayan sonuçlar doğurmaya elverişli bir uygulama pratiğine sahip olduğunu ortaya koymaktadır. Son derece ciddi sonuçları olabilecek bu sorunun çözümü için izlenmesi önerilmiş yahut halihazırda izlenmekte olan yolları iki ana grupta toplamak mümkündür kanısında¹⁶⁹

İlk yol, Sözleşme metninde ev içi şiddet hususunda bir değişiklik yapılmasıdır. Böyle bir reformun Sözleşme metni içerisinde özel bir “ev içi şiddet” savunması getirmek suretiyle yapılması gerektiği hususu pek çok yazar tarafından dile getirilmiştir.¹⁷⁰

164 Kaye (n 121) 200; Puckett (n 134) 11.

165 Bu hususta detaylı bir analiz için bkz. Hoegger (n 131) 195-201.

166 Williams (n 110) 67; Weideman and Robinson (n 113) 90; Kaye (n 121) 200; Quillen (n 113) 631. Buna karşılık *Weiner*, bazı hallerde taahhütlerin faydalı olabileceğini düşünmektedir. Yazara göre, mahkemenin önce taahhütleri inceleyip, ancak onların yetersiz kalacaklarına kanaat getirmesi halinde istisna hükmünü işletmeleri şeklinde bir yaklaşım benimsemeleri, usuli açıdan zaman kazandıracağı için işlevsel olabilir. Bkz. *Weiner* (n 125) 677, 678.

167 *Simpson*’a göre bu yüzden, taahhütleri dikkate almak şeklindeki uygulama, yalnızca sunulan delillerin açık ve inandırıcı olmadıkları haller bakımından benimsenmelidir. Bkz. *Simpson* (n 119) 863, 864.

168 Weideman and Robinson (n 113) 90.

169 ABD mahkemelerinin, ev içi şiddet iddialarını neredeyse hiçbir zaman “müsamaha edilemeyecek durum” kategorisine dahil görmediklerinden bahsedilmiş idi. Bu noktadan hareket eden *Browne*, ev içi şiddet iddiaları bakımından yeni bir savunma hükmü getirmeye yahut Avrupa’daki pek çok devlet mahkemesinin yaptığı gibi bu iddiaları müsamaha edilemeyecek durum kapsamında görmeye gerek olmadığını belirtmektedir. Bkz. *Browne* (n 119) 1212. Yazara göre, neticede çocuğa psikolojik yönden de bir zarar veriliyor olmasından ötürü, ev içi şiddet iddiaları bakımından kullanılabilir en işlevsel kısım, istisna hükmünde geçen psikolojik zarara ilişkin ifadedir. Ayrıca, müsamaha edilemeyecek durum ifadesinin içeriğinin tam olarak belli olmamasından ötürü aşırı geniş yorumlanma ihtimalinden de bahsedilebilir. Bkz. *Browne* (n 119) 1207-1211.

170 Puckett (n 134) 11, 12; Jane-Jerminah Lebeko (n 135) 70, 72; *Weiner* (n 125) 695, 698; Hoegger (n 131) 206.

Bununla birlikte bu savunmanın mağdur lehine barındırması gereken imkan hususunda görüşler arasında nüanslar bulunmaktadır. Bir görüş, bu savunma aracılığıyla, şiddetin varlığını kanıtlayan tarafın velayet hususuna kendini en güvende hissettiği mahkemede karar verilmesini isteme hakkına sahip olması gerektiğini ifade etmektedir.¹⁷¹ Benzer bir diğer görüş, iade istemi hakkında karar verecek olan mahkemenin, velayet konusunu da karara bağlayabileceğini düşünmektedir.¹⁷² Daha kapsamlı sayılabilecek bir diğer görüş ise, ciddi ev içi şiddet iddiaları barındıran vakalarda iade yaptırımının askıya alınmasını, fakat velayet meselesinin yine mutad mesken ülkesinde mağduru uzaktan katılımı ile çözüme bağlanmasını önermektedir. Buna göre, ilk duruşmada mutad mesken ülkesindeki mahkeme mağduru dinleyecek ve neticede uygun görürse çocuğun mağdurla birlikte kaçırıldığı yeni ülkede kalmasına izin verecektir.¹⁷³

Çözüm için düşünülebilecek ikinci yol ise, “ev içi şiddet” meselesini Sözleşme hükümleri üzerinden değil de, mahkemenin devleti hukuk sisteminde yer alan uygulama kanunu üzerinden özel olarak düzenlemektir. Bu yöntem günümüzde İsviçre ve Japonya tarafından benimsenmiş gözükmektedir. İsviçre, ev içi şiddet içeren vakalar bakımından Sözleşme’nin mevcut halinin çocuğu kaçırın anneyi ve çocuğun üstün menfaatini yeterli düzeyde korumadığı kanaatine varmış, öncelikle Sözleşme metninin gerekli yönde değiştirilmesi için çabalamıştır. Çabalarının sonuçsuz kalması üzerine ise inisiyatifini eline alarak kendi uygulama kanununda yer alan ilgili hükmü bu konudaki hassasiyeti yansıtacak şekilde kaleme almıştır. Buna karşılık, Sözleşme’ye sadece 2014 yılından beri taraf olan Japonya, İsviçre’nin örneğini de dikkate alarak, Sözleşme metni üzerinde herhangi bir değişiklik mücadelesine girişmeksizin doğrudan kendi uygulama kanunu üzerinden meseleyi ele almak ve İsviçre kanunundan daha açık bir yaklaşımın benimsendiği özel bir hüküm sevk etmek yolunu izlemiştir. Aşağıda, kısaca bu gelişmelerden bahsedilecektir.

Lahey Sözleşmesi’nin Uygulanmasını Değerlendirmekten Sorumlu Özel Komisyon’un 2006 yılındaki beşinci toplantısında, İsviçre delegasyonu m.13/1-b hükmünü desteklemek üzere Sözleşme metnine yeni bir hüküm eklenmesi önerisinde bulunmuştur. Bu hüküm ile; çocuğun istem sahibinin yanına yerleştirilmesinin açıkça onun üstün menfaatine olmadığı haller ile kaçırın ebeveynin çocuğa onun mutad meskeninde bakamayacağı (veya bakmasının kendisinden makul bir şekilde beklenemeyeceği) hallerin ve yine çocuğun koruyucu bakıcı yanına yerleştirilmesinin açıkça çocuğun üstün menfaatine olmadığı hallerde, mahkemeye çocuğun iadesini reddedebilme imkanı verilmek istenmiş, fakat neticede öneri kabul görmemiştir.¹⁷⁴

171 Jane-Jerminah Lebeko (n 135) 89.

172 Hoegger (n 131) 206.

173 Weiner (n 125) 698. Weiner, böyle bir istisnanın beraberinde getirebileceği bazı dezavantajlara ve zorluklara da temas etmekle birlikte, neticede bunları aşmanın mümkün olduğu düşüncesini yansıtmaktadır. Bkz. Weiner (n 125) 695-698.

174 Weiner’e göre, önerinin reddedilmesindeki ana etken, hükümda kullanılan dil olup tercih edilen “çocuğun üstün menfaati” ifadesinin diğer üye devletlerden gelen katılımcıları Sözleşme istisnasının geniş uygulanmasına yol açabilecek bir kapının aralanması ihtimali ile korkutmuş olması mümkündür. Bkz. Weiner (n 134) 339, 340.

Önerisi kabul edilmeyen İsviçre, istisna hükmünde yer alan “müsamaha edilemeyecek durum” ifadesinin İsviçre mahkemelerince kendi önerisine uygun şekilde anlaşılmasını temin etmek amacıyla 21 Aralık 2007 tarihinde çıkardığı uygulama kanunu içerisinde meseleyi ele almıştır.¹⁷⁵ 1 Temmuz 2009 tarihinde yürürlüğe giren bu Kanun’un beşinci maddesi, “müsamaha gösterilemeyecek durum” ifadesinin içeriği konusunda mahkemelere önemli ve gerekli bir yol gösterme fonksiyonu üstlenmiştir.¹⁷⁶ İlgili hükme göre;

Madde 13/1-b kapsamında “müsamaha gösterilemeyecek durum” aşağıdaki kriterlerin sağlandığı fakat bu kriterler ile sınırlı olmayacak şekilde mevcuttur.

a. İstemde bulunan ebeveynin yanına yerleştirilmenin açıkça çocuğun üstün menfaatine olmadığı haller

b. Halin bütün şartları ışığında, kaçırılan ebeveynin çocuğa, onun kaçırılmadan hemen öncesinde mutaden meskun olduğu ülkede bakabilecek durumda olmadığı veya bakmasının kendisinden makul olarak beklenemeyeceği haller

c. Koruyucu aile yanına yerleştirmenin açıkça çocuğun üstün menfaatine olmadığı haller.

Bu hükümde yer alan ilk hal, mahkemenin sanki velayete ilişkin bir değerlendirme yapmasını gerektiriyormuş gibi anlaşılmaya müsait olmakla birlikte, “açıkça” ibaresinin bu şekilde bir yorumu imkansız kıldığı belirtilmekte, bu hükmün, istemde bulunanın uygunluğuna ilişkin ciddi bir endişe tespiti amacına yöneldiği düşünülmektedir.¹⁷⁷ Hükümde yer alan ikinci halin ise, ev içi şiddet halleri yanında, hasta bir yakının bulunması yahut yeni bir evlilik yapılmış olması gibi, çocuğu kaçırılan kimsenin gitmiş olduğu o diğer ülkede kalmasını gerektiren durumlar olabilmesi ihtimalini de dikkate aldığı ifade edilmektedir.¹⁷⁸

Sözleşme’nin İsviçre uygulaması bakımından “müsamaha edilemeyecek durum” ifadesinin kapsamını sınırlı sayıda olmayan fakat yol gösterici şekilde belirleyen bu hüküm aracılığıyla, İsviçre mahkemelerinin ev içi şiddet içeren vakaları daha başarılı bir şekilde değerlendirebilecekleri düşünülmektedir.¹⁷⁹

Japonya örneğine bakılacak olursa, ev içi şiddete maruz kalan annenin ve dolayısıyla çocuğunun Sözleşme sisteminde yeterli düzeyde korunamadıklarına dair argümanın, Japonya açısından özel bir öneme sahip olduğunu söylemek mümkündür. Sözleşme’ye

¹⁷⁵ Federal Act on International Child Abduction and the Hague Conventions on the Protection of Children and Adults of 21 December 2007, Article 5 <<https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/20091488/index.html>> Erişim Tarihi 03 September 2020.

¹⁷⁶ Weiner (n 134) 336.

¹⁷⁷ ibid 371, 372.

¹⁷⁸ ibid 372.

¹⁷⁹ Jane-Jerminah Lebeko (n 135) 61; Williams (n 110) 70; Weiner (n 134) 356.

oldukça geç bir tarihte taraf olan Japonya'nın uzun yıllar boyunca taraf olmamakta direnmesinin arka planında yatan en önemli gerekçelerden birinin bu argüman olduğu ifade edilmektedir.¹⁸⁰ Çocuğunu Japonya'ya kaçıran annelerin neredeyse hepsinin bir şekilde ev içi şiddete maruz kaldıkları iddiasında buldukları anlaşıldığından¹⁸¹, Japon kanun koyucusu Sözleşme'ye taraf olunması fikri ağırlık kazandığında, öncelikle bir uygulama kanununu hazırlamak ve bu kanun içerisinde Sözleşme m.13/1-b hükmüne denk düşen düzenlemenin ebeveyne yöneltilen ev içi şiddet hallerini de kapsamasını temin etmek yolunu izlemiştir. İsviçre örneğinden farklı olarak, yapılan netleştirme "müsamaha edilemeyecek durum" ifadesi ile sınırlı olmayıp bir bütün halinde istisna hükmünün kendisi hakkındadır.

Söz konusu hüküm olan Uygulama Kanunu m.28/2'ye göre,¹⁸² mahkeme, ciddi risk değerlendirmesini yaparken;

1. Çocuğun, mutad mesken ülkesinde başvuru sahibi tarafından bedensel şiddete veya ruhsal anlamda zarar görmesini sağlayacak söz ve davranışlara maruz kalma tehlikesinin mevcut olup olmadığını;
2. Başvuru kendisine karşı yapılan tarafın ve çocuğun mutad mesken ülkesine girmeleri halinde, başvuru kendisine karşı yapılan tarafın, başvuru sahibi tarafından çocukta ruhsal travma yaratacak şiddet eylemlerine maruz kalma tehlikesi bulunup bulunmadığını;
3. Başvuru sahibi veya başvuru kendisine karşı yapılan tarafın mutad mesken ülkesinde çocuğun bakımı ile ilgilenmelerinde güçlük yaratan şartlar bulunup bulunmadığını, dikkate alacaktır.

Görüldüğü üzere Japon hükmü, İsviçre'deki örneğinden farklı olarak ev içi şiddet eyleminin ebeveyne yöneltilmiş olması halini iki numaralı bentte açıkça zikretmektedir. Bu yönüyle hükmün, ev içi şiddet içeren vakalar bakımından anne ve dolayısıyla çocuğun menfaatlerini daha iyi koruyacağı düşünülebilir.

Öte yandan, hüküm ne kadar açık olursa olsun, onu olayın şartları ışığında yorumlayacak olanın mahkeme olduğu unutulmamalıdır. Örneğin, 2015 yılında Türkiye'den yapılmış bir istemi değerlendiren Tokyo Aile Mahkemesi, olayda son

180 Ryouta Kaji, 'Kokusaitekina ko no dasshu no minjijou no sokumen ni kansuru juyaku (haagu dasshu juyaku)' (2012 / 5) 328 Rippou to chousa 28; Nakamura M, 'Haagu juyaku -kokusaitekina ko no dasshu no minjijou no sokumen ni kansuru 1980nen 9gatsu 25nichi no juyaku-' (2013) 27 Kokusai josei 144; Kamoto I, 'Kokusaitekina ko no dasshu no minjijou no sokumen ni kansuru juyaku (haagu juyaku) wo meguru mondai' (2014 / 10) 26(2) Kazoku shakaigaku kenkyuu 158; Yasushi Nakanishi and Aki Kitazawa and Dai Yokomizo and Takami Hayashi, Kokusaishihou (Yuuhikaku 2014) 352; Konno Y, 'A Haven for International Child Abduction: Will the Hague Convention Shape Japanese Family Law?' (2015) 46 Cal. W. Int'l L.J. 61; Nishioka T and Tsujisaka T, 'Introductory Note: Japan's Conclusion of the Hague Convention on the Civil Aspect of International Child Abduction' (2014) 57 Japanese YB Int'l L 13, 14.

181 Hanley P, 'Black Hole in the Rising Sun: Japan and the Hague Convention on Child Abduction' (2016) 2 DePaul Int'l Hum Rts J 12; Yamaguchi and Lindhorst (n 109) 22.

182 Nakamura (n 180) 144.

derece ciddi ve istikrar kazanmış ev içi şiddet iddiaları bulunmasına karşın ve bu hükmün varlığına rağmen iade kararı vermiştir. Buna mukabil, anılan karara itiraz üzerine gidilen Tokyo Bölge Mahkemesi, hükmün işletilmesi gerektiği kanaatine varmış ve iade kararını iptal etmiştir.¹⁸³

İsviçre ve Japon hukuklarında ev içi şiddetin Sözleşme uygulamasındaki yeri konusunda benimsenen yaklaşımın diğer taraf devletlerce benimsenmeye başlanması halinde, her ne kadar m.13/1-b hükmünün yeknesak yorumu bakımından bir sıkıntı gündeme gelme ihtimalinden bahsedilebilecek ise de,¹⁸⁴ bu yöntemin Sözleşme metni içerisinde uzun vadede bir değişiklik yapılabilmesi için gerekli ivmeyi sağlama potansiyeli barındıran tek yol olabileceği de unutulmamalıdır.¹⁸⁵

IV. Değerlendirmeler ve Sonuç

Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhesine Dair La Haye Sözleşmesi, önemli bir soruna çözüm getirmek amacıyla hazırlanmış ve gerek taraf devletlerin sayısı, gerek bu devlet makamlarının birbirleri ile olan etkin ve daimi irtibatları dikkate alındığında sadece faydalı olmakla kalmayıp aynı zamanda oldukça başarılı da sayılabilecek bir uluslararası sözleşmedir. Sözleşme, 1970’li yıllarda hazırlanmış olmasına ve daha sonra herhangi bir protokol vs. ile revize edilmemiş olmasına karşın, bugün bile başarı ile uygulanan bir sistem kurmayı başarmıştır.

Bununla birlikte, Sözleşme’nin hazırlandığı dönemde esas alınmış olan bazı varsayımların günümüz itibariyle geçerliliklerini yitirmiş oldukları açıktır. Bu durumun, yukarıda yapılan açıklamalardan hareketle ortaya çıkarmış olduğu en önemli sonuç, çocukların daha ziyade velayet hakkı sahibi olmayan babalar tarafından kaçırıldıkları varsayımların hazırlanan Sözleşme’nin, günümüzde aynı eylemin daha ziyade velayet hakkı sahibi anneler tarafından gerçekleştirilmesi halinde ne gibi komplikasyonlar doğabileceğini öngörememiş ve dolayısıyla bu komplikasyonları önleyecek yahut en azından etkilerini hafifletecek mekanizmaları getirememiş olmasıdır. Bu bağlamda, çocuklarını başka bir ülkeye kaçıran annelerin azımsanmayacak bir kısmının geride bıraktıkları eşleri veya eski eşleri tarafından ev içi şiddete maruz kalmış oldukları haller ve hatta söz konusu şiddet eylemlerinin bizatihi kaçırma eylemini tetiklemiş olduğu haller bakımından günümüz uygulamasında yaşanan tereddüt ve eleştiriler, anılan komplikasyonlar içerisinde belki de en önemli olanına işaret etmektedirler.

Sözleşme uygulaması kapsamında öne sürülmüş ev içi şiddet iddiasını değerlendiren ve ciddi bulan bir mahkemenin büyük bir çatışma yaşamayı kaçınılmazdır. Bir yandan, çocuğun ivedi şekilde iadesini sağlamak üzerine kurulmuş bir sistem ve

183 Yuuko Nishitani, ‘2015 (Ra) No. 714 Appeal case against an order to return the child’, (INCADAT) <<https://www.incadat.com/en/case/1439>> Erişim Tarihi 25 August 2020

184 Freeman and Taylor (n 125) 157.

185 Quillen (n 113) 641.

bu sistemin görece istikrarlı şekilde işleyen yaygın bir uygulaması bulunmaktadır. Buna karşılık diğer taraftan, şiddetin kaynağı olan yere bizzat o kaynaktan kaçarak gelmiş anne ve çocuğu geri göndermek fikri, vicdanı zedelemektedir. Mahkemelerin bu soruna buldukları çözüm, çocuğu mutad meskenine geri göndermek fakat orada zarar görmemesini temin edecek koruyucu tedbirlerin varlığından emin olmaya çalışmak şeklinde tezahür etmiştir. Çoğu iade açısından annenin de çocuğa eşlik ettiği düşünüldüğünde, şiddete maruz kalmış bu kimsenin korunması için de ek önlemler alınmakta, sığınma evlerine yerleşme gibi seçenekler gündeme getirilmektedir.

Bu çalışmada dolaylı olarak değinilen pek çok bilimsel araştırmanın, özellikle iki husus bakımından çarpıcı birer gerçekliğe işaret ettikleri söylenebilir. Bunlardan ilki, ebeveynler arası şiddet eylemlerinin önemli bir bölümünün çocuklar önünde gerçekleşiyor olmasıdır. Çocukların, bu sürecin dışında olmak bir yana, duyu ve algılarıyla tam merkezinde yer aldıkları artık bilinmektedir. Belki de daha rahatsız edici olan ikinci gerçek ise, ebeveynleri arasındaki şiddeti bu şekilde “yaşayan” çocukların bundan son derece ciddi şekilde etkilenmekte olduklarıdır. Bugüne kadar yayımlanmış bulunan 100’ün üzerinde bilimsel araştırmanın bu hususu şüpheye yer bırakmayacak şekilde ortaya koymuş olduğu düşünülebilir.

Hiç şüphesiz, her şiddet eylemi her çocuğu aynı şekilde etkilememektedir. Bir eylem veya eylemler silsilesi, bir çocuk için ruhsal açıdan sarsıcı olabilirken, bir başkası üzerinde aynı etkiyi pekala göstermeyebilir. Nitekim, günümüz mahkeme uygulamasında psikolog, psikiyatrb. uzmanların yardımından faydalanılmasının ana gerekçesi de çocuk üzerinde doğabilecek veya doğmuş etkinin dozunun saptanabilmesidir. Etki dozunun az olduğu veya az olacağı saptanan hallerde, mahkemelerin yukarıda bahsedilen koruyucu tedbirleri araştırdıkları, böyle tedbirlerin mevcut ve etkili olduklarına kanaat getirdikleri zaman da genellikle çocuğun iadesine karar verdikleri görülmektedir.

Bir an için, iadenin yapıldığı mutad mesken ülkesinde oldukça etkili, hatta dünya üzerindeki en etkili koruyucu tedbirlerin bulunduğu ve çocuğun kendisine eşlik eden ev içi şiddet mağduru annesiyle birlikte bu ülkeye iade edildiğini varsayalım. Burada iki ihtimal kurgulanabilir. İlk ihtimalde çocuk ve annesi, ev içi şiddetin yaşandığı eve dönecek ve şiddet eyleminde bulunmuş diğer ebeveyn ile birlikte yaşantılarına kaldıkları yerden devam edeceklerdir. İkinci ihtimalde ise, şiddetin devam etme riski sebebiyle çocuk ve annesi bir kadın sığınma evine yerleşecek ve oradaki diğer mağdurlarla birlikte çok da kısa olmayacağı öngörülebilir bir süre boyunca yaşamlarına devam edeceklerdir.

Sözleşme’nin bakış açısına göre, her iki ihtimalde de “çocuğun üstün menfaati” gözetilmiş olmaktadır. Çünkü, çocuk mutad meskenine iade edilmiş, böylelikle orada yaşamakta olan ve velayet hakkına tek başına yahut kaçırılan kişi ile müşterek

şekilde sahip olan ebeveyn, bu hakkını kullanma imkanından mahrum kalmamıştır. Kanımızca, burada bir mantık hatası olduğunu fark etmek nispeten kolaydır. Esas zorluk, bu problemin Sözleşme metninde yahut en azından uygulamasında bir değişiklik gerektirecek olması sebebiyle açıktan açığa itiraf edilemiyor oluşundadır. Ev içi şiddet, hayatın pek çok alanına ve bu kapsamda uluslararası çocuk kaçırma da etki eden bir mesele olduğundan, bu meselenin Sözleşme uygulaması açısından bir problem teşkil ettiği açıkça itiraf edilmedikçe ve çözümün özgün bir yaklaşım gerektirdiği kabul edilmedikçe, herhangi bir çözüme ulaşılabilmesi mümkün değildir.¹⁸⁶

Türk doktrininde Sözleşme m.13/1-b hükmüne ilişkin olarak dile getirilmiş ve bu çalışmada yer verilmiş görüşler, yabancı doktrin ve mahkeme uygulamasında ağırlıklı olan bakış açısı ile uyum içerisindedir. Buna göre, anneye yöneltilmiş ev içi şiddet, hükmün açık lafzı gereği yalnızca çocuk üzerinde müsamaha edilemeyecek bir duruma yol açma riski var ise dikkate alınmaktadır. Dikkate alındığı haller açısından dahi, eğer çocuğun mutad mesken devletinin hukuk sisteminde böylesi bir riski hafifletebilecek yahut buradan kaynaklanabilecek tehlikeleri önleyebilecek etki ve yeterlikte koruyucu tedbirler saptanabiliyorsa, çocuğun iade edilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla, çocuğu kaçırana yöneltilmiş ve yöneltilme ihtimali bulunan şiddet eylemlerinin olaydaki varlıkları mahkemece sabit görülse dahi, bu durum iade talebini reddetmek için tek başına yeterli olmayıp, mahkemenin koruyucu tedbirleri ve taahhütleri araştırmak ve değerlendirmek ile yükümlü görüldüğü söylenebilir.

Kanımızca, gelinen noktada şu soruya yanıt aranması gerekmektedir: Çocuğun şiddet eyleminden pek etkilenmemiş olduğu ve mutad mesken ülkesinde koruyucu tedbirlerin bulunduğu tespit edildiğinde, bu tespit, insanların 40 yıl öncesiyle kıyasla çok daha sık ve rahat seyahat edebildikleri, dava duruşmalarının internet üzerinden yapılabildiği, ifadelerin internet üzerinden alınabildiği bir çağda, temel varsayımlarının çoğu artık geçerli olmayan bir Sözleşme sistemine göre çocuğun iadesine karar vermek için niçin esas alınmalıdır? Bu soruyu daha da basitleştirmek mümkündür: Ev içi şiddet iddiası ciddi ise, çocuk niçin iade edilmektedir?

Bu soruya mevcut sistem üzerinden verilebilecek en hızlı cevap, istisna hükmünde çocuğu kaçırmanın değil çocuğun kendisinin zarar riskinden korunmakta olduğudur. Bir başka deyişle, hükmün lafzı meselenin daha ileri boyutta ele alınmasını önlemekte, böylelikle “çocuğun iadesi” amacına hanel gelmemektedir. Esasen, çocuğun üstün menfaatinin en sağlıklı şekilde mutad mesken yeri mahkemesince değerlendirilebilecek olması varsayımı, çoğu hal açısından Sözleşme’nin halen geçerliliğini koruyan isabetli bir kabulüdür. Kaçırma eylemi sonucu gidilen ülkeye bağlı olarak tamamen tesadüfi şekilde belirlenecek bir başka mahkeme yerine, mutad mesken mahkemesinin yetkili görülmesi adildir.

186 Maxwell (n 113) 89.

Bununla birlikte, varsayımın istisnaları bulunduğu bir kere kabul edildiğinde, ev içi şiddet olgusunun bu kabulün neresinde yer aldığı sorusu, gelinen nokta itibariyle artık özel ilgiyi hak etmektedir. Bu konuda yaşanan reform ihtiyacının İyi Uygulama Kılavuzu ile bir nebze de olsa giderilebilmesi mümkün iken, söz konusu metin, ev içi şiddet konusunda yaşanan sorunlara doğrudan ve yeni sayılabilecek bir çözüm getirmemiş, bu kapsamda yol göstericilik de sağlamamıştır. “Müşamaha edilemeyecek durum” ifadesi, tıpkı ilgili hükmün diğer kategorileri olan fiziki ve psikolojik zarar tehlikeleri gibi, mahkemeyi koruyucu tedbirlerin araştırılması hatta taahhütlerin alınması yükümü altında bırakmaktadır. İyi Uygulama Kılavuzu bu yükümlülüğü daha da vurgulamakla yetinmiş, bu esnada ev içi şiddet olgusu bakımından bir yaklaşım farklılığına gitmemiştir. Türk hukukunda ve diğer pek çok taraf devlet hukuklarında mevcut uygulamanın uzun zamandan beri zaten bu yönde olduğu düşünüldüğünde, “ev içi şiddet” olgusuna bakış açısı itibariyle söz konusu metnin bir kılavuzdan ziyade, derleme niteliği taşıdığını söylemek yanlış olmayacaktır kanısındayız.

Yukarıda değinildiği üzere, bu meseleye ilişkin olarak doktrinde getirilmiş çözüm önerileri temelde iki gruptur. İlk grup, Sözleşme metnine bir “ev içi şiddet” savunması getirilmesi gerektiğini, bu savunma aracılığıyla velayet hakkına ilişkin karar verme yetkisinin olayın şartlarına göre mutad mesken mahkemesinden alınmasını yahut çocuğun götürüldüğü mahkemeden mutad mesken mahkemesine bağlanılarak velayet hususunun hallini önermektedir. Kanımızca, bu konuda Sözleşme metninde bir değişiklik yapılması ve bu değişikliğin tüm taraf devletlerce kabul edilmesi imkansızca yakın bir girişim olarak telakki edilebilir. Bu sebeple, ikinci grup çözüm yolu olan ve meseleyi uygulama kanunu üzerinden ele alma fikri hem daha pratik hem de daha etkili bir yol gibi durmaktadır.

Türk hukuku açısından Sözleşme’nin uygulama kanunu, 5717 sayılı Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yön ve Kapsamına Dair Kanun’dur. Kanun metninde, Sözleşme m.13/1-b hükmüne karşılık gelen bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla İsviçre ve Japonya örneklerinden farklı olarak hukukumuzda, an itibariyle “ev içi şiddet” içeren vakaların Sözleşme uygulamasındaki yeri hususu, uygulama kanunu üzerinden ele alınmaya elverişli olmayıp, yalnızca Sözleşme metni üzerinden değerlendirilebilmektedir.

Kanımızca, Japon uygulama kanunu m.28/2’de yer alan hüküm, Sözleşme m.13/1-b hükmünün esasını daha iyi yansıtmakta olup, bu yönden İsviçre uygulama kanununda benimsenen hükme kıyasla Sözleşme metni ile daha uyumludur.¹⁸⁷ Bu örneğe benzer bir yaklaşımın 5717 Sayılı kanunda bir değişiklik yapılmak suretiyle Türk hukuku açısından da benimsenmesi, yalnızca mahkemelerimize yol gösterici olmakla kalmayacak, aynı zamanda ülkemize kaçırılmış çocukların üstün menfaatlerinin gerçek anlamda korunmasına da hizmet edecektir.

187 Nitekim, *Weiner*’e göre önerinin reddedilmesindeki ana etken, kullanılan dilde yer alan “çocuğun üstün menfaati” ifadesinin diğer üye katılımcıları Sözleşme istisnasının geniş uygulanmasına yol açabilecek bir kapının açılmasından korkutması olmuştur. Bkz. *Weiner* (n 134) 339, 340.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Teşekkür: Değerli zamanlarından fedakarlık göstererek bu çalışmayı büyük bir titizlikle değerlendiren sayın hakemlere, yayına hazırlık sürecinde göstermiş oldukları özen için dergi editörlüğünün değerli üyelerine ve yurtdışında bulunduğum esnada Türkçe kaynaklara erişim hususunda bana yardımcı olan Arş. Gör. Cenk Batın KAYA'ya çok teşekkür ediyorum.

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.

Acknowledgment: I would like to thank the anonymous reviewers who -in sacrifice of their precious time- meticulously evaluated this paper, the esteemed members of the editorial staff for their great care throughout the whole process, and Res. Assist. Cenk Batın Kaya for his help in providing me with Turkish language resources while I was abroad.

Bibliyografya/Bibliography

- Akıncı Z and Gökyayla CD, *Milletlerarası Aile Hukuku* (1st edn, Vedat 2010)
- Altuntaş İ, *Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair La Haye Sözleşmesi* (1st edn, Bilge 2006)
- Ataman-Fıganmeşe İ, ‘Çocukların Uluslararası Kaçırılmasının Hukuki Yönlerine Dair 1980 Tarihli Lahey Sözleşmesi’ in Prof. Dr. Nihal Uluocak’a Armağan (Beta 1999) 55-101
- Aykan SE, ‘1980 Tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçheleri Ve Türk Hukuku Uygulaması’ (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Hacı Bayram Üniversitesi 2019)
- Aytaç M, ‘Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair La Haye Sözleşmesinin Uygulanması Ve Karşılaşılan Sorunlar’ (2004) 96(20) Adalet Dergisi 34-65
- Bozdağ GG, *Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair La Haye Sözleşmesi Kapsamında Çocuğun İadesi Talebinin Red Nedenleri* (1st edn, Yetkin 2014)
- Browne NL, ‘Relevance and Fairness: Protecting the Rights of Domestic-Violence Victims and Left-Behind Fathers Under The Hague Convention on International Child Abduction’ (2011) 60(5) Duke Law Journal 1193-1238
- Bruch CS, ‘The Unmet Needs of Domestic Violence Victims and Their Children in Hague Child Abduction Convention Cases’ (2005) 22 GPSolo 14-16
- Caldwell J, ‘Child Abduction Cases: Evaluating Risks to The Child and The Convention’ (2008) 23 New Zealand Universities Law Review 161-190
- Çelikel A and Erdem BB, *Milletlerarası Özel Hukuk* (16th edn, Beta 2020)
- Erdem BB, ‘Türk Hukukunda Uluslararası Çocuk Kaçırma ve Uygulamaları’ (2015) 2 Public and Private International Law Bulletin 147-171
- Federal Act on International Child Abduction and the Hague Conventions on the Protection of Children and Adults of 21 December 2007 <<https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/20091488/index.html>> Erişim Tarihi 03 September 2020.
- Freeman M and Taylor N, ‘Domestic violence and child participation: contemporary challenges for the 1980 hague child abduction convention’ (2020) 42(2) Journal of Social Welfare and Family Law 154-175
- Gelgel GÖ, ‘25 Ekim 1980 Tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırma ve Hukuki Yönlerine İlişkin Lahey Sözleşmesi Çerçevesinde Arabuluculuk Uygulaması’ (2017) 2 Public and Private International Law Bulletin 611-640

- Gelgel GÖ, 'Devletler Özel Hukukunda Velayet, Çocuk Kaçırımları, Evlat Edinmeye İlişkin Problemler' (2005/2) 4(8) İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 119-148
- Giray FK, *Milletlerarası Özel Hukukta Kaçırılan veya Alınan Çocukların İadesi* (1st edn, Beta 2010)
- Giray FK, '1980 Tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırımlarının Hukuki Veçheleri Hakkında La Haye Sözleşmesi Kapsamında Çocuğun İadesine İlişkin Taleplerin Reddi Sebepleri ile Türk Mahkemelerinin Konuya İlişkin Uygulamaları' (2011/7) 20 Fasikül Dergisi Özel Sayısı 41-51
- Glawatz L, 'Die internationale Rechtsprechung zu Art. 13 Haager Kindesentführungsabkommen' (Dissertation, Universität Wien 2008)
- Greif GL and Hegar RL, *When Parents Kidnap: The Families Behind The Headlines* (1st edn, Free Press 1993)
- Hale B, 'Taking Flight - Domestic Violence and Child Abduction' (2017) 70(1) Current Legal Problems 3-16
- Hanley P, 'Black Hole in the Rising Sun: Japan and the Hague Convention on Child Abduction' (2016) 2 DePaul Int'l Hum Rts J 1-22
- Hoegger R, 'What If She Leaves? Domestic Violence Cases Under the Hague Convention and the Insufficiency of the Undertakings Remedy' (2003) 18 Berkeley Women's Law Journal 181-201
- Kaji R, 'Kokusaitekina ko no dasshu no minjijou no sokumen ni kansuru joutyaku (haagu dasshu joutyaku)' (2012 / 5) 328 Rippou to chousa 15-28. (加地良太, '国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約(ハーグ子奪取条約)' (2012 / 5) 328 立法と調査 頁15-28)
- Kamoto I, 'Kokusaitekina ko no dasshu no minjijou no sokumen ni kansuru joutyaku (haagu joutyaku) wo meguru mondai' (2014 / 10) 26(2) Kazoku shakaigaku kenkyuu 157-164. (嘉本伊都子, '国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約(ハーグ条約)をめぐる問題' (2014/10) 26(2) 家族社会学研究 頁157-164)
- Kaye M, 'The Hague Convention and The Flight From Domestic Violence: How Women and Children Are Being Returned by Coach and Four' (1999) 13 International Journal of Law, Policy and the Family 191-212
- Kelahmet G, '1980 Tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Sözleşmenin 13/b maddesi Uyarınca İadesinin Çocuğa Psikolojik Zarar Verecek Olması Sebebi İle Reddi' (2012) 10(116) Legal Hukuk Dergisi
- King SM, 'The Hague Convention and Domestic Violence: Proposals for Balancing the Policies of Discouraging Child Abduction and Protecting Children from Domestic Violence' (2013) 47 Fam LQ 299-310
- Konno Y, 'A Haven for International Child Abduction: Will the Hague Convention Shape Japanese Family Law?' (2015) 46 Cal. W. Int'l L.J. 39-68
- Köseoğlu B, *Uluslararası Çocuk İadesi Ve Uluslararası Nafaka Alacakları Davaları* (1st edn, TBB 2007)
- Lebeko MJJ, 'Does Article 13 Of The Hague Convention On The Civil Aspects Of International Child Abduction, 1980 Protect Victims Of Domestic Violence?' (Mini-thesis, University of West Cape 2016)
- Maxwell A, 'The Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction 1980: The New Zealand Courts' Approach to the Grave Risk Exception for Victims of Domestic Violence' (2017) 48 Victoria U Wellington L Rev 81-106

- Masterton G, ‘Fleeing Family Violence to Another Country and Taking Your Child is Not ‘Abduction’, But That’s How the Law Sees It’ (The Conversation, 20 January 2019) < <https://theconversation.com/fleeing-family-violence-to-another-country-and-taking-your-child-is-not-abduction-but-thats-how-the-law-sees-it-109664> > Erişim Tarihi 03.September 2020
- McEleavy P, ‘Ulusal ve Uluslararası İçtihat Hukuku İşığında Lahey Çocuk Kaçırma Sözleşmesi’nin 13.Maddesinde Mezkur Ciddi Zarar İstisnası Riski Konusunun Etrafındaki Meselelerin Bir Tahlili’ in Mustafa Sabit (ed), 1980 Tarihli Lahey Çocuk Kaçırma Sözleşmesi ve Uygulaması Semineri, 22-23 Şubat 2013 (Adalet Bakanlığı 2013) 89-95
- Momoh E, ‘The interpretation and application of Article 13(1) b) of the Hague Child Abduction Convention in cases involving domestic violence: Revisiting X v Latvia and the principle of “effective examination”’ (2019) 15(3) Journal of Private International Law 626-657
- Nakamura M, ‘Haagu jouyaku -kokusaitekina ko no dasshu no minjijou no sokumen ni kansuru 1980nen 9gatsu 25nichi no jouyaku-’ (2013) 27 Kokusai josei 142-145 (中村恵, ‘ハーグ条約 - 国際的な子の奪取の民事上の側面に関する1980年10月25日の条約- ’ (2013) 27 国際女性 頁142-145)
- Nakanishi Y and Kitazawa A and Yokomizo D and Hayashi T, Kokusaishihou (Yuuhikaku 2014) (中西康, 北澤安紀, 横溝大, 林貴美, 国際私法 (有斐閣, 2014)
- Nishioka T and Tsujisaka T, ‘Introductory Note: Japan’s Conclusion of the Hague Convention on the Civil Aspect of International Child Abduction’ (2014) 57 Japanese YB Int’l L 7-23
- Öner ŞN, ‘Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi: Amacı, Uygulaması ve Kısa Bir İçtihat Analizi’ (2014) TBB Dergisi 478-515
- Özdemir FB, ‘Uluslararası Çocuk Kaçırma ve Kaçırılan Çocukların İadesi’ (2019) 25(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 1164-1189
- Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law, *Procès-verbal, No. 8 Actes et Documents 6–25 October 1980* (Imprimerie Nationale, La Haye 1982)
- Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law, ‘Conclusions and Recommendations and Report of Part I of the Sixth Meeting of the Special Commission on the Practical Operation of the 1980 Hague Child Abduction Convention and the 1996 Hague Child Protection Convention’ (HCCH, 2011) < <https://assets.hcch.net/upload/wop/abduct2012pd14e.pdf> > Erişim Tarihi 03 September 2020.
- Permanent Bureau of Hague Conference on Private International Law, ‘Conclusions and Recommendations and Report of Part I of the Sixth Meeting of the Special Commission on the Practical Operation of the 1980 Hague Child Abduction Convention and the 1996 Hague Child Protection Convention - Preliminary Document No. 14’ (HCCH, 2011) < <https://assets.hcch.net/upload/wop/abduct2012pd14e.pdf> > Erişim Tarihi 03 September 2020
- Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law, ‘1980 Child Abduction Convention Guide to Good Practice - Part VI Article 13(1)(b)’ (HCCH 2019) < <https://assets.hcch.net/docs/225b44d3-5c6b-4a14-8f5b-57cb370c497f.pdf> > Erişim Tarihi 03 September 2020
- Puckett KW, ‘Hague Convention on International Child Abduction: Can Domestic Violence Establish The Grave Risk Defense Under Article 13’ (2017) 30 J.Am.Acad. Matrimonial Law 259-276
- Quillen B, ‘The New Face of International Child Abduction: Domestic-Violence Victims and Their Treatment Under the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction’ (2014) 49(3) Texas International Law Journal 621-643

- Rama C, 'Die internationale Kindesentführung durch die Kindesmutter - HKÜ, Kindeswohl, Mediation und Rückführung ?!' (Gender Politik Online 2014) <https://www.fu-berlin.de/sites/gpo/int_bez/globalisierung/Rama_kindesentfuehrung/Rama_Text.pdf?1397571156> Erişim Tarihi 03 September 2020
- Shutz R, *The Hague Child Abduction Convention: A Critical Analysis* (1st edn, Hart 2013).
- Shetty S and Edleson JL, 'Adult Domestic Violence in Cases of International Parental Child Abduction' (2005) 11(1) *Violence Against Women* 115-138
- Simpson K, 'What Constitutes a "Grave Risk of Harm?": Lowering The Hague Child Abduction Convention's Article 13(b) Evidentiary Burden to Protect Domestic Violence Victims' (2017) 24 *Geo. Mason L. Rev.* 841-864
- Stahly GB, 'Battered Women's Problems with Child Custody' (New Directions in Domestic Violence Research Symposium- Annual Meeting of the Western Psychological Associations, Los Angeles, April 1990)
- Şanlı C and Ataman-Fıganmeşe İ and Esen E, *Milletlerarası Özel Hukuk* (8th edn, Beta 2020)
- Takcı T, 'Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Vehçelerine Dair Lahey Sözleşmesinin Uygulanmasında Karşılaşılan Bazı Sorunlar ve Bu Sorunlara Çözüm Önerileri' (2014) 5(19) *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 1039-1078
- Tekin E, '1980 Tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Vehçelerine Dair La Haye Sözleşmesi'ne Göre Çocuğun İadesinin Reddi Sebepleri' (2019) 2 *Ankara Barosu Dergisi* 41-72
- Telli K, 'The Role of Central Authorities in The Application of The 1980 Hague Convention on Child Abduction: A Critical Analysis of a Genuine Area of Public International Law' (2015) 5 *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 761-782
- Vesneski WM and Lindhorst T and Edleson JL, 'U.S. Judicial Implementation of the Hague Convention in Cases Alleging Domestic Violence' (2011) 62(2) *Juvenile and Family Court Journal* 1-21
- Weideman J and Robinson JA, 'The Interpretation and Application of Article 13(b) of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction' (2011) 22 *Stellenbosch L Rev* 71-93
- Weiner MH, 'International Child Abduction and the Escape from Domestic Violence' (2000) 69 *Fordham L Rev* 593-706
- Weiner MH, 'Intolerable Situations and Counsel for Children: Following Switzerland's Example in Hague Abduction Cases' (2008) 58(2) *American University Law Review* 335-403
- Weiner MH, 'Navigating the Road Between Uniformity and Progress: The Need for Purposive Analysis of the Hague Convention on The Civil Aspects of International Child Abduction' (2002) 33 *Colum Hum Rts L Rev* 275-362
- Williams KB, 'Fleeing Domestic Violence: A Proposal to Change the Inadequacies of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction in Domestic Violence Cases' (2011) 4 *J Marshall LJ* 39-83
- Yamaguchi S and Lindhorst T, 'Domestic Violence and the Implementation of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction: Japan and U.S. Policy' (2016) 17(4) *Journal of International Women's Studies* 16-30
- Mbuyi v. Ngalula 2018 MBQB 176



Public and Private International Law Bulletin

RESEARCH ARTICLE / ARAŞTIRMA MAKALESİ

Submitted: 30.09.2020
Revision Requested: 22.10.2020
Last Revision Received: 23.10.2020
Accepted: 27.10.2020
Published Online: 26.01.2021

Compensation for Unlawful Practices related to Administrative Detention of Foreigners in Turkey*

Gamze Ovacık**

Abstract

This paper analyzes the evolution of the case law in Turkey concerning compensation of unlawful practices of administrative detention. Such cases happen when implementation of administrative detention is unlawful in terms of right to personal liberty and security, or when the administrative detention conditions are against human dignity. The paper follows an empirical and analytical method as the analysis is built on the decisions of the Turkish Constitutional Court ("CC") in individual applications and on the judgments by local courts. Accordingly, as explained in the first section, in the first phase of CC's decisions, the lack of a special compensation mechanism for unlawful practices of administrative detention was recognized and compensation was granted in favor of the applicants. Second section of the paper analyzes the landmark decision of CC where it changed its case law and required exhaustion of administrative full remedy action for compensation claims related to administrative detention. Building on this background, in the last two sections of the paper first, it is assessed whether administrative full remedy action is an effective legal remedy with respect to compensating unlawful administrative detention practices and second, a critical analysis is offered on CC's approach to the claims of compensation in the light of its landmark decision.

Keywords

Administrative Detention, Immigration Detention, Detention Conditions, Unlawful Detention, Compensation for Detention

* This article is based on the author's doctoral thesis.

** **Correspondence to:** Gamze Ovacık (PhD Researcher), Bilkent University, Faculty of Law, Department of Public International Law, Ankara, Turkey. E-mail: gamze.ovacik@bilkent.edu.tr ORCID: 0000-0002-3665-1097

To cite this article: Ovacık G, "Compensation for Unlawful Practices related to Administrative Detention of Foreigners in Turkey" (2021) 41(1) PPIL 41. <https://doi.org/10.26650/ppil.2021.41.1.803246>



Compensation for Unlawful Practices related to Administrative Detention of Foreigners in Turkey

I. Introduction and Methodology

This paper aims to showcase how the case law in Turkey evolved around compensation for unlawful practices related to administrative detention of foreigners. Such cases arise either when implementation of administrative detention is unlawful in terms of right to personal liberty and security, or when the conditions of administrative detention are against human dignity. In this context, by using an empirical and analytical methodology, this paper will analyze the case law of the Turkish Constitutional Court (“CC”) as well as the newly emerging local court decisions.

Due to the lack of a central database of decisions of Turkish local courts, it was a challenge to collect court decisions and information on case law within the scope of this paper. I obtained the local court decisions analyzed in this article and information on judicial practices from lawyers from the field, Bar Associations and non-governmental organizations working on refugee law. CC decisions on the other hand were available at the Court’s website. I spent the utmost effort to ensure sufficient diversity and plentitude of the analyzed court decisions and I am confident that the body of case law reviewed, consisting of 101 judgments from the CC and different local courts, constitutes a representative sample of Turkish court decisions on compensation for unlawful detention practices.

In Turkish legal framework, the right to compensation for unlawful deprivation of liberty is not expressly provided in rules regarding administrative detention of foreigners, however, it is provided in Article 19(9) of the Constitution, in line with Article 5(5) of ECHR. Both provisions express that, damages suffered due to treatment contrary to those articles on the right to personal liberty and security, shall be compensated by the state. This regulation shows how much weight is given to the right of personal liberty and security as in the case of ECHR, there are no other provisions that require party states to secure a right to compensation in their domestic system for violation of one of the Convention rights, apart from compensation for wrongful conviction provided in Article 3 of Protocol 7 to the ECHR.¹

Whereas the type of compensation addressed above is related to the lawfulness of detention, the other type of compensation arising from administrative detention practices relates to the conditions of detention. In order to trigger the right to compensation, severity of administrative detention conditions should reach at least the level of incompatibility with human dignity as expressed in Article 17 of the Constitution, which corresponds to degrading treatment in Article 3 of the ECHR.

¹ Nuala Mole and Catherine Meredith, *Asylum and the European Convention on Human Rights* (Council of Europe Publishing 2010) 167.

Although there is no separate provision providing for a compensation right for violations of this nature, right to effective remedy as reflected in Article 40 of the Constitution and Article 13 of the ECHR requires presence of a legal remedy in the domestic legal system, capable of awarding compensation for the rights violations arising from such treatment.

Based on this framework, below is an analysis of how Turkish judiciary provides for compensation for cases of unlawful administrative detention and cases of complaint against conditions of administrative detention.

II. Case Law of CC regarding Compensation for Unlawful Administrative Detention Practices

In Turkish context, compensation demands concerning unlawful administrative detention practices have been dominantly put forward through individual application to CC, which is a procedure designed for claims of violations of Constitutional rights intersecting with rights secured by ECHR. Accordingly, CC evaluated demands for compensation concerning lawfulness and conditions of administrative detention practices, which were conducted before² and after³ the enforcement of the Law on Foreigners and International Protection (“LFIP”) which is the first and the main legislation regulating administrative detention in Turkey. It should be noted that

- 2 *2013-655* [2016] Constitutional Court F.A. and M.A.; *2013-1649* [2016] Constitutional Court A.V. and Others; *2013-8735* [2016] Constitutional Court F.K. and Others; *2013-8810* [2016] Constitutional Court T.T.; *2014-2841* [2016] Constitutional Court A.S.; *2014-688* [2017] Constitutional Court İ.U.; *2014-1368* [2017] Constitutional Court A.S.; *2014-2114* [2017] Constitutional Court U.U.; *2014-1369* [2017] Constitutional Court A.B.; *2014-3955* [2018] Constitutional Court R.A.; *2014-2427* [2018] Constitutional Court D.D.; *2013-9673* [2015] Constitutional Court Rida Boudraa; *2014-19690* [2018] Constitutional Court M.S.S.
- 3 *2014-13044* [2015] Constitutional Court K.A.; *2014-15876* [2016] Constitutional Court I.I.; *2014-15824* [2016] Constitutional Court I.S. and Others; *2014-15769* [2017] Constitutional Court B.T.; *2014-16413* [2017] Constitutional Court I.M. and Z.M.; *2014-18827* [2017] Constitutional Court A.A.; *2015-15764* [2018] Constitutional Court F.A.A.; *2014-16575* [2018] Constitutional Court K.K.; *2015-6543* [2018] Constitutional Court G.G.; *2015-7305* [2018] Constitutional Court M.A.; *2015-1474* [2018] Constitutional Court Manzura Jumaeva; *2015-9776* [2018] Constitutional Court F.M.; *2015-8465* [2018] Constitutional Court K.M.; *2014-6493* [2018] Constitutional Court M.B. and M.Z.; *2014-16577* [2018] Constitutional Court K.A. and N.A.; *2014-19436* [2018] Constitutional Court M.A.; *2017-31040* [2019] Constitutional Court Z.K.; *2014-17572* [2019] Constitutional Court A.A. and Others; *2015-5371* [2017] Constitutional Court Gulalek Begnyazova; *2017-6077* [2017] Constitutional Court F.R.; *2017-10453* [2017] Constitutional Court Y. H.; *2016-5688* [2017] Constitutional Court A. S.; *2015-516* [2019] Constitutional Court Dayginat Magomedzhamilova and Others; *2016-23744* [2020] Constitutional Court Nuli Aihetamu; *2017-23177* [2018] Constitutional Court P.A.; *2017-38222* [2018] Constitutional Court F.Y.; *2015-9409* [2019] Constitutional Court Abdullah Omar; *2016-26503* [2017] Constitutional Court Fatma Bakki; *2017-5839* [2017] Constitutional Court M. I.; *2017-19685* [2017] Constitutional Court Zamow Muhammed; *2015-11553* [2019] Constitutional Court M. Q.; *2016-27304* [2017] Constitutional Court H. B.; *2015-4459* [2018] Constitutional Court Yulia Matur (Anikeeva); *2015-10717* [2019] Constitutional Court Fadi Mansour; *2014-19481* [2018] Constitutional Court G.B. and Others; *2015-33* [2019] Constitutional Court Sara Rahmazani and Others; *2015-6724* [1.8.2020] Constitutional Court Solmaz Mamedova; *2019-14737* [2019] Constitutional Court T. S.; *2015-9727* [2019] Constitutional Court Feruza Masulmankulova; *2015-9777* [2019] Constitutional Court A.O.C and Others; *2015-10697* [2019] Constitutional Court Mohammaod Alhowees; *2015-10715* [2019] Constitutional Court Nader Alomar; *2015-17761* [2019] Constitutional Court A.A.K.; *2015-18312* [2019] Constitutional Court A.E.H. ve S.E.I.; *2015-19133* [2019] Constitutional Court R.M. and Others; *2016-1508* [2020] Constitutional Court Mohamed Khaled Alswadane; *2016-4754* [2020] Constitutional Court Kristina Lutstato and Others; *2016-12585* [2020] Constitutional Court Sonia Nasir; *2016-12809* [2020] Constitutional Court Kemal Salpagarov; *2016-35009* [2019] Constitutional Court Abdulkadir Yapuquan; *2016-40091* [2020] Constitutional Court Mohamed Sabry Aly Azzazy and Others; *2016-70639* [2019] Constitutional Court Magomed Emin Osmaev; *2017-20451* [2020] Constitutional Court Ali Javid and Others; *2017-24530* [2020] Constitutional Court Mostafa Soleymani Olyae and Others; *2019-7023* [2019] Constitutional Court A.H.; *2019-9386* [2019] Constitutional Court Nashaat Alalalouh; *2019-18314* [2019] Constitutional Court Basel Khalil; *2019-19576* [2020] Constitutional Court Behzad Zareei.

before the enactment of LFIP there were no legal remedies available in Turkish law for challenging the lawfulness of administrative detention let alone for obtaining compensation for unlawful administrative detention practices.

The landmark decision of CC on the issue of compensation for unlawful administrative detention practices is its decision dated 30 November 2017, rendered upon the individual application No. 2014/15769⁴. Before this decision, CC rendered six decisions on merits⁵ upon claims concerning both lawfulness and conditions of administrative detention measures carried out and finalized before the entry into force of LFIP. Whereas, again before the landmark decision, CC issued ten decisions⁶ on administrative detention practices where the applicants were either being held under administrative detention when LFIP entered into force or they were taken under administrative detention after its entry into force. One of these applications contained claims only with respect to conditions of administrative detention,⁷ and six of them concerned only lawfulness of administrative detention,⁸ whereas three applications⁹ covered claims concerning both lawfulness and conditions of administrative detention. So, it was possible for this second category of applicants to lodge a complaint against lawfulness of administrative detention as per the legal remedy provided by LFIP.

In the first category of decisions before LFIP's entry into force, when assessing lawfulness of detention, CC referred to Article 5 of the ECHR and Article 19(2) and (8) of Constitution which respectively foresee grounds for deprivation of liberty exhaustively, and, a right to judicial complaint against detention that should be capable of resulting in release of the applicant if detention is found unlawful.¹⁰ Based on this, due to the lack of clear regulation in the law as to conditions, period, extension, notification and legal remedies with respect to administrative detention as well as access to lawyer and interpreter by the detainee, the administrative detention measures were found unlawful.¹¹

4 2014-15769 (n 4).

5 2013-9673 (n 3); 2013-1649 (n 3); 2013-8735 (n 3); 2013-8810 (n 3); 2014-2841 (n 3); 2013-655 (n 3).

6 2014-15876 (n 4); 2014-15824 (n 4); 2014-13044 (n 4); 2015-5371 (n 4); 2017-10453 (n 4); 2016-5688 (n 4); 2016-26503 (n 4); 2016-27304 (n 4); 2017-19685 (n 4); 2017-5839 (n 4).

7 2016-5688 (n 4).

8 2015-5371 (n 4); 2017-10453 (n 4); 2016-26503 (n 4); 2017-5839 (n 4); 2017-19685 (n 4); 2016-27304 (n 4).

9 2014-13044 (n 4); 2014-15876 (n 4); 2014-15824 (n 4).

10 It should be noted that in the context of unlawful detention, Article 19(8) comes into play as *lex specialis* with respect to right to effective remedy, which is otherwise guaranteed by Article 40 of Constitution as *lex generalis*, concerning any claims of violation of fundamental rights and liberties set forth in Constitution. The same relation exists between Article 5(4) and Article 13 within the frame of ECHR as emphasized by ECtHR. Please see: *Amie and Others v Bulgaria* [2015] ECtHR 58149/08 [63]; *Yarashonen v Turkey* [2014] ECtHR 72710/11 [34]; *Chahal v the United Kingdom* [1996] ECtHR 22414/93 [126]; 2014-15769 (n 4) para 69.

11 2013-655 (n 3) paras 126–138, 150–161; 2013-1649 (n 3) paras 118–129, 143–153; 2013-8735 (n 3) paras 111–122, 135–145; 2013-8810 (n 3) paras 104–115, 128–138; 2014-2841 (n 3) paras 100–109, 122–129; 2013-9673 (n 3) paras 62–79.

In all of these decisions except for one,¹² the Court proceeded with the claim that the right to compensation provided in Article 5(5) of the ECHR and Article 19(9) of Constitution was violated. CC stated that it is compulsory to establish a mechanism that enables demanding compensation for administrative detention practices violating Article 19 and arriving at the conclusion that the Turkish legal system lacks such a mechanism, compelled CC to rule that Article 19(9) has been violated.¹³ These decisions of CC, which assess the legal situation in Turkey before the enactment of LFIP, are essentially in line with many violation decisions of the ECtHR against Turkey. The landmark decision of the ECtHR was *Abdolkhani and Karimnia v. Turkey*¹⁴ and many others¹⁵ then followed the principles and determinations made in this decision.

As to the individual applications where CC assessed lawfulness of administrative detention practices subject to LFIP, the first decision¹⁶ represents the position of CC that remained unchanged until the landmark decision No. 2014/15769. Accordingly, as opposed to its earlier decisions, CC recognized that there are appropriate mechanisms in place within the legal framework to ensure that administrative detention practices fulfill the conditions of lawfulness and non-arbitrariness. However, procedures need to be conducted with due diligence and because of the procedural flaws determined in implementation of administrative detention based on concrete circumstances of the case, it was concluded that Article 19 was violated.¹⁷ Because of this conclusion, CC granted compensation in favor of the applicant.

In another subsequent case,¹⁸ CC followed the suite of its decision explained above and ruled for compensation in favor of the applicant as it again found violations with respect to Article 19 of Constitution.¹⁹ As per the claims of applicants, CC also assessed compliance with Article 19(9) of Constitution on compensation for unlawful deprivation of liberty. In this respect, CC did not depart from its case law relating to administrative detention practices carried out before LFIP's entry into force and

12 *2013-655* (n 3) paras 138–150; *2013-1649* (n 3) paras 130–142; *2013-8735* (n 3) paras 123–134; *2013-8810* (n 3) paras 116–127; *2014-2841* (n 3) paras 110–121. It should be noted it is also assessed in these cases whether the applicants have been duly and immediately notified as to administrative detention and it was concluded that Article 19 (4) of Constitution which brings a condition of notification was violated.

13 *2013-655* (n 3) paras 162–170; *2013-1649* (n 3) paras 154–162; *2013-8735* (n 3) paras 146–154; *2013-8810* (n 3) paras 139–147; *2014-2841* (n 3) paras 131–137.

14 *Abdolkhani and Karimnia v Turkey* [2009] ECtHR 30471/08.

15 To cite several of them; *Yarashonen v. Turkey* (n 11); *Musaev v Turkey* [2014] ECtHR 72754/11; *Moghaddas v Turkey* [2011] ECtHR 46134/08; *Athary v Turkey* [2012] ECtHR 50372/09; *Tehrani and Others v Turkey* [2010] ECtHR 32940/08, 41626/08 and 43616/08; *Dbouba v Turkey* [2010] ECtHR 15916/09; *Alimov v Turkey* [2016] ECtHR 14344/13.

16 *2014-13044* (n 4).

17 *ibid* 127–156.

18 *2014-15824* (n 4) paras 130–185.

19 Apart from the two cases, in other decisions that relate to lawfulness of administrative detention and that were rendered before the decision in the individual application No. 2014/15769, CC found applications *2014-15876* (n 4); *2015-5371* (n 4) inadmissible due to application after the expiry of the deadline for individual application, and struck the individual applications *2016-27304* (n 4); *2016-26503* (n 4); *2017-5839* (n 4); *2017-19685* (n 4); *2017-10453* (n 4) out from the list due to withdrawal of individual application.

stated that the constitutional provision is violated since, there is no special mechanism in domestic law for compensation of damages arising from unlawful deprivation of liberty.²⁰

As to the applicants' claims concerning administrative detention conditions, CC does not make any distinction in its legal assessment based on whether administrative detention was carried out before the entry into force of LFIP or not. Presumably, the reason for that is that LFIP does not bring any legal remedy as to administrative detention conditions. In one case²¹ where the applicant was held in Yalova police headquarters, it was found that such claims are inadmissible due to being manifestly ill-founded for having not attained the minimum level of severity to fall within the scope of Article 17.²² Whereas, in other seven individual applications, the applicants of which were all held in Kumkapı Removal Centre in İstanbul,²³ upon detailed assessment, the Court determined that the conditions were incompatible with human dignity and thus violated Article 17 of Constitution. In these seven cases, it was also evaluated whether an effective remedy within the meaning of Article 40 of Constitution was provided in Turkish law to the applicants in connection with their claims of violation of Article 17. In finding violation, the Court followed ECtHR's case law, as to what constitutes effective remedy with respect to detention conditions. Accordingly, CC stressed that preventive remedies which aims towards improvement in the material conditions of detention and compensatory remedies providing compensation for damages caused by these conditions must complement each other.²⁴ Upon assessing Turkish law before and after LFIP, the Court concluded by ruling on violation of Article 17 of Constitution with respect to detention conditions and violation of Article 40 of Constitution with respect to the right to effective remedy in connection with detention conditions in the seven decisions mentioned in the above paragraph, in addition to violation of Article 19 of Constitution with respect to lawfulness of administrative detention and consequently on payment of compensation to the applicants in all of the individual applications.

III. Change in CC's Established Case Law on Compensation for Unlawful Administrative Detention Practices

After issuing these eight decisions granting compensation, with its decision No. 2014/15769, CC radically changed its position. CC started to respond positively to the questions of whether Turkish legal system provides an effective legal remedy that allows individuals, compensation for unlawful administrative detention practices.

20 2014-15824 (n 4) paras 173–178.

21 2013-9673 (n 3) para 64.

22 Please see *Boudraa v Turkey* [2017] ECtHR 1009/16 [31–36] for conclusions of the ECtHR on the contrary.

23 Some of the applicants in 2014-13044 (n 4) also complained about the conditions in Adana Reception and Accommodation Centre, Adana and Yalova Removal Centres and several police headquarters that they were held in.

24 2013-8735 (n 3) paras 40–58; 2013-655 (n 3) paras 50–68; 2013-1649 (n 3) paras 44–62; 2014-2841 (n 3) paras 35–50; 2013-8810 (n 3) paras 35–53; 2014-15824 (n 4) paras 90–96; 2014-13044 (n 4) paras 66–82.

According to the line of reasoning that this decision follows, while the administrative courts do not have any authority in reviewing lawfulness of administrative detention, they do have authority to rule on compensation to be paid to the individual in the case that administrative detention is found unlawful by criminal judges of peace who are competent to review the lawfulness of detention. CC refers to Article 2 of the Administrative Procedure Act No. 2577, which provides that administrative full remedy action may be issued by the persons whose personal rights are damaged directly because of administrative acts and actions.²⁵

CC develops its argumentation first when assessing the claim of violation of the prohibition of treatment incompatible with human dignity provided in Article 17 of Constitution. CC emphasized that suspicion as to practical success of a legal remedy which has a reasonable capacity of success in theory, does not justify non-exhaustion of such remedy.²⁶ If there are available remedies in theory, the fact that they have not been used in practice so far out of lack of information does not justify a conclusion as to ineffectiveness. Rather the existence of negative court decisions denying such compensation right, would be required for arriving at such a conclusion.²⁷ In proclaiming availability of a legal remedy in theory, CC asserts that administrative detention practices rely on administrative procedures and therefore fall within the scope of administrative full remedy action which covers both acts and actions of the administration. Reference is also made to Article 125 of Constitution stating that recourse to judicial review shall be available against all actions and acts of administration. Consequently, CC found that the claim of violation of Article 17 of Constitution due to administrative detention conditions was inadmissible due to non-exhaustion of legal remedies.

CC builds a similar line of reasoning with respect to compensation concerning unlawfulness of administrative detention. Administrative courts are accepted to be able to provide compensation for unlawful administrative detention, through administrative full remedy action, in certain cases. CC clarifies that if the criminal judge of peace reviewing the lawfulness of detention rejects the complaint and decides that administrative detention is lawful, then administrative full remedy action, based on the argument that administrative detention is unlawful, ceases to be effective because administrative courts are not competent to review lawfulness of detention. CC confirms that for such compensation demands, it is possible to directly make an individual application to CC within the designated period after the finalization of the decision of criminal judge of peace.²⁸ On the other hand, if the criminal judge of peace declares the administrative detention to be unlawful, then it is possible to initiate an administrative

25 2014-15769 (n 4) paras 70–71.

26 *ibid* 46.

27 *ibid* 51–52.

28 *ibid* 72.

full remedy action before the competent administrative court. Contrary to its previous practice, CC expresses that individual application may not be lodged before exhausting administrative full remedy action.²⁹

After the decision No. 2014/15769, CC issued forty-three³⁰ decisions on lawfulness of detention practices, six of them within one month and ten more of them within one year after this landmark decision, almost all³¹ of which resulted with inadmissibility decisions. Considering that the total number of decisions issued before the decision No. 2014/15769 is sixteen, it appears that CC parked the individual applications concerning administrative detention until determining its new position. Finally, one of the most recent decisions of CC that were examined,³² combines forty-three individual applications regarding lawfulness of administrative detention and similarly concludes that applications are inadmissible since not all legal remedies have been exhausted.

CC's change of position raises several issues with respect to compensation of unlawful administrative detention practices in compliance with the standards of ECHR and Constitution. Firstly, it was the shared view of the ECtHR that there is no effective mechanism in Turkish legal system for such compensation claims. It is significant that ECtHR maintained this position even after CC started to accept administrative full remedy action as an available legal remedy. In two of its latest three decisions, dated June 2018³³, concerning lawfulness and conditions of detention, the ECtHR repeated its finding that Turkish legal system did not provide individuals with a remedy for unlawful administrative detention practices and referred to its previous decisions on this subject. Whereas in its latest decision about Turkey the ECtHR developed a somewhat softer approach and expressed that the legal remedies concerning administrative detention were not conducted in an effective and speedy manner, resulting in the review mechanism being wholly ineffective for the present case. The Court however noted that this conclusion should not be taken for the general effectiveness of the judicial review mechanism.³⁴ In view of its reluctance to change its case law, it remains to be seen how the ECtHR will assess the applications that might possibly be made upon inadmissibility decisions of CC. In its decision on the case

²⁹ *ibid* 73.

³⁰ 2017-38222 (n 4); 2015-9409 (n 4); 2014-688 (n 3); 2014-1368 (n 3); 2014-2114 (n 3); 2014-1369 (n 3); 2014-16413 (n 4); 2014-18827 (n 4); 2014-3955 (n 3); 2015-15764 (n 4); 2014-2427 (n 3); 2014-16575 (n 4); 2015-6543 (n 4); 2015-7305 (n 4); 2015-9776 (n 4); 2015-8465 (n 4); 2014-6493 (n 4); 2014-16577 (n 4); 2014-19436 (n 4); 2017-31040 (n 4); 2014-17572 (n 4); 2015-516 (n 4); 2015-1474 (n 4); 2015-4459 (n 4); 2016-23744 (n 4); 2014-19690 (n 3); 2014-19481 (n 4); 2015-33 (n 4); 2015-6724 (n 4); 2015-9727 (n 4); 2015-9777 (n 4); 2015-10697 (n 4); 2015-10715 (n 4); 2015-11553 (n 4); 2015-17761 (n 4); 2015-18312 (n 4); 2015-19133 (n 4); 2016-1508 (n 4); 2016-4754 (n 4); 2016-12585 (n 4); 2016-12809 (n 4); 2016-40091 (n 4); 2016-70639 (n 4).

³¹ Except for 2017-38222 (n 4); 2015-10717 (n 4); 2017-24530 (n 4); 2019-7023 (n 4); 2019-9386 (n 4); 2019-18314 (n 4); 2019-19576 (n 4); and 2019-14737 (n 4) which were struck out from the list due to withdrawal of individual application; 2017-20451 (n 4) where CC rejected the application due to failure of the applicants to submit necessary information; and 2016-35009 (n 4) which is explained in detail below.

³² 2015-516 (n 4).

³³ *Amerkhanov v Turkey* [2018] ECtHR 16026/12 [73]; *Batyrbekhairov v Turkey* [2018] ECtHR 69929/12 [68].

³⁴ *G B and Others v Turkey* [2019] ECtHR 4633/15 [188].

Yarashonen v. Turkey, the Court already refused the Turkish government’s argument that administrative full remedy action was available to the applicant for demanding compensation for detrimental conditions of administrative detention and thus rejected it as an effective remedy.³⁵ Moreover, the Court clearly stated that “*it is incumbent on the government to illustrate the practical effectiveness of the remedies they suggest in the particular circumstances in issue with examples from the case-law of the relevant domestic courts*”. After stating that the government failed to submit a single judicial decision in this regard, the Court moved on to finding a violation of Article 13 of the ECHR.³⁶ Thus, whereas ECtHR requires presence of positive decisions to accept a legal remedy as effective, CC, sets a lower standard by finding absence of negative decisions as sufficient. Strikingly, CC also referred to this decision when assessing violation of Article 40 of Constitution in its decisions before changing its case law.³⁷

IV. Administrative Full Remedy Action as A Legal Remedy for Compensation for Unlawful Administrative Detention Practices

It is difficult to assess whether administrative full remedy action is in practice an effective remedy due to scarcity of sample cases. As also underlined by CC, administrative full remedy action is not commonly used concerning administrative detention practices. Nevertheless, the rare cases that were available all conclude with the rejection of compensation demands of applicants which raises doubts as to the effectiveness of this legal remedy.

One of the cases concern an Iraqi applicant about whom removal order and administrative detention decision was issued based on breach of entry rules and threat to public order. Although his first complaint against administrative detention was rejected, his final complaint was accepted by Kırklareli Criminal Judge of Peace with its decision dated 18 April 2018 because the period of administrative detention exceeded the legal limit of six months and the applicant was released approximately 1,5 months after the expiry of the six months limit. In the meantime the removal order about the applicant was also cancelled by the same court which would later assess the compensation claim.

Istanbul 1st Administrative Court rejected the claim of compensation by stating that, the fact that the removal order was later cancelled by the court decision does not prove that administrative detention was unjust and unlawful. The Court considered that administration is under the obligation to implement the law, which foresees administrative detention in the face of existing grounds of illegal entry and threat to

³⁵ *Yarashonen v. Turkey* (n 11) paras 59–62.

³⁶ *ibid* 62–63.

³⁷ 2014-13044 (n 4) para 80.

public order.³⁸ The reasoning of the Turkish court is problematic due to several reasons. Firstly, as per the construction of LFIP, there is an unbreakable link between removal order and administrative detention decision. Article 57(2) of LFIP explicitly states that administrative detention decision may be issued about persons for whom a removal order has been issued. Therefore, administrative detention decision is always based on the existence of a removal order, it cannot be imposed independently. It is also recognized by CC that removal order is prerequisite of administrative detention.³⁹ As a general rule of administrative law, if an administrative act is the basis of another administrative act, the validity of the latter affects the validity of the former. If the underlying administrative act is invalid, than other administrative acts issued on its basis is also invalid from the beginning.⁴⁰ In the specific case, removal order was cancelled by the court because it was determined that the applicant in fact did not enter Turkey illegally and he cannot be deemed to pose a threat to public order under the circumstances of the case.⁴¹ So, the court thought the removal order should not have been issued by the administration in the first place, which also means that the administrative detention decision should not have been issued either. There is no doubt that, as a general rule, cancellation of an administrative act creates its legal effect retroactively, the result being as if the cancelled act has not been established at all.⁴² Therefore, in arguing that cancellation of removal decision does not necessarily render administrative detention unlawful from the beginning, the court is contradicting with its own reasoning.

Moreover, the administration relied on the same grounds for issuance of both removal order and administrative detention decision. So, by cancelling the removal order, while the applicant was still under detention, the administrative court also declared its opinion on the reasons of administrative detention. Therefore, although the administrative court is not competent to rule on the lawfulness of administrative detention decision, it does not make sense to accept that the same administrative authority was obliged to establish the administrative detention decision, whereas it was unjustified to issue the removal order, both based on the very same reasons. The court did not take into account these principles of administrative law in rejecting the full remedy action.

Furthermore, let alone the discussion on the cancellation of the removal order, it is not possible to concur with the court's rejection of compensation claim in the

38 *E 2018/1254 K 2018/2324* (İstanbul 1 Administrative Court).

39 *2016-35009* (n 4) para 118.

40 *E1975/542 K1975/519* (Council of State 3 Chamber); *E1991/112 K1991/154* (Council of State 5 Chamber); *E1980/32 K1980/39* (Council of State 3 Chamber); *E2003/14 K2003/25* (Council of State 1 Chamber).

41 *E 2017/1322 K 2018/338* (İstanbul 1 Administrative Court).

42 Halil Kalabalık, *İdare Hukuku Dersleri Cilt-II* (4th edn, Seçkin Yayıncılık 2019) 102; Ramazan Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri* (6th edn, Adalet Yayınevi 2018) 393; *E1937/202 K1938/14* (Council of State 2 General Council of Lawsuit Chambers); *E1965/21 K1966/7* (Council of State Board for Unification of Case Law) 21; *E1993/247 K1994/559* (Council of State 3 General Chamber of Administrative Lawsuits).

face of presence of a decision by the criminal judge of peace finding administrative detention unlawful. This decision determines that, in any case, administrative detention became unlawful after the expiry of six months limit for administrative detention. Therefore, in any case, the applicant should be entitled to compensation for the period of administrative detention after this period until when he was finally released. Court's conclusion of rejecting compensation claims contradicts with the general rule that the administration is liable to compensate the damages resulting from its acts and actions as provided in Article 125 of Constitution and the special rule providing that damage suffered by persons for treatment contrary to personal liberty and security is to be compensated by the state as provided in Article 19 of Constitution.

In another case the administrative court rejected the full remedy action based on expiration of application deadline⁴³ and the regional administrative court concurred.⁴⁴ The applicant in this case was released from detention on 22 November 2017 and the administrative full remedy action was initiated on 23 March 2008, approximately two months later than sixty days administrative lawsuit deadline which normally starts running with the release of the applicant from detention. Considering that CC's decision No. 2014/15769 became public by being published in the Official Gazette dated 6 February 2018, the change of case law of CC accepting administrative full remedy action as an effective remedy became known to the applicant only after the expiry of the period of administrative lawsuit deadline, which possibly explains the late application to the administrative court. In consideration of the procedural guidance of CC to administrative courts in its landmark decision, the administrative courts are expected to initiate the judicial deadline from the date of publication of CC's decision No. 2014/15769 for the sake of providing access to the full remedy action. If this court have done so, the full remedy action could be deemed to be within the judicial deadline and the court could review the merits of the case.

One other case relates to different occurrences of deprivation of liberty through administrative detention and imposition of reporting obligation. The case was initiated against administration's rejection of the request by the applicant for the transfer of her daily reporting obligation duty in Kırıkkale to İstanbul. The applicant also requested moral compensation claiming that the measure amounted to administrative detention in Kırıkkale due to having to be away from her spouse and children in İstanbul. The court does not object to the characterization of the measure as administrative detention. The court rejects the compensation request by stating that there is no obstacle before imposing administrative detention and reporting obligations to foreigners, who pose threat to public order, and therefore there is no causality between the damage and

43 *E 2018/499 K 2018/562* (Edirne Administrative Court).

44 *E 2018/2202 K 2018/2042* (Istanbul Regional Administrative Court 10 Administrative Lawsuit Chamber).

administrative act.⁴⁵ If the court concurs with the qualification of the measure as administrative detention, it would be expected to rule that jurisdiction to decide on lawfulness of administrative measure belongs to criminal courts of peace rather than affirming the lawfulness of the measure. If on the other hand, it decides on the claim of unlawfulness and compensation right arising from it, it would be expected to reject such qualification, for the sake of legal consistency. The decision was then approved by the regional district court on appeal.⁴⁶

In a case with similar facts the applicant requested the cancellation of “unknown location” (“*semt-i meçhul*”) code imposed by the administration based on non-compliance with reporting obligation in Kırklareli whereas he resides in İstanbul. He also demanded compensation for having been taken under administrative detention because of imposition of that code. As different from the previous case, the court here explicitly spelled out the unlawfulness of the act that caused the implementation of administrative detention and cancelled the administrative act of imposition of the code. However, it rejected the compensation request based on the same reasoning of lack of causality.⁴⁷

Administrative full remedy action was tried to be used before the entry into force of LFIP as well. In two cases where the applicants were taken under administrative detention for removal due to rejection of their international protection (“IP”) application and appealed the rejection of their IP application, they also requested compensation for unlawful detention. Meanwhile they escaped from administrative detention after being held for a couple of months shorter than two years. In one of the cases the court rejected the appeal of rejection of IP application and based on this, declined the compensation request without assessing the lawfulness of deprivation of liberty.⁴⁸ In the other case the court accepted the appeal and cancelled the rejection of IP application, however again declined the compensation claim. The court’s reasoning was that, in order for responsibility of the administration to arise, in addition to presence of damage, there should also be causality, meaning such damage should also be caused by an act or action attributable to administration. To the extent that the fault of a person other than the administration affects the arising of the damage, the responsibility of the administration for compensation based on service fault will be diminished. According to the court, the required degree of administration’s fault is gross negligence in service. Thus, the court rejects compensation based on lack of causality between administration’s act and damage as well as lack of gross negligence in service attributable to administration.⁴⁹

45 E 2017/1376 K 2018/236 (Edirne Administrative Court).

46 E 2018/1798 K 2018/1544 (İstanbul Regional Administrative Court 10 Administrative Lawsuit Chamber).

47 E 2017/1451 K 2018/201 (Edirne Administrative Court).

48 E 2013/1311 K 2015/659 (Ankara 7 Administrative Court).

49 E 2013/1353 K 2015/2689 (Ankara 8 Administrative Court).

Though limited in number, all of these decisions in administrative full remedy actions rejecting compensation for administrative detention, do not paint such an optimistic picture about the effectiveness of this legal remedy and its capacity to replace individual application to CC. Although operation of administrative full remedy action is theoretically capable of providing effective remedy for compensation concerning administrative detention practices, its effect in practice so far, rather indicates that the condition of exhaustion of full remedy action imposed by CC might cast doubt as to the effectiveness of legal remedies in the eyes of the ECtHR. ECtHR in fact had to deal with a similar situation concerning Bulgaria. The Court recognized the presence of case law concerning conditions of detention in facilities for immigration detention and did not accept practical challenges caused by being foreigners as justified reasons for applicants not to exhaust domestic judicial remedies. However, since the evolution of case law of Bulgarian courts in this regard showed that individuals have no reasonable prospect of success, ECtHR started not requiring the applicants to exhaust such domestic remedies that were not operating properly.⁵⁰

V. Assessment of Claims of Compensation by CC in the Light of its Landmark Decision

Finally, review of CC's case law after its landmark decision No. 2014/15769 reveals that the Court almost automatically declares individual applications concerning administrative detention practices inadmissible. In fact, according to the distinctions in its landmark decision, CC would be expected to examine the facts of the cases to see whether they contain claims that are eligible for its review. CC rightly differentiated between administrative detention practices which were found lawful and unlawful upon complaint to criminal judges of peace. Accordingly, for claims of violation of Article 19 of Constitution by administrative detention practices that were not found unlawful by criminal judges of peace, CC does not expect the applicants to exhaust administrative full remedy action, as explained above. This might be the case when applicants are released⁵¹ or removed from the country⁵² before a complaint was lodged or a decision was made by criminal judges of peace, or when their complaints were rejected.

Despite this differentiation by CC, it is reported by the lawyers in the field that there has been many instances where CC declared individual applications inadmissible although the complaints to criminal judges of peace were also rejected. This is alarming in terms of human rights protection because there are no other remedies left in domestic

50 'ECtHR - S.F. and Others v. Bulgaria, Application No. 8138/16, 7 December 2017 | European Database of Asylum Law' <<https://www.asylumlawdatabase.eu/en/content/ecthr-sf-and-others-v-bulgaria-application-no-813816-7-december-2017#content>> accessed 9 April 2019.

51 It was concluded in *2016/1260 DİŞ* (İzmir 2 Criminal Judge of Peace) that there is no need to make a decision on lawfulness of administrative detention as the applicant was released due to having submitted an IP application.

52 As in the case of the applicant in *2017-34558* [2019] Constitutional Court Shakhnoza Abullaeva who was removed one week after being taken under administrative detention as reported by her lawyer.

law concerning such practices. This was the case where appeal to administrative detention was rejected by Kayseri 3. Criminal Judge of Peace⁵³ and individual application to CC with No. 2015/9074 was also rejected.⁵⁴ Similarly, the complaint of the applicant from Uzbekistan, who submitted the individual application No. 2017/34994 to CC, was rejected by İzmir 2. Criminal Judge of Peace,⁵⁵ due to presence of threat to public order, public security or public health and risk of absconding. Despite this, CC decided on 10 April 2019 that his individual application is inadmissible due to non-exhaustion of local remedies. Again, applications against administrative detention was rejected four times by criminal judges of peace based on risk of absconding and threat to public order and security in the first three,⁵⁶ and, in the last complaint, based on need to extend administrative detention for non-cooperation of the applicant.⁵⁷ So, CC's decision finding the claims on lawfulness of detention inadmissible due to non-exhaustion of administrative full remedy action⁵⁸ constitutes inconsistency. Another example relates to a complaint rejected by Osmaniye 1. Criminal Judge of Peace on 27 December 2017. It was recognized by CC that administrative detention was finalized not because it was unlawful but in order to implement removal. Still, both claims relating to unlawfulness of administrative detention and detention conditions were found inadmissible due to non-exhaustion of administrative full remedy action.⁵⁹ One final example of this type relates to an individual application which was found inadmissible due to non-exhaustion of local remedies both with respect to lawfulness and conditions of administrative detention,⁶⁰ despite the applicant's complaint was repeatedly rejected by Adana, Antalya and Kırklareli Criminal Judges of Peace.⁶¹

In certain cases, although administrative detention was finally declared unlawful, multiple applications were made to criminal judges during the course of administrative detention. In such cases, although the final decision cancels administrative detention, the previous rejection decisions affirm its lawfulness. This is also compatible with facts of life as accepted by the lawmaker considering the formulation of Article 61 of the Implementing Regulation which refers to estimation that it will not be possible to conduct removal within six months of administrative detention which may arise as removal procedures progress, to emergence of serious indications as to existence

53 With its decision No. 2015/773 dated 3 April 2015.

54 With the decision combining forty-three individual applications under the application No. 2015/516.

55 With its decision No. 2017/4245 dated 17 August 2017.

56 2016/509 D İŞ (Ağrı Criminal Judge of Peace); 2016/736 D İŞ (Ağrı Criminal Judge of Peace); 2016/903 D İŞ (Ağrı Criminal Judge of Peace).

57 2016/1021 D İŞ (Ağrı Criminal Judge of Peace).

58 2016-54 (Constitutional Court).

59 2018-4529 [2019] Constitutional Court Dana Ebrahimnezhad.

60 2016-59015 [2019] Constitutional Court Viktor Golovatskih.

61 2016/3628 D İŞ (Adana 2 Criminal Judge of Peace); 2016/2821 D İŞ (Adana 2 Criminal Judge of Peace); 2016/1363 D İŞ (Antalya 2 Criminal Judge of Peace); 2016/972 D İŞ (Antalya 2 Criminal Judge of Peace); 2016/1964 D İŞ (Kırklareli Criminal Judge of Peace).

of barriers to removal, to disappearance of risk of absconding, and to applicant's application for voluntary return assistance. These are identified as reasons for reviewing the necessity of administrative detention and it is possible for all of these situations to emerge at a later point in time during the course of administrative detention or administrative detention grounds that once existed to change or disappear over time. This is also confirmed with the wording of Article 57 of LFIP which makes multiple applications to criminal judges of peace possible with the claim that circumstances related to administrative detention have changed. Thus, it cannot be automatically assumed that acceptance of a complaint against administrative detention renders the whole period of administrative detention unlawful and more often than not, rejection of earlier complaints means that the judge confirms the lawfulness of administrative detention up until that point in time.

This situation was encountered by CC on different occasions. Complaints against administrative detention were rejected twice⁶² for one applicant and once for the other,⁶³ without any reasoning as to circumstances of the case. In subsequent complaints, the relevant criminal judges of peace declared administrative detention unlawful.⁶⁴ However, since these decisions cancelling administrative detention were based on expiry of six months administrative detention period and lack of any reason for extension, they actually do not contain any assessment regarding lawfulness of the administrative detention for the first six months. Thus in case of an administrative full remedy action it is not possible for the administrative court to accept the unlawfulness of the whole period of administrative detention and rule on compensation accordingly. Yet, CC found the individual applications inadmissible due to non-exhaustion of local remedies without making any distinction in this regard.⁶⁵ Actually, it is revealed by the review of other inadmissibility decisions, following acceptance of administrative full remedy action as an effective way to demand compensation concerning administrative detention practices, that, at least eight individual applications had similar conditions.⁶⁶ In all of these cases, there were multiple applications to the criminal judge of peace demanding lifting of administrative detention and some of these applications resulted with rejection until they were finally accepted with subsequent decisions or applicants were released through administrative action. However CC again fails to follow its own case law by not evaluating requests of compensation concerning the periods of administrative detention, unlawfulness of which were not declared by criminal judges of peace. In order not to prevent access to legal remedy against violations of Article 19 of Constitution, at the stage of admissibility review, CC should assess the

62 2017/2197 D İŞ (Adana 2 Criminal Judge of Peace); 2017/2261 D İŞ (Kırklareli Criminal Judge of Peace).

63 2017/1009 D İŞ (Antalya 2 Criminal Judge of Peace).

64 2017/2853 D İŞ (Kırklareli Criminal Judge of Peace); 2017/2639 D İŞ (Antalya 2 Criminal Judge of Peace).

65 2017-36854 [2018] Constitutional Court Murat Tkhangapsoev; 2017/27477 (Constitutional Court).

66 2015-516 (n 4); 2014-17572 (n 4); 2014-19436 (n 4); 2014-6493 (n 4); 2015-7305 (n 4); 2014-16413 (n 4); 2015-1474 (n 4); 2014-19481 (n 4).

reasons of previous rejections and final acceptance by criminal judges of peace so as to differentiate the periods of administrative detention that falls within its jurisdiction concerning compensation requests.

One recent exception to this general trend of inadmissibility decisions relate to a political leader of Uyghur minority whose extradition was requested by People's Republic of China based on crimes related to terrorism.⁶⁷ Whereas the case related to extradition is still pending, a removal order and an administrative detention decision was issued concerning the applicant. During the term of deprivation of liberty exceeding twelve months, his complaints were repeatedly rejected by criminal judges of peace. He claimed violation of Article 19 due to unlawfulness of detention and Article 17 of Constitution due to detention conditions for being held in isolation and having poor access to medical care. Interestingly, CC did not raise the possibility of administrative full remedy action with respect to the applicant's claims concerning detention conditions.⁶⁸ The Court decided that the part of the individual application related to the claims regarding conditions of detention is inadmissible, as it found the claims of the applicant to be manifestly ill-founded. However, it reached this conclusion after a detailed assessment of claims, equivalent to what would be expected under examination of merits. The blurry line between findings of inadmissibility due to being manifestly ill-founded and findings of no violation is also acknowledged by ECtHR, as the Court describes that an application is found manifestly ill-founded if there is "*no appearance of a violation or if there is settled or abundant case-law in similar or identical situations also finding no violation.*"⁶⁹ Due to unique circumstances surrounding this individual application, considering the claims of the applicant being held in solitary confinement for an extensive period and lack of any other individual applications about the conditions in Kırklareli Pehlivan köy Removal Centre and Tekirdağ Removal Centre, it is not possible to assume that the Court considered the claims under admissibility review rather than examination of merits due to settled or abundant case-law in similar or identical situations. Similarly, considering that it is established that the applicant experienced serious medical problems and there are many documents concerning this situation that begged review by CC, it could be argued that the Court examined the facts of the case beyond a mere determination of no appearance of violation. Special circumstances surrounding the case, such as the high profile of the case being related to a known political figure, its wide publicity in the media and significance of Turkey's political relations with People's Republic of China as well as presence of a pending application before the ECtHR by the same application with similar claims based on Article 3 of the ECHR and communicated

67 2016-35009 (n 4).

68 *ibid* 70–93.

69 Council of Europe/European Court of Human Rights, 'The Admissibility of an Application' 5.

to the government,⁷⁰ might have strengthened the Court's preference to examine the applicant's claims as to conditions of detention under admissibility review. Otherwise, it would not be possible for CC to do this at merits stage, because the application would have to be rejected at admissibility stage in any case, based on non-exhaustion of remedies, if not based on being manifestly ill-founded, in line with the principles set out at its decision No. 2014/15769.

CC took a similar position in its first decision on an individual application that includes claims concerning administrative detention conditions and decided that applicant's claims in this regard are manifestly ill-founded rather than finding no violation at merits stage.⁷¹ This is the only other case where CC examined detention conditions and did not find any violation, so, finding the claims manifestly ill-founded in this final case does not pose inconsistency in case law.

As to the claims of violation of Article 19, the Court took into account that, except the final one, all of the previous applications of the applicant to criminal judges of peace regarding the unlawfulness of detention were rejected. Also, even after administrative detention was found unlawful finally by a criminal judge of peace due to exceeding of twelve months maximum period inscribed in the legislation, the applicant claims that he continued to be held in the Removal Centre. CC states that administrative full remedy action cannot be accepted as an effective remedy under these circumstances because it does not have the possibility of enabling release of individuals from administrative detention.⁷² Consequently, the Court found that this part of the application is admissible and went on with the examination of the merits of the case to find violations of Article 19 for the whole duration of deprivation of liberty. Although, the line of reasoning followed in this decision is in line with the principles outlined in CC's decision No. 2014/15769, the sample cases noted above reveals that this decision does not represent CC's general practice.

VI. Conclusion

Right to personal liberty and security is of paramount importance in Turkish and ECHR framework alike. Therefore the fulfillment of right to compensation related to administrative detention of foreigners is a crucial matter of rights protection. Thus, this paper aspired to make an original contribution to literature by analyzing Turkish case law on compensation for unlawful practices of administrative detention. In this regard the dynamic case law of CC guides the field as well as the case law of local courts.

⁷⁰ *Communicated Case Yapuquan v Turkey* (ECtHR).

⁷¹ 2013-9673 (n 3).

⁷² 2016-35009 (n 4) paras 99–101.

In the first phase of CC decisions, the framework was criticized due to lack of clear regulation as to conditions and legal remedies with respect to administrative detention. Absence of a mechanism for compensation of unlawful practices of administrative detention yielded CC to accept the applicants' complaints and grant them compensation. This was followed by the landmark decision No. 15769 where CC changed its position radically. It ruled that administrative full remedy action before administrative courts must be exhausted in the cases where the unlawfulness of administrative detention is already established by criminal judges of peace and where the complaint is based on conditions rather than lawfulness of administrative detention. Consequently, contrary to its previous practice, CC expresses that individual application may not be lodged before exhausting administrative full remedy action. This paper argued that this evolution of case law is problematic for several reasons. Firstly, the examples of administrative full remedy action reveal a very pessimistic picture as to its effectiveness. Secondly, even in the absence of a criminal judge of peace decision declaring administrative detention measure unlawful, the CC rejects reviewing the merits of individual applications and finds them inadmissible, in contradiction with its landmark decision.

Consequently the current judicial practice of Turkish courts cast a shadow on the effectiveness of legal remedies for compensation of damages related to unlawful practices of administrative detention. The position of ECtHR remains to be seen in terms of assessment with respect to ECHR framework on right to personal liberty and security as well as right to effective remedy.

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

Çağlayan R, *İdare Hukuku Dersleri* (6th edn, Adalet Yayınevi 2018)

Council of Europe/European Court of Human Rights, 'The Admissibility of an Application'

'ECtHR - S.F. and Others v. Bulgaria, Application No. 8138/16, 7 December 2017 | European Database of Asylum Law' <<https://www.asylumlawdatabase.eu/en/content/ecthr-sf-and-others-v-bulgaria-application-no-813816-7-december-2017#content>> accessed 9 April 2019

Kalabalık H, *İdare Hukuku Dersleri Cilt-II* (4th edn, Seçkin Yayıncılık 2019)

Mole N and Meredith C, *Asylum and the European Convention on Human Rights* (Council of Europe Publishing 2010)

Abdolkhani and Karimnia v Turkey [2009] ECtHR 30471/08

Alimov v Turkey [2016] ECtHR 14344/13

Amerkhanov v Turkey [2018] ECtHR 16026/12
Amie and Others v Bulgaria [2015] ECtHR 58149/08
Athary v Turkey [2012] ECtHR 50372/09
Batyrkhairov v Turkey [2018] ECtHR 69929/12
Boudraa v Turkey [2017] ECtHR 1009/16
Chahal v the United Kingdom [1996] ECtHR 22414/93
Communicated Case Yapuquan v Turkey (ECtHR)
Dbouba v Turkey [2010] ECtHR 15916/09
E 2013/1311 K 2015/659 (Ankara 7 Administrative Court)
E 2013/1353 K 2015/2689 (Ankara 8 Administrative Court)
E 2017/1322 K 2018/338 (İstanbul 1 Administrative Court)
E 2017/1376 K 2018/236 (Edirne Administrative Court)
E 2017/1451 K 2018/201 (Edirne Administrative Court)
E 2018/499 K 2018/562 (Edirne Administrative Court)
E 2018/1254 K 2018/2324 (İstanbul 1 Administrative Court)
E 2018/1798 K 2018/1544 (İstanbul Regional Administrative Court 10 Administrative Lawsuit Chamber)
E 2018/2202 K 2018/2042 (İstanbul Regional Administrative Court 10 Administrative Lawsuit Chamber)
E1937/202 K1938/14 (Council of State 2 General Council of Lawsuit Chambers)
E1965/21 K1966/7 (Council of State Board for Unification of Case Law)
E1975/542 K1975/519 (Council of State 3 Chamber)
E1980/32 K1980/39 (Council of State 3 Chamber)
E1991/112 K1991/154 (Council of State 5 Chamber)
E1993/247 K1994/559 (Council of State 3 General Chamber of Administrative Lawsuits)
E2003/14 K2003/25 (Council of State 1 Chamber)
G B and Others v Turkey [2019] ECtHR 4633/15
Moghaddas v Turkey [2011] ECtHR 46134/08
Musaev v Turkey [2014] ECtHR 72754/11
Tehrani and Others v Turkey [2010] ECtHR 32940/08, 41626/08 and 43616/08
Yarashonen v Turkey [2014] ECtHR 72710/11
2013-655 [2016] Constitutional Court F.A. and M.A.
2013-1649 [2016] Constitutional Court A.V. and Others
2013-8735 [2016] Constitutional Court F.K. and Others
2013-8810 [2016] Constitutional Court T.T.
2013-9673 [2015] Constitutional Court Rıda Boudraa
2014-688 [2017] Constitutional Court İ.U.
2014-1368 [2017] Constitutional Court A.S.

2014-1369 [2017] Constitutional Court A.B.
2014-2114 [2017] Constitutional Court U.U.
2014-2427 [2018] Constitutional Court D.D.
2014-2841 [2016] Constitutional Court A.S.
2014-3955 [2018] Constitutional Court R.A.
2014-6493 [2018] Constitutional Court M.B. and M.Z.
2014-13044 [2015] Constitutional Court K.A.
2014-15769 [2017] Constitutional Court B.T.
2014-15824 [2016] Constitutional Court I.S. and Others
2014-15876 [2016] Constitutional Court I.I.
2014-16413 [2017] Constitutional Court I.M. and Z.M.
2014-16575 [2018] Constitutional Court K.K.
2014-16577 [2018] Constitutional Court K.A. and N.A.
2014-17572 [2019] Constitutional Court A.A. and Others
2014-18827 [2017] Constitutional Court A.A.
2014-19436 [2018] Constitutional Court M.A.
2014-19481 [2018] Constitutional Court G.B. and Others
2014-19690 [2018] Constitutional Court M.S.S.
2015-33 [2019] Constitutional Court Sara Rahmazani and Others
2015-516 [2019] Constitutional Court Dayginat Magomedzhamilova and Others
2015-1474 [2018] Constitutional Court Manzura Jumaeva
2015-4459 [2018] Constitutional Court Yulia Matur (Anikeeva)
2015-5371 [2017] Constitutional Court Gulalek Begnyazova
2015-6543 [2018] Constitutional Court G.G.
2015-6724 [1.8.20220] Constitutional Court Solmaz Mamedova
2015-7305 [2018] Constitutional Court M.A.
2015-8465 [2018] Constitutional Court K.M.
2015-9409 [2019] Constitutional Court Abdullah Omar
2015-9727 [2019] Constitutional Court Feruza Masulmankulova
2015-9776 [2018] Constitutional Court F.M.
2015-9777 [2019] Constitutional Court A.O.C and Others
2015-10697 [2019] Constitutional Court Mohammaod Alhowees
2015-10715 [2019] Constitutional Court Nader Alomar
2015-10717 [2019] Constitutional Court Fadi Mansour
2015-11553 [2019] Constitutional Court M. Q.
2015-15764 [2018] Constitutional Court F.A.A.
2015-17761 [2019] Constitutional Court A.A.K.
2015-18312 [2019] Constitutional Court A.E.H. ve S.E.I.

2015-19133 [2019] Constitutional Court R.M. and Others
2016-54 (Constitutional Court)
2016/509 D İŞ (Ağrı Criminal Judge of Peace)
2016/736 D İŞ (Ağrı Criminal Judge of Peace)
2016/903 D İŞ (Ağrı Criminal Judge of Peace)
2016/972 D İŞ (Antalya 2 Criminal Judge of Peace)
2016/1021 D İŞ (Ağrı Criminal Judge of Peace)
2016/1260 DİŞ (İzmir 2 Criminal Judge of Peace)
2016/1363 D İŞ (Antalya 2 Criminal Judge of Peace)
2016-1508 [2020] Constitutional Court Mohamed Khaled Alswadane
2016/1964 D İŞ (Kırklareli Criminal Judge of Peace)
2016/2821 D İŞ (Adana 2 Criminal Judge of Peace)
2016/3628 D İŞ (Adana 2 Criminal Judge of Peace)
2016-4754 [2020] Constitutional Court Kristina Lutstsato and Others
2016-5688 [2017] Constitutional Court A. S.
2016-12585 [2020] Constitutional Court Sonia Nasir
2016-12809 [2020] Constitutional Court Kemal Salpagarov
2016-23744 [2020] Constitutional Court Nuli Aihetamu
2016-26503 [2017] Constitutional Court Fatma Bakki
2016-27304 [2017] Constitutional Court H. B.
2016-35009 [2019] Constitutional Court Abdulkadir Yapuquan
2016-40091 [2020] Constitutional Court Mohamed Sabry Aly Azzazy and Others
2016-59015 [2019] Constitutional Court Viktor Golovatskih
2016-70639 [2019] Constitutional Court Magomed Emin Osmaev
2017/1009 D İŞ (Antalya 2 Criminal Judge of Peace)
2017/2197 D İŞ (Adana 2 Criminal Judge of Peace)
2017/2261 D İŞ (Kırklareli Criminal Judge of Peace)
2017/2639 D İŞ (Antalya 2 Criminal Judge of Peace)
2017/2853 D İŞ (Kırklareli Criminal Judge of Peace)
2017-5839 [2017] Constitutional Court M. I.
2017-6077 [2017] Constitutional Court F.R.
2017-10453 [2017] Constitutional Court Y. H.
2017-19685 [2017] Constitutional Court Zamow Muhammed
2017-20451 [2020] Constitutional Court Ali Javid and Others
2017-23177 [2018] Constitutional Court P.A.
2017-24530 [2020] Constitutional Court Mostafa Soleymani Olyae and Others
2017/27477 (Constitutional Court)
2017-31040 [2019] Constitutional Court Z.K.

2017-34558 [2019] Constitutional Court Shakhnoza Abullaeva

2017-36854 [2018] Constitutional Court Murat Tkhagapsoev

2017-38222 [2018] Constitutional Court F.Y.

2018-4529 [2019] Constitutional Court Dana Ebrahimnezhad

2019-7023 [2019] Constitutional Court A.H.

2019-9386 [2019] Constitutional Court Nashaat Alalloush

2019-14737 [2019] Constitutional Court T. S.

2019-18314 [2019] Constitutional Court Basel Khalil

2019-19576 [2020] Constitutional Court Behzad Zareei



Public and Private International Law Bulletin

Başvuru: 17.08.2020
Revizyon Talebi: 02.11.2020
Son Revizyon: 04.11.2020
Kabul: 09.12.2020
Online Yayın: 28.01.2021

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Türk Deniz Ticaretini Düzenleyen Hükümlerin TTK m. 935 Anlamında ve “Gemi” Kavramı Çerçevesinde Uygulama Alanı: Türkiye’nin Taraf Olduğu İlgili Milletlerarası Sözleşmelerin Uygulama Alanları ile Karşılaştırmalı Bir İnceleme

The Application Area of the Articles Governing Turkish Maritime Law in terms of TCC Art.935 and within the Framework of the “Ship” Concept: A Comparative Examination on the Application Areas of Concerning International Conventions that Turkey is Contracting State to

Nil Kula Değirmenci¹

Öz

ürk Deniz Ticareti Hukuku’nun temel kaynağı Türkiye’nin taraf olduğu ilgili milletlerarası sözleşmeler ile 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun (TTK) “Deniz Ticareti” başlıklı 5. Kitabı’nda yer alan 931 ila 1400. maddeleridir. Beher milletlerarası sözleşme uygulama alanını ihtiva ettiği belirli hükümlerle zikretmiştir. Bunun gibi, ilgili TTK maddelerinin uygulama alanı ise aynı kanunun 935.maddesinde belirlenmiştir. Buna göre tüm bu maddeler “ticaret” gemilerine uygulanabilecekken, bazı TTK hükümleri “ticaret gemisi niteliğini haiz olmayan diğer” gemi türlerine de uygulanabilecektir. Ancak TTK’nın bu şekilde genişletilen uygulama alanı, Türkiye’nin taraf olduğu ilgili bazı milletlerarası sözleşmelerin uygulama alanları ile farklılık arz etmektedir. Çalışmada; Türk hukukunun uygulanabilirliğinin ve uygulanabilir Türk mevzuatı arasındaki hiyerarşinin sorgulanmasını takiben, belirli deniz ticareti hukuku uyumsuzluklarına uygulanabilecek ilgili milletlerarası sözleşmeler ile TTK hükümleri işaret edilmekte, TTK’nın kural olarak kabul edilen ve genişletilen uygulama alanı açıklanmakta ve işbu hükümlerin tamamı karşılaştırmalı olarak değerlendirilmektedir. Bu şekilde, bir deniz ticareti hukuku uyumsuzluğunun ortaya çıkması durumunda ticari olsun olmasın gemilere uygulanacak Türk hukuku açısından uygulamada yaşanabilecek tereddütleri gidermek amaçlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Türk Ticaret Kanunu, Gemi, Uygulama Alanı, Milletlerarası Sözleşmeler

Abstract

The main source of Turkish Maritime Law is the concerning international conventions that Turkey is contracting state to and the “Marine Commerce” titled 5th Book of 6102 numbered Turkish Commercial Code (TCC) including the articles starting from article 931 and ending with article 1400. Each international convention has determined its own application area inside its provisions. Likewise, the application area of concerning TCC articles has been determined under art.935 of the same code. By the article, all of these articles can be applied to “commercial” ships as a rule. Additionally, several articles of TCC can also be applied to various types of ships “other than the commercial ones”. However, the extended application area of TCC is different from the application area of some of the related international conventions that Turkey is contracting state to. In the study; after questioning the applicability of Turkish law and the hierarchy between the

¹ Sorumlu Yazar: Nil Kula Değirmenci (Doç. Dr.), Dokuz Eylül Üniversitesi, Denizcilik Fakültesi, Denizcilik İşletmeleri Yönetimi Anabilim Dalı, İzmir, Türkiye. E-posta: nilkuladegirmenci@gmail.com ORCID: 0000-0003-2449-8598

Atf: Kula-Değirmenci N, “Türk Deniz Ticaretini Düzenleyen Hükümlerin TTK m. 935 Anlamında ve “Gemi” Kavramı Çerçevesinde Uygulama Alanı: Türkiye’nin Taraf Olduğu İlgili Milletlerarası Sözleşmelerin Uygulama Alanları ile Karşılaştırmalı Bir İnceleme” (2021) 41(1) PPII 63. <https://doi.org/10.26650/ppil.2021.41.1.0044>



applicable Turkish norms, concerning international conventions and TCC provisions that can be applied to specific maritime law disputes are pointed, the application area of TCC as being accepted as the rule and its expansions are explained and all of these provisions are evaluated comparatively. Thus, in the appearance of a maritime conflict; it is aimed to override the possible hesitations in terms of applicable Turkish law to ship without considering whether it is a commercial one or not.

Keywords

Turkish Commercial Code, Ship, Application Area, International Conventions

Extended Summary

Maritime transportation has dense global characteristics. Turkey, due to its geographical position, performs approximately 90% of its global trade through maritime transportation. In such cases that mostly involve foreign elements, it is important to adopt and apply international legal instruments that govern the rights, liabilities and authorities of the concerning persons and have superior characteristics over the national legal instruments. Thus, these parties having a connections with various nations will be aware of their uniform rights, liabilities and authorities and trust the fair performance of the system.

Turkish maritime law is based on two main sources: the 5th Book of Turkish Commercial Code (TCC) and international conventions that Turkey is contracting state to. During the code making process, Turkish code maker has preferred to prepare the new TCC by considering or directly referring to the international conventions that Turkey is contracting state to. Thus, the code maker has aimed to ensure the harmony between the international and national legal instruments governing maritime transportation.

To decide whether to apply Turkish law or not to a conflict that is involving a foreign element, at the first step, the court shall control the applicable provisions of the 5718 numbered Turkish Code on Private International Law and International Civil Procedure (5718 numbered Code). The basic principle is the application of the agreed law to the conflicts arising from contractual issues. Additionally, as for the conflicts arising from torts, the place of occurrence is accepted to be the applicable law. Upon determining the applicable provisions under the code and finding out that Turkish law will be applied to solve that conflict, the applicable Turkish norms shall be formed under a hierarchy. Even though there are dense discussions concerning the norm hierarchy in Turkey, it is widely accepted that the international conventions that Turkey is contracting state to are on top of the norm hierarchy and thus, they will have the priority over codes in application. As a consequence of the *lex superior* principle international conventions that are governing maritime law and that Turkey is contracting state to, will have the priority over the provisions of the 5th Book of TCC that are governing the same issue.

Each norm has determined its own application area inside its provisions. In the study main maritime conflicts arising from (1) the liability of sea carrier arising from the carriage of cargo, (2) the liability of sea carrier arising from the carriage of passengers and their luggage, (3) the limitation of liability, (4) the collision, (5) the salvage, (6) the maritime liens and mortgages, (7) the liability arising from oil pollution and compensation and (8) the arrest of ships have been pointed under the concerning international conventions and their application areas. Thus, the applicability of these international conventions that have priority over Turkish domestic legislation has been examined.

In times when the applicability of the above-mentioned international conventions cannot be executed, the applicability of TCC shall be questioned. TCC, under its article 935 has accepted that all the provisions of TCC governing maritime law will be applied to “commercial ships”. Besides, some of these provisions can also be applied to yachts, ships that are assigned to educational, sports or scientific purposes or to ships that are owned by the state and assigned to public purposes. In the study, after determining the applicability of Turkish law to a maritime conflict, application areas of the specific international conventions and TCC have been determined through a comparative table. Thus, in the appearance of a maritime conflict, it is aimed to override the possible hesitations in terms of applicable Turkish law to ship.

Türk Deniz Ticaretini Düzenleyen Hükümlerin TTK m. 935 Anlamında Uygulama Alanı: Türkiye'nin Taraf Olduğu İlgili Milletlerarası Sözleşmelerin Uygulama Alanları ile Karşılaştırmalı Bir İnceleme

I. Giriş

Türk Deniz Ticareti Hukuku'nun ulusal anlamda temel kaynağı olan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun¹ "Deniz Ticareti" başlıklı 5. Kitabı'nda yer alan hükümlerin hangi gemilere uygulanacağı aynı kitabın 935.maddesinde açık olarak zikredilmektedir. Buna göre "aksini öngören kanun hükümleri saklı kalmak kaydıyla, bu Kanunun deniz ticaretiyle ilgili hükümleri ticaret gemileri hakkında uygulanır" (f.1). Dolayısıyla TTK'nın 931 ila 1400. maddeleri, kural olarak "ticaret" gemilerine uygulanabilmektedir. Bu maddeler; genel hükümler, geminin kimliği, gemi sicili ile mülkiyet ve diğer aynı haklar bölümlerini içeren "gemi" kısmını (1.Kısım), donatan ve donatma iştiraki kısmını (2.Kısım), kaptan kısmını (3.Kısım), yine gemi kira sözleşmeleri, zaman çarteri sözleşmesi, navlun sözleşmesi, zamanaşımı ve denizyolu ile yolcu taşıma sözleşmesi bölümlerini içeren "deniz ticareti sözleşmeleri" kısmını (4.Kısım), müşterek avarya, çatma ve kurtarma bölümlerini içeren "deniz kazaları" kısmını (5.Kısım), gemi alacakları kısmını (6.Kısım), sorumluluğun sınırlandırılması ve petrol kirliliği zararının tazmini kısmını (7.Kısım) ve cebri icraya ilişkin özel hükümler kısmını (8.Kısım) düzenleyen hükümlere yer vermektedir.

TTK'nın deniz ticaretini düzenleyen hükümlerinin uygulama alanını zikreden 935. maddesi, hükümlerin kural olarak ticaret gemilerine uygulanacağını zikretmesinin akabinde bu hükümlerden bazılarının uygulama alanını ticaret gemisi niteliğini haiz olmayan gemi türleri için genişletmektedir. Buna göre "Gemi", "Kaptan", "Gemi Alacakları" ve "Cebri İcraya İlişkin Özel Hükümler" başlıklı kısımları, "Çatma" ve "Kurtarma" başlıklı bölümleri, deniz alacaklarına karşı sorumluluğun sınırlanması hakkındaki hükümleri ile donatanın, gemi adamlarının kusurundan doğan sorumluluğuna ilişkin 1062. maddesi, yatlar, denizci yetiştirme gemileri gibi sadece gezinti, spor, eğitim, öğretim ve bilim amaçlarına tahsis edilmiş gemilere (m.935, f.1, (a) bendi), "Çatma" ve "Kurtarma" başlıklı bölümleri, deniz alacaklarına karşı sorumluluğun sınırlanması hakkındaki hükümleri ile donatanın, gemi adamlarının kusurundan doğan sorumluluğuna ilişkin 1062. maddesi, münhasıran bir kamu hizmetine tahsis edilen Devlet gemileriyle donanmaya bağlı harp gemilerine ve yardımcı gemilere (m.935, f.2, (b) bendi), bayrak şahadetnamesi ile ilgili 944. maddenin ikinci fıkrası ile 945, 947, 948 ve 949. maddeleri, sicille ilgili 955, 956, 973 ve 991. maddeleri, kanuni ipotekle ilgili 1013. maddesi ve yapı hâlinde bulunan gemiler üzerindeki haklarla ilgili 1054 ilâ 1058. maddeleri yabancı bir devlet veya onun vatandaşları adına Türkiye'de yapılmakta olan gemilere de, nitelikleri ile bağdaştığı

1 Resmî Gazete Tarihi: 14.02.2011, Resmî Gazete Sayısı: 27846.

ölçüde (m.935, f.1, (c) bendi) uygulanır. Dolayısıyla TTK, deniz ticaretine ilişkin belirli hükümlerinin uygulama alanını, belirli türdeki gemiler için genişletmiştir.

Deniz ticareti hukukunun küreselliği dolayısıyla yeknesak uygulamalar getirebilmek amacıyla özellikle deniz ticareti ile iştigal eden devletlerin deniz ticaretinin belirli alanlarında milletlerarası örgütler tarafından kabul edilen milletlerarası sözleşmelere taraf olmaları önemlidir. Nitekim taraf olunan milletlerarası sözleşmeler, ortaya çıkması muhtemel uyuşmazlıklara uygulanacak emredici hükümleri ihtiva ettiklerinden, taraf devletlerin ulusal hukuklarındansa işbu milletlerarası sözleşme hükümlerinin uygulanması, sıklıkla farklı devlet tabiiyetindeki uyuşmazlık taraflarının öngörülebilir, belirli ve bu nedenle güvenilir uluslararası bir hukuk vasıtasıyla çözüme ulaşmalarını temin edecektir.

Türkiye, T.C. Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı'nın güncel Deniz Ticareti 2018 yılı İstatistikleri uyarınca, dünya deniz ticareti filosu sıralamasında 15.sırada yer almakta; denizyolu taşımacılığını diğer taşıma sistemlerine (karayolu, havayolu, demiryolu, posta, boru hattı ile yapılan taşımalar ve elektrik enerjisi, kendinden hareketli vasıtalar) göre ihracatta %78,1, ithalatta ise %95,3 oranında kullanmaktadır.² Dolayısıyla Türkiye'nin özellikle uluslararası taşımacılık anlamında deniz ticareti ile yoğun bir şekilde iştigal olduğu açıktır. Bu nedenle de Türkiye'nin deniz ticareti hukukunu düzenleyen milletlerarası sözleşmelere taraf olması, yukarıda işaret edilen yeknesak, belirli ve güvenilir hukuk uygulaması açısından önem taşımaktadır. İşaret edilen önem, kanun koyucu tarafından da takdir edilmiş olacaktır ki TTK Genel Gerekeçesi'nde müteaddit defalar “kanunun hazırlanması aşamasında ilgili milletlerarası sözleşmeler ile milli hukuk arasında tam bir uyum sağlanması doğrultusundaki temel ilkenin esas alındığı” zikredilmiştir.³

Milletlerarası sözleşmelerin Türk deniz ticareti hukuku açısından taşıdıkları ve yukarıda işaret edilen öneme binaen, Türkiye'nin deniz ticareti hukukunu muhtelif alanlarda düzenleyen birçok milletlerarası sözleşmeye taraf olduğunu ya da taraf olma süreci içerisinde bulunduğunu belirtmek gerekmektedir. Çalışmanın kapsamı açısından, TTK'nın 5.Kitap hükümlerinin uygulama alanlarına giren ve Genel Gerekeç'e de de atıfta bulunulan milletlerarası sözleşmeleri; 1924 tarihli Konişmentolara Müteallik Bazı Kaidelerin Tevhidi Hakkındaki Milletlerarası Antlaşma (Lahey Kuralları),⁴ 1968 tarihli

2 T.C. Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı-Deniz Ticareti Genel Müdürlüğü, Deniz Ticareti 2018 yılı İstatistikleri, 16 ve 34-35, <https://denizcilik.uab.gov.tr/uploads/pages/yayinlar/deniz-ticaret-2018-istatistikleri.pdf>.

3 Bkz. TBMM, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), Dönem: 23, Yasama Yılı:2, S. Sayısı: 96 [Genel Gerekeç], 59, 293, 302, 372 ve 407. Ayrıca bkz. Kerim Atamer, Deniz Ticareti Hukuku IV-Deniz İcra Hukuku, (2. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık 2019) 41 [Deniz İcra].

4 Türkiye, işbu sözleşmeye 6469 sayılı Onay Kanunu ile katılmayı uygun bulmuştur. Resmî Gazete Tarihi: 22.02.1955, Resmî Gazete Sayısı: 8937.

Visby Protokolü ile Değiştirilmiş 1924 Lahey Kuralları (Lahey-Visby Kuralları),⁵ 1978 tarihli Birleşmiş Milletler Denizde Eşya Taşıma Sözleşmesi (Hamburg Kuralları),⁶ 1974 tarihli Yolcuların ve Bagajların Deniz Yolu ile Taşınmasına İlişkin Sözleşme (Atina Sözleşmesi) ve 2002 Tadil Protokolü,⁷ 1976 tarihli Deniz Alacaklarının Sınırlandırılmasına İlişkin Londra Sözleşmesi (Londra Sözleşmesi)⁸ ve 1996 Tadil Protokolü,⁹ York Anvers Kuralları,¹⁰ 1910 tarihli Denizde Çatmalara İlişkin Bazı Kuralların Birleştirilmesi hakkında Milletlerarası Sözleşme (Çatma Sözleşmesi),¹¹ 1989 tarihli Denizde Kurtarma Hakkında Milletlerarası Sözleşme (Kurtarma Sözleşmesi),¹² 1993 tarihli Gemi Alacaklısı Haklarına ve Gemi İpoteklerine İlişkin Milletlerarası Sözleşme (Rehin Sözleşmesi),¹³ 1992 tarihli Petrol Kirliliğinden Doğan Zararın Hukuki Sorumluluğu ile İlgili Uluslararası Sözleşme (Sorumluluk Sözleşmesi) ve 2000 Tadil Protokolü¹⁴ ve 1992 tarihli Petrol Kirliliği Zararının Tazmini İçin Bir Uluslararası Fonun Kurulması ile İlgili Uluslararası Sözleşme (FON Sözleşmesi) ve 2003 Tadil Protokolü¹⁵ ve 1999 tarihli Gemilerin İhtiyati Hazine İlişkin Milletlerarası Sözleşme (İhtiyati Haciz Sözleşmesi)¹⁶ olarak belirlemek mümkündür.

- 5 Türkiye işbu sözleşmeye katılmamıştır. Ancak kanun koyucunun amacı; taşıyanın sorumluluğuna ilişkin hükümleri, 1979 tarihli ÖÇH Protokolü ile değişik Lahey-Visby Sözleşmesi'ni esas alarak ve bu sözleşme ile tam bir uyum sağlayarak yeniden düzenlemek olduğundan (bkz. Genel Gerekeçe, 358), TTK'nın özellikle taşıyanın sorumluluğunun sınırlandırılmasına ilişkin 1186.maddesi hükmü hazırlanırken Lahey-Visby Kuralları dikkate alınmıştır.
- 6 Her ne kadar Türkiye Hamburg Kuralları'na taraf olmasa da Hamburg Kuralları da Türk hukuku açısından gereksinimleri karşılayabilecek (fiili taşıyanın sorumluluğu gibi) yeni bazı hükümler (TTK m.1191 ve m.1192) ihtiva etmektedir. Bunlardan, 1924 tarihli Lahey Kuralları sistemine aykırı olmayan bazılarının da milli hukuka kazandırılması kararlaştırılmıştır. Bkz. Genel Gerekeçe, 343).
- 7 Türkiye, işbu sözleşmeye 6990 sayılı Onay Kanunu ile katılmayı uygun bulmuştur. Resmî Gazete Tarihi: 03.04.2017, Resmî Gazete Sayısı: 30027. Milletlerarası Antlaşmaların Onaylanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında 15.07.2018 tarih ve 9 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi uyarınca belirlenen resmi işlemler halihazırda tamamlanmadığından, Türkiye'nin işbu sözleşmeye taraf sıfatı bulunmamaktadır.
- 8 Türkiye, işbu sözleşmeye 8/495 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile katılmayı uygun bulmuştur. Resmî Gazete Tarihi: 04.06.1980, Resmî Gazete Sayısı: 17007.
- 9 Türkiye işbu protokole 2010/162 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile katılmayı uygun bulmuştur. Resmî Gazete Tarihi: 13.03.2010, Resmî Gazete Sayısı: 27520.
- 10 Comité Maritime International (CMI) tarafından belirli aralıklarla yenilenen ve müşterek avaryaya ilişkin temel akdi kaideler ihtiva eden York Anvers Kuralları her ne kadar bir milletlerarası sözleşme niteliğini haiz olmasa ve ancak tarafların kendisine atıfta bulunmaları durumunda uygulanabilse de uygulamada kullanılan tüm basılı sözleşme ve konişmentolarda bu kurallara atıfta bulunulduğundan, Türk kanun koyucu, TTK m.1273 uyarınca, taraflarca başkaca husus kararlaştırılmamış olduğu takdirde müşterek avarya garesininin işbu madde hükmüne göre Türkçe'ye çevrilip yayınlanmış olan en son tarihli York Anvers Kuralları'na tabi olduğunu açıkça zikretmiştir.
- 11 Türkiye, işbu sözleşmeye 3226 sayılı Onay Kanunu ile katılmayı uygun bulmuştur. Resmî Gazete Tarihi: 23.06.1937, Resmî Gazete Sayısı: 3638.
- 12 Türkiye, işbu sözleşmeye 6480 sayılı Onay Kanunu ile katılmayı uygun bulmuştur. Resmî Gazete Tarihi: 29.05.2013, Resmî Gazete Sayısı: 28661.
- 13 Türkiye, işbu sözleşmeye 6940 sayılı Onay Kanunu ile katılmayı uygun bulmuştur. Resmî Gazete Tarihi: 25.03.2017, Resmî Gazete Sayısı: 30018. Milletlerarası Antlaşmaların Onaylanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında 15.07.2018 tarih ve 9 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi uyarınca belirlenen resmi işlemler halihazırda tamamlanmadığından, Türkiye'nin işbu sözleşmeye taraf sıfatı bulunmamaktadır.
- 14 Türkiye, işbu protokole 6345 sayılı Onay Kanunu ile katılmayı uygun bulmuştur. Resmî Gazete Tarihi: 12.07.2012, Resmî Gazete Sayısı: 28351.
- 15 Türkiye, işbu protokole 6348 sayılı Onay Kanunu ile katılmayı uygun bulmuştur. Resmî Gazete Tarihi: 12.07.2012, Resmî Gazete Sayısı: 28351.
- 16 Türkiye, işbu sözleşmeye 6904 sayılı Onay Kanunu ile katılmayı uygun bulmuştur. Resmî Gazete Tarihi: 25.03.2017, Resmî Gazete Sayısı: 30018.

Deniz ticareti ihtilafı gibi sıklıkla yabancılık unsuru barındıran bir hukuk ihtilafını çözmek yönünde atılması gereken ilk adım; uygulanacak hukuku ve bu hukuk içerisinde yer alan mevzuat arasındaki hiyerarşiyi tespit etmektir. Bu şekilde hâkim, ihtilafı çözmek amacıyla önce Türk hukukunun uygulanabilirliğini 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK)¹⁷ kapsamında denetlemekte, bunu takiben de Türk mevzuatında öncelikle uygulanacak normları tespit etmektedir ki ihtilafın esasına yönelik karar verebilsin.

Yukarıda açıklanan nedenlerle, çalışmada öncelikli olarak bir deniz ticareti hukuku uyuşmazlığına Türk hukukunun uygulanabilirliği ve bunun akabinde ilgili mevzuat (TTK 5.Kitap hükümleri ile Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmelerin ilgili hükümleri) arasındaki öncelik-sonralık ilişkisi sorgulanmaktadır. Çalışmanın takip eden bölümlerinde ise önce Türkiye'nin taraf olduğu ilgili milletlerarası sözleşmelerin uygulama alanları ile ihtilafı ilgili TTK hükümleri tespit edilmekte ve milletlerarası sözleşmelerin uygulanamadıkları durumda uygulanacak TTK 5. Kitap hükümleri m.935 uyarınca değerlendirilmektedir. Bu anlamda TTK uyarınca gemi ve özellikle TTK'nın deniz ticaretini düzenleyen tüm hükümlerinin uygulanabildiği “ticaret” gemisi tanımlanmakta, daha sonra TTK'nın deniz ticaretine ilişkin belirli hükümlerinin uygulama alanının genişletildiği ticaret gemisi niteliğini haiz olmayan diğer gemiler işaret edilmektedir. İşbu mevzuat hükümlerinin uygulama alanları karşılaştırmalı bir tablo ekseninde ortaya çıkarılarak, bir deniz ticareti hukuku uyuşmazlığının ortaya çıkması durumunda gemiye uygulanacak hukuk açısından uygulamada yaşanabilecek tereddütleri gidermek amaçlanmaktadır.

II. Türk Hukukunun Deniz Ticareti Uyuşmazlıklarına Uygulanabilirliğinin Denetimi ve Türk Hukuku Normları Arasındaki Hiyerarşi

Herhangi bir yabancılık unsuru bulunmayan bir deniz ticareti ihtilafına Türk hukukunun uygulanabileceği oldukça açıktır. Sorun, işbu ihtilafın yabancılık unsuru içermesinde ortaya çıkmaktadır ki, yukarıda işaret edildiği üzere kabotaj taşımalarının oranının oldukça az olduğu Türkiye’de, bu sorunu yaşamak kaçınılmaz olmaktadır. Bu nedenle, çalışmanın işbu bölümünde, öncelikli olarak Türk hukukunun deniz ticareti uyuşmazlıklarına uygulanabilirliği denetlenmekte ve bu denetlemenin olumlu sonuçlanmasını takiben, hâkimin bir deniz ticareti hukuku uyuşmazlığına uygulayabileceği Türk hukuku normları arasındaki öncelik-sonralık ilişkisi belirlenmektedir.

A. Türk Hukukunun Deniz Ticareti Uyuşmazlıklarına Uygulanabilirliğinin Denetimi

Yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukuk MÖHUK hükümleri uyarınca düzenlenmektedir (MÖHUK m.1, f.1). Dolayısıyla

17 Resmî Gazete Tarihi: 27.11.2007, Resmî Gazete Sayısı: 26728.

yabancılık unsuru içeren bir denizcilik ihtilafına uygulanacak hukukun Türk hukuku olup olmadığının denetimi, MÖHUK kurallarını tetkik ile mümkün olabilecektir. Ancak işbu noktada önemli olan, Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmelerin; Türkiye tarafından onaylanması durumunda Türk iç hukukunun bir parçası haline geldikleri ve MÖHUK m.1, f.2 uyarınca kanunun uygulanmasından saklı tutulmaları dolayısıyla, ancak işbu milletlerarası sözleşmelerin düzenlemediği, açıkta bıraktıkları hususlar bakımından ilgili MÖHUK hükümlerinin devreye girecek olmasıdır. İlgili hükmü ile MÖHUK, milletlerarası sözleşmelerin Türk iç hukuku normlarına göre öncelikli uygulama alanını açıkça zikretmektedir.

Deniz ticaretine ilişkin ihtilaflar, TTK'nın 5.Kitap sistematığı takip edildiğinde; mülkiyetten (aynî haklar), deniz ticareti sözleşmelerinden (sözleşmeden doğan borç ilişkileri ya da eşyanın taşınmasına ilişkin sözleşmeler) veya deniz kazalarından (haksız fiiller) kaynaklanabilir. Ortaya çıkan ihtilafa uygulanacak hukukun Türk hukuku olup olmadığı MÖHUK'un aşağıdaki hükümlerinin tetkiki ile denetlenebilir:

MÖHUK uyarınca deniz taşıma araçları üzerindeki aynî haklar, menşe ülke hukukuna tâbidir (m.22, f.1). Menşe ülke, deniz taşıma araçlarında aynî hakların tescil edildiği sicil yeri, deniz taşıma araçlarında bu sicil yeri yoksa bağlama limanıdır (m.22, f.2). Örneğin bir gemi üzerinde ipotek hakkı tesisi için TTK m. 1014 vd. hükümlerin uygulanabilmesi, öncelikli olarak işbu geminin Türk gemi sicillerinden birine (Milli Gemi Sicili ya da Türk Uluslararası Gemi Sicili) tescil edilmiş olmasına bağlıdır.¹⁸

Deniz ticareti sözleşmelerine uygulanacak hukuk ise ikili bir sınıflandırma içerisinde belirlenebilir. Eşyanın taşınmasına dair olmayan bir sözleşmeden kaynaklanan ihtilaflarda işbu sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri hukuka tâbidir. Sözleşme hükümlerinden veya hâlin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilen hukuk seçimi de geçerlidir (m.24, f.1). Ancak tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde sözleşmeden doğan ilişkiye, o sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukuk uygulanır (m.24, f.4, c.1). Bu hukuk, karakteristik edim borçlusunun, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki¹⁹ mutad meskeni hukuku, ticarî veya meslekî faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde karakteristik edim borçlusunun işyeri, bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukuku, karakteristik edim borçlusunun birden çok işyeri varsa söz konusu sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukuku olarak kabul edilir (m.24, f.4, c.2). Ancak hâlin bütün şartlarına

18 Türk deniz hukukunda kabul edilen dört gemi sicilinden herhangi birine tescil edilmemiş olan bir deniz aracının bu nedenle uğrayabileceği olumsuzlukları gidermek amacıyla tesis edilen bir müessese olan Bağlama Kütüğü ise, gemi sicili niteliğinde olmadığından kütüğe kayıtlı gemi ve araçlar hakkında TTK'nun "Mülkiyet ve Diğer Aynî Haklar"a dair 996 ilâ 1060. maddeleri uygulanmaz. Ayrıntılı bilgi için bkz. İsmail Demir, "Yeni Bağlama Kütüğü Rejimi Üzerine Değerlendirmeler", (2015) 64 (1) AÜHFHD 149 [Bağlama Kütüğü].

19 Burada sözleşmenin imzalandıktan sonra işyeri değişikliğinden etkilenmemesi amaçlanmıştır. Bkz. Ashhan Sevinç, "5718 sayılı MÖHUK Uyarınca Taşıma İşlerine Uygulanacak Hukuk", Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, Cilt:II (Oniki Levha Yayıncılık 2010) 1596.

göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşme, bu hukuka tâbi olur (m.24, f.4, c.3).

Taraflar arasında akdedilen denizyolu ile eşya taşıma sözleşmesinden kaynaklanan ihtilaflar ise tarafların seçtikleri hukuka tâbidir (m.29, f.1). Ancak bu husustaki iradenin açık olması, hukuk seçiminin geçerliliği için şarttır.²⁰ İşbu belirleme; taraflar arasında düzenlenen taşıma sözleşmesi hükümleri ya da işbu taşıma sözleşmesi uyarınca düzenlenen taşıma belgesi hükümleri ya da her ikisi uyarınca gerçekleştirilebilir. Sonuncu ihtimalde, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu²¹ (TBK) m.1 kapsamında tarafların karşılıklı ve birbirine uygun iradelerini ihtiva eden sözleşme hükümlerine üstünlük verilmelidir. Nitekim özellikle önceden belirlenmiş matbu kayıtlardan oluşan taşıma belgesinde yer alan ve sıklıkla uygulanacak hukuka dair kayıtları da ihtiva eden TBK m.20 anlamındaki genel şartlar, hem TTK m. 858 hem de TTK m.1228 uyarınca sözleşmenin kendisi değil ancak “ispatı” fonksiyonunu haiz taşıma belgesinde yer almakla, “tarafların gerçek iradelerini yansıtmama” tehlikesini taşımakta ve işbu tehlikeye binaen TBK m.21 uyarınca da hukuki denetim altında tutulmaya çalışılmaktadırlar.

Taraflar arasında uygulanacak hukuka ilişkin bir belirlemenin bulunmadığı durumlarda ise, mahkeme, eşya taşıma sözleşmesine uygulanacak hukuku yine MÖHUK uyarınca belirleyecektir. Buna göre; sözleşmenin kuruluşu sırasında taşıyanın esas işyerinin bulunduğu ülke, aynı zamanda yüklemenin veya boşaltmanın yapıldığı ülke veya gönderenin esas işyerinin bulunduğu ülke ise, bu ülkenin sözleşmeyle en sıkı ilişkili olduğu kabul edilir ve sözleşmeye bu ülkenin hukuku uygulanır (m.29, f.2). Bu kurallara göre bağlama noktasının belirlenmesinde iki kıstas birden dikkate alınacaktır: Birinci kıstas “sözleşmenin kuruluşu sırasında taşıyanın esas işyerinin bulunduğu yer”dir; ancak bu yer, yetkili hukuku belirlemek için tek başına yeterli değildir. Bu kıstasa ek olarak ikinci bir kıstas kabul edilmiş ve kendi içinde üç seçenekli bildirilmiştir: yüklemenin yapıldığı yer, boşaltmanın yapıldığı yer veya gönderenin esas işyerinin bulunduğu yer.²² Dolayısıyla sözleşmeyle en sıkı ilişkili işyeri hukuku, her zaman “esas” işyeri –yani işletme merkezi hukuku olmayabilecektir²³ ve taşıyanın

20 Emine Yazıcıoğlu, “Uluslararası Deniz Taşımalarında Uygulanacak Kural Sorunu”, (2002) 5(1-4) DHD 47 [Kural Sorunu]. Nomer’e göre taraflar hukuk seçimi hakkındaki iradelerini açık olarak beyan etmemiş olsalar dahi, tarafların bir hukuk seçimini isteyip kabul ettikleri açıkça anlaşılıyorsa, bu husustaki iradeleri zımni de olsa, kanunun aradığı anlamda açık bir hukuk seçimi bulunmaktadır. Bkz. Ergin Nomer, Devletler Hususi Hukuku, Genel Prensipler-Uygulama-Milletlerarası Usul Hukuku-Yabancı Kararların Tanınması ve Tenfizi, (10. Bası, Beta Yayınları 2000) 262.

21 Resmî Gazete Tarihi: 4.02.2011, Resmî Gazete Sayısı: 27836.

22 Kerim Atamer ve Cüneyt Süzöl, Yeni Deniz Ticaret Hukuku’nun Kaynakları, Cilt: I (Oniki Levha Yayıncılık 2013) 128. Ekşi, yükleme ve boşaltma limanlarından kastın taraflar arasındaki taşıma sözleşmesinde belirtilen limanlar olduğunu, fiilen yükleme veya boşaltma yapılan limanların bulunduğu yere bakılmayacağını ifade etmektedir. Bkz. Nuray Ekşi, “Uluslararası Eşya Taşıma Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk (5718 Sayılı MÖHUK md. 29)”, (Avrupa’da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri, Dr. Nusret-Semahat Ersel Uluslararası Ticaret Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi Konferans Yayınları Dizisi 2, Koç Üniversitesi 2010) 128.

23 Rumeysa Partalçı, “Eşyanın Taşınmasına İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Hakkında MÖHUK Madde 29’un Değerlendirilmesi”, (2017) 37(2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 779.

esas işyerinin bulunduğu ülke hukukunun uygulanması, şu şartlara bağlanmıştır: eşyanın yükleme ve boşaltma işlemlerinin de burada yapılması veya gönderenin esas işyerinin burada bulunması.²⁴ Maddede belirtilen şartlar gerçekleşmezse, taşıma sözleşmesinin taşıyıcının esas işyeri hukuku ile yakından bağlantılı olduğuna ilişkin karine çürütülmüş olacaktır.²⁵ Örneğin denizyolu ile eşya taşımada; taşıyanın esas işyeri Türkiye’de bulunuyorsa ve yüklemenin yapıldığı yer, boşaltmanın yapıldığı yer ya da gönderenin esas işyerinin bulunduğu yer Türkiye’de ise, ortaya çıkan ihtilafa Türk deniz ticareti hukuku normları uygulanacaktır. Bunlardan hiçbiri taşıyıcının esas işyerinin bulunduğu ülke değilse ve “halin bütün şartlarına göre” eşya taşıma sözleşmesiyle daha sıkı ilişkili hukukun bulunması halinde, bu hukuk uygulanacaktır (m.29, f.3).

Bu noktada eşyanın taşınmasına ilişkin sözleşmelere ilişkin kanunlar ihtilafı kurallarını düzenleyen MÖHUK m.29’un uygulanmadığı durumlarda; aynı kanunun genel itibarıyla sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuku düzenleyen ve yukarıda incelenen 24. maddesinin uygulanabileceğini, bu madde ile de taraflara yine uygulanacak hukuku belirleme serbestisi tanındığını ve bu serbestinin kullanılmadığı durumlarda ise sözleşme ile yine “en sıkı ilişkili hukukun” uygulanacağını belirtmek gerekmektedir.²⁶

Son olarak, deniz ticaretine ilişkin ihtilafın haksız fiilden kaynaklanası durumunda uygulanacak hukukun Türk hukuku olup olmadığının denetiminde göz önünde bulundurulacak MÖHUK hükümlerine işaret etmek gerekmektedir. MÖHUK uyarınca haksız fiilden doğan borçlar haksız fiilin işlendiği ülke hukukuna tâbidir (m.34, f.1). Haksız fiillerin deniz ticareti hukuku uygulamasındaki en temel yansıması, TTK sistematüğünde bir deniz kazası olarak sınıflandırılan “çatma” ihtilafıdır. Dolayısıyla çatmanın vuku bulması durumunda TTK (m.1286 vd.) ya da Çatma Sözleşmesi hükümlerinin uygulanabilmesi, kural olarak çatmanın Türk karasularında gerçekleşmiş olmasına bağlıdır. Ancak haksız fiilin işlendiği yer ile zararın meydana geldiği yerin farklı ülkelerde olması hâlinde, zararın meydana geldiği ülke hukuku uygulanır (m.34, f.2). Haksız fiilden doğan borç ilişkisinin başka bir ülke ile daha sıkı ilişkili olması hâlinde bu ülke hukuku uygulanır (m.34, f.3). Son olarak tarafların, haksız fiilin meydana gelmesinden sonra uygulanacak hukuku açık olarak seçebileceklerini belirtmek gerekmektedir (m.34, f.5).

24 Ekşi, 127.

25 Ekşi, 126.

26 Atamer ve Sützel, bu hususun yeni düzenlemenin bir aksaklığı olduğunu, MÖHUK’un 29.maddesinin 2.fikrasında öngörülen kıstasların oluşmadığı hallerde, aynı kanunun 24.maddesinin 4.fikrasının devreye girerek, her ihtimalde “taşıyanın işyeri” hukukunun yetkili olmasının 29.maddenin 2.fikrasını gereksiz bir düzenleme haline getirdiğini ifade etmektedir. Bkz. Atamer ve Sützel, 129.

B. Türk Hukuku Normları Arasındaki Hiyerarşi

Bir deniz ticareti hukuku ihtilafına Türk hukukunun ilgili normlarının uygulanabileceğinin MÖHUK hükümleri uyarınca yukarıdaki gibi tespiti akabinde, bu normlar hükümlerinin hangisinin öncelikli olarak ihtilafa uygulanacağını belirlemek gerekmektedir. Aslında 6102 sayılı TTK’nın genel gerekçesinde,²⁷ “milletlerarası sözleşmelerin üstünlüğü” ilkesine açıkça yer verilmişse ve Anayasa²⁸ (m.90, f.5 ve m.148’in birlikte yorumlanması ile) ve yukarıda işaret edildiği üzere MÖHUK (m.1, f.2) kapsamında, Türkiye’nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmelerin uygulanmalarında, diğer iç hukuk normlarına göre önceliği haiz oldukları zımnen ve sarihden ifade edilmişse de,²⁹ işbu başlık altında konuyla ilgili genel hukuk ilkeleri değerlendirilmektedir.

Yukarıda da işaret edildiği üzere, Türk deniz ticareti hukukunun temel kaynağı Türkiye’nin taraf olduğu ilgili milletlerarası sözleşmeler ile TTK’nın 5.Kitap hükümleridir. Konuyla ilgili bir ihtilafın ortaya çıkması durumunda uygulanacak birden fazla norm hükmünün aynı konuyu düzenlemesi durumunda hâkimin hangi normun ilgili hükmünün öncelikli olarak uygulanacağına karar vereceği hususu, özellikle hükümler arasında bir farklılık olması durumunda önem taşımaktadır.

İlgili mevzuat hükümleri arasındaki öncelik-sonralık ilişkisini belirlemek amacıyla kabul edilen ilkelerin en önemlileri; *lex superior derogat legi inferiori* (*lex superior*; üst norm alt normu ilga eder), *lex posterior derogat legi priori* (*lex posterior*; sonraki norm önceki normu ilga eder) ve *lex specialis derogat lex generalis* (*lex specialis*; özel norm genel normu ilga eder) ilkeleridir.³⁰ Bu ilkelerden *lex superior* ve *lex posterior* ilkelerinin tespiti, *lex specialis* ilkesinin tespitine kıyasen çok daha kolay olmaktadır. Nitekim *lex superior* ilkesinin tespitinde normlar arasındaki hiyerarşi, *lex posterior* ilkesinin tespitinde ise normların tarihi gibi somut unsurlar göz önünde bulundurulurken; *lex specialis* ilkesinin tespitinde normlar arasındaki genellik-özellik ilişkisi tespit edilmeye çalışılmaktadır.

Lex superior ilkesinin temelinde, hukuk düzenini oluşturan ve hukukun “mevzuat” adı verilen yazılı kaynakları arasında hiyerarşik bir düzen öngören “normlar hiyerarşisi teorisi” bulunmaktadır. Türk hukuku açısından normlar hiyerarşisi, en üstte yer alan

27 Genel Gerekeçe, 319-324.

28 Ayrıntılı açıklamalar için bkz. dn.31.

29 Nil Kula Değirmenci, Türk Hukukunda Deniz Alacaklarına Karşı Sorumluluğu Sınırlama Fonu, (Oniki Levha Yayıncılık 2015) 9-10.

30 Gözler, bu ilkelerin yanı sıra bir de *abrogata lege abrogante non reviviscit lex abrogata* (*abrogata lege*; ilga eden kanunu ilga etmek, ilga edilmiş kanuna tekrar hayat vermez) ilkesinin de varlığından bahsetmektedir. Buna göre örneğin bir kanunu ilga eden bir kanununun Anayasa Mahkemesi tarafından ilga edilmesi, ilga edilen ilk kanunun tekrar yürürlüğe girmesine yol açmayacaktır. İlkeye ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Kemal Gözler, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, Cilt I (Ekin Yayınevi 2011) 312.

norma ilişkin güncel tartışmalar devam etmekle birlikte,³¹ şu şekilde okunabilir; en üstte Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmeler yer almakta, bunları Anayasa, kanun, kanun hükmünde kararname, tüzük, yönetmelik ve genelgeler takip etmektedir. Bu sıralama çerçevesinde, örneğin; bir yönetmelikte yer alan hükmün, kanun ya da kanun hükmünde kararnamede yer alan bir hükme aykırılık teşkil etmemek kaydıyla, aynı konuyu daha ayrıntılı bir şekilde düzenlediği sonucuna varılabilir. Ters durumda yani bir yönetmelikte yer alan hükmün, normlar hiyerarşisinde yönetmelikten önce gelen bir kanun hükmüne aykırılık teşkil etmesi ile bu normlar arasında bir çatışma yaşanması durumunda ise, yönetmeliğin ilgili hükmü yetkili ve görevli mahkemelerde *lex superior* ilkesi uyarınca iptal edilir. Dolayısıyla yönetmeliğe uygun ancak kanuna aykırı bir bireysel işlem, hukuka aykırı bir işlemdir ve dava konusu olması kaydıyla, mahkemece kanuna aykırı olduğu gerekçesiyle iptal edilir.³² Çalışma açısından önem taşıyan diğer bir örnek de işbu ilke uyarınca bir ihtilafa uygulanabilecek milletlerarası sözleşmelerin aynı konuyu düzenleyen hükümlerinin, ilgili kanun hükümlerine göre öncelikli olarak uygulanacakları yönünde verilebilir.

III. Belirli Deniz Ticareti Hukuku Uyuşmazlıklarına Uygulanabilecek Türk Hukuku Normları

Bir deniz ticareti hukuku ihtilafına Türk hukukunun uygulanabilirliğinin ve Türk hukukunda yer alan kanun ile milletlerarası sözleşmeler arasındaki öncelik-sonralık ilişkisinin milletlerarası sözleşmeler lehine tespitinin akabinde, işbu normların ilgili hükümlerinin özellikle “gemi” kavramını temel alan uygulama alanları ile haiz oldukları uyum ve farklılıkları değerlendirmek gerekmektedir. Bu şekilde bir

31 Her ne kadar Gözler, Anayasa'nın 90.maddesinin sadece “temel hak ve özgürlüklere ilişkin” milletlerarası sözleşme hükümlerinin kanunların aynı konulardaki farklı hükümleri ile çatışmaları durumunda çıkacak uyuşmazlıklarda milletlerarası sözleşme hükümlerinin esas alınacağını zikreden son fıkrasının yanlış olduğunu, Hollanda ve Portekiz gibi ülkelerde olduğu gibi tüm milletlerarası sözleşmelerin kanun üstü değerde olması gerektiğini zikretmiş de, Türk normlar hiyerarşisini şu şekilde okumaktadır; en üstte Anayasa yer almakta, bunu temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası sözleşmeler, kanunlar, kanun hükmünde kararnameler, diğer konulara ilişkin milletlerarası sözleşmeler, teamüller, içtihatlar, tüzükler, yönetmelikler ve bireysel işlemler takip etmektedir. Bkz. Kemal Gözler, Hukuka Giriş, (2.Baskı, Ekin Yayınevi 2014) 185-200 [Hukuka Giriş]. Teziç ise Anayasa'nın ilgili maddelerine atıfta bulunmak suretiyle normlar hiyerarşisini (kurallar kademelenmesi); önce Anayasa'nın bağlayıcılığı ve üstünlüğü (m.11), sonra tüzüklerin kanuna aykırı olmaması (m.115), yönetmeliklerin de kanun ve tüzüklere aykırı olmayacağı (m.124) kuralları ile öngörmekte ve temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası sözleşmeleri, Anayasa ile bu konular dışındaki milletlerarası sözleşmeleri, kanunlar ile aynı kademede kabul etmektedir. Bkz. Erdoğan Teziç, Anayasa Hukuku, (12. Bası, Beta Yayınevi 2007) 82; İbrahim Ö. Kaboğlu, Anayasa Hukuku Dersleri, (Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2.Baskı, Legal Yayıncılık 2005) 83-84. Kuluçlu'ya göre; 5170 sayılı Kanun'un 7.maddesi ile getirilen düzenleme ile temel hak ve özgürlükler dışındaki alanları düzenleyen milletlerarası sözleşmeler ile kanunların farklı hükümler içermesi durumunda, hukuk hiyerarşisi açısından yerel kanunların esas alınması gerektiğine dair zımni bir irade ortaya konulmaktadır. Bkz. Erdal Kuluçlu, “Türk Hukuk Sisteminde Normlar Hiyerarşisi ve Sayıştay Denetimine Etkileri” (2008), 71 Sayıştay Dergisi 4. Oder ve Kanadoğlu, kimi ülkelerde milletlerarası sözleşmelerin yasa üstü ve hatta Anayasa üstü normlar olduklarının kabul edilmiş olmasına ve doktrinde de bu görüşün savunulmasına karşın, Anayasa'nın 90.maddesinden bu sonucu çıkarmann olanaklı olmadığını, Anayasa'da çıkarılacak bir yasanın yürürlükte bulunan bir milletlerarası sözleşmeye aykırı olmayacağı yönünde bir kurala yer verilmediğini, böyle bir yasanın uluslararası sorumluluğu gerektirse dahi, iç hukuk bakımından geçerli olacağını kuşkusuz olduğunu belirtmektedir. Bkz. Bertil Emrah Oder ve Osman Korkut Kanadoğlu, Uygulamalı Anayasa Hukuku, (Beta Yayınevi 2008) 302-303. Konuyla ilgili önemli mahkeme kararları için bkz. Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, 22.02.2007, E. 2006 /2824, K. 2006/115; Anayasa Mahkemesi, 27.02.1997, E. 1996/55, K. 1997/33.

32 Gözler, Hukuka Giriş, 342; Bilge Umar, Hukuk Başlangıcı, (Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları 1997) 93-94. Anayasa'ya aykırı kanunun varlığı halinde, bunun denetlenmesi konusu ve Anayasa mahkemesinin varlığı da hukuk devleti kavramı ile yakından ilişkilidir ve normlar hiyerarşisinin de bir güvencesidir.

deniz ticareti hukuku uyuşmazlığına (1) Türk hukukunun uygulanabileceğini tespit eden hâkim, (2) bu uyuşmazlığa “uygulanabilecek” ilgili milletlerarası sözleşmeleri uygulama alanlarına göre denetleyecek ve işbu sözleşmelerin hükümlerinin somut ihtilafa uygulanma kabiliyeti bulamamaları durumunda (3) TTK’nın 5.Kitap hükümleri m.935 ekseninde ihtilafın çözümünde uygulanabileceklerdir. Kaldı ki çalışmanın amacı da işbu üç aşamalı uygulama zincirini tespit etmek ve Türk deniz ticaretini düzenleyen hükümlerin TTK anlamında uygulama alanlarını, Türkiye’nin taraf olduğu ilgili milletlerarası sözleşmeler ile karşılaştırmalı olarak ve “gemi”yi temel almak suretiyle incelemektir. Nitekim bir milletlerarası sözleşmenin veya bir milli kanunun kapsam ve uygulama koşullarının belirlenmesinde suda hareket edebilen hangi araçların gemi sayılacağı büyük önem taşımaktadır.³³

A. İlgili Milletlerarası Sözleşmelerin Uygulama Alanları ve Uygulanabilecek TTK Hükümleri

Çalışmanın bu kısmında belirli deniz ticareti hukuku ihtilaflarına uygulanabilecek ilgili milletlerarası sözleşmeler işaret edilmekte ve bu sözleşmeler hükümleri ile aynı ihtilafa uygulanabilecek TTK hükümleri özellikle uygulama öncelikleri açısından değerlendirilmektedir.

1. Denizyolu ile Eşya Taşımacılığında Taşıyanın Tabi Olduğu Sorumluluk Rejimi

Türkiye, denizyolu ile eşya taşımacılığına ilişkin olarak kabul edilen ve yürürlükte olan üç milletlerarası sözleşme arasından sadece Lahey Kuralları’na taraftır. Aynı zamanda TTK, 1178 ila 1192.maddeleri, denizyolu ile eşya taşımacılığında taşıyanın tabi olduğu işbu sorumluluk rejimini diğer iki milletlerarası sözleşmeyi (Lahey-Visby Kuralları ve Hamburg Kuralları) de dikkate almak suretiyle düzenlemiştir.

Milletlerarası denizyolu ile eşya taşımacılığında taşıyanın tabi olduğu sorumluluk rejiminin esaslarını düzenleyen Lahey ve Lahey-Visby Kuralları uyarınca “gemi”; deniz yoluyla eşya nakli için kullanılan her türlü vasıta manasına gelir (m.1, (d) bendi). Türkiye’nin taraf olduğu Lahey Kuralları’nın ve TTK hazırlanırken birçok hükmü dikkate alınan Lahey-Visby Kuralları’nın; gemi-ticaret gemisi ayırımına yer vermedikleri gibi, yer verdikleri “gemi” tanımının, kuralların mahiyeti itibarıyla, denizyolu ile eşya taşımacılığına özgüledikleri tespit edilmektedir. Her iki sözleşme sadece konişmentolu taşımalara uygulanabilmekte (m.1, (b) bendi; m.10) ve Lahey

33 İsmail Demir, “Uluslararası Petrol Kirliliği Tazmin Fonlarının Gemi Tanımının Yorumuna İlişkin Yürütülen Çalışmalar”, (2017) 66(3) Ankara Üniv. Hukuk Fak. Dergisi 518 [Gemi]. Her ne kadar, Türk mevzuatında gemi kavramının farklı şekillerde tanımlanması eleştirilip tanım farklılığının ortadan kaldırılmasının yerinde olacağı ileri sürülmekteyse de (bkz. Cüneyt Süzel, “Türk Mevzuatında Gemi Tanımı”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, Cilt:II (Oniki Levha Yayıncılık 2010) 1643-1644), Yazıcıoğlu ulusal ya da uluslararası bir düzenlemenin amacı ve uygulama alanı gerektirdiği takdirde, gemi kavramının farklı tanımlanmasında isabetsizlik olmadığını belirtmektedir. Bkz. Emine Yazıcıoğlu, Deniz Ticareti Hukuku (Filiz Kitabevi 2020) 45 [Deniz Ticareti].

Kuralları'nda bu yönde açıkça bir vurgu bulunmamakla birlikte Lahey-Visby Kuralları sadece uluslararası taşımalara uygulanabilmektedir.

Türk hukukunun uygulanacağı bir deniz ticareti hukuku uyuşmazlığının denizyolu ile eşya taşımacılığında taşıyanın sorumluluğu hakkında vuku bulması durumunda ise, bir önceki bölümde işaret edilen genel geçer ilke uyarınca, Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşme olan Lahey Kuralları hükümleri uyarınca karar verilmesi gerekmekte iken işbu kuralların yaklaşık 100 yıl öncesine dair düzene ilişkin hükümler sevk etmesi ve çağın ihtiyaçlarını karşılamıyor olması dolayısıyla Türk mahkemelerinin uygulamada sadece işbu ihtilaflara özgü bir kabul ile hareket ettikleri görülmektedir. Buna göre, Türk mahkemeleri; Lahey Kuralları'nı normlar hiyerarşisinde TTK ile aynı sırada değerlendirmekte ve *lex posterior* ilkesi uyarınca işbu sözleşmeye göre daha yeni tarihli olan TTK'nın aynı ihtilafa uygulanabilecek m.1178 vd. hükümlerine öncelik vermektedir.³⁴

2. Yolcu ve Bagajlarının Denizyolu ile Taşınması

TTK, 1247 ila 1271.maddeleri arasında denizyolu ile yolcu ve bagajlarının taşınması hususunu, Atina Sözleşmesi hükümlerini de dikkate almak suretiyle düzenlemiştir.³⁵

Yolcuların ve bagajlarının denizyolu ile taşınmasına dair belirli kurallar koyan Atina Sözleşmesi “gemi” kavramını, hava yastıklı araçlar hariç olmak üzere, sadece denizde hareket edebilen araçları ifade etmek amacıyla kullanmıştır (m.1, f.3). İşbu sözleşmenin kabul ettiği tanımdaki gemilere uygulanabilmesi için ise geminin sözleşmeye taraf devlet bayrağını taşıması veya sözleşmeye taraf devletlerden birinde tescil edilmiş olması, ya da taşıma sözleşmesinin Atina Sözleşmesine taraf devletlerden birinde akdedilmiş olması veya taşıma sözleşmesine göre hareket veya varma yerinin sözleşmeye taraf bir devlette bulunmasıdır (m.2, f.1).

Atina Sözleşmesi, devletler veya kamu otoriteleri tarafından yapılan ticari yolcu taşımalarına da uygulanır (m.21). TTK da açıkça (m.1247, f.2) hükümlerinin

34 Deniz ticaret hukukunda milletlerarası sözleşmeler ile kanunlar arasındaki hiyerarşik sıralamaya ilişkin tartışmalar için bkz. Kerim Atamer, Deniz Ticareti Hukuku Cilt I, (Oniki Levha Yayınları 2017) 268-278 [Deniz Ticareti]; Hakan Karan, “Yargıtay’ın Konişmentolu Taşımalar Hakkındaki 1924 Tarihli Lahey Kaideleri’ni Uygulaması Gereği”, (Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, XVII, 9-10 Haziran 2000) 223-243; Emine Yazıcıoğlu, “Lahey Kuralları ile Türk Ticaret Kanunu Arasında Uygulanacak Kurallar Sorunu” (1999) 4 (3-4) DHD 39-60. Karan, “milletlerarası sözleşmelerin önceliği” ilkesi çerçevesinde ve 1982 Anayasası (m.90, f.5) uyarınca usulüne uygun olarak yürürlüğe giren milletlerarası sözleşmelerin Anayasa’ya aykırılığının ileri sürülemeyecek olmasına dayanmak suretiyle 25.08.1924 tarihli Konişmentoya Mütcellik Bazı Kaidelerin Tevhidi Hakkında Milletlerarası Sözleşme’nin (Lahey Kuralları) uygulanmasına TTK’nın ilgili hükümlerine göre öncelik verilmesi gerektiğini ifade ederken, Yazıcıoğlu, Lahey Kuralları’na kanun kuvveti verilmediğini, buna karşılık Lahey Kuralları’nın tasdik edildiği dönemde hazırlık çalışmaları sürdürülmekte olan 6762 sayılı mülga TTK’ya bilinçli olarak Alman Ticaret Kanunu’nun Lahey Kuralları’nı esas alan hükümlerinin alındığını belirterek önceliğin TTK’ya verilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Denizyolu ile eşya taşımacılığında taşıyanın tabi olduğu sorumluluk rejiminin Lahey Kuralları yerine TTK 5.Kıtap hükümlerine göre tesis edildiği mahkeme kararları için bkz. Yargıtay 11.H.D., E.2016/5515, K.2017/7193, T.13.12.2017; Yargıtay 11.H.D., E.2016/3125, K.2017/4094, T.12.07.2017; Yargıtay 11.H.D., E.2016/5531, K.2017/7576, T.25.12.2017; Yargıtay 11.H.D., E.2016/3421, K.2017/5343, T.16.10.2017; Yargıtay 11.H.D., E.2016/4780, K.2017/6642, T.28.11.2017.

35 Genel Gerekeç, 374.

devletler veya kamu otoriteleri tarafından yapılan ticari yolcu taşımalarına da açıkça uygulanabilir olduğunu zikretmiştir. TTK, içerisinde bu yönde açık bir hükme yer verilmemiş olsaydı dahi, TTK m.931, f.2 uyarınca “ticaret gemisi” tanımlanırken “kimin tarafından ve kimin adına veya hesabına kullanılırsa kullanılsın” ibaresi kullandığından, devletler veya kamu otoriteleri tarafından yapılan ticari yolcu taşımalarında kullanılan gemilerin TTK anlamında zaten “ticaret gemisi” niteliğinde oldukları ve işbu gemilerin, tüm TTK 5.Kitap hükümlerine bu nedenle tabi olduklarını bu noktada belirtmek gerekmektedir.

Türk hukukunun uygulanacağı bir deniz ticareti hukuku uyuşmazlığının yolcuların ve bagajlarının denizyolu ile taşınmasına dair vuku bulması durumunda ise, Türkiye’nin Atina Sözleşmesi’ne taraf olma sürecini de tamamlanmasıyla, sözleşmenin hükümleri, ilgili TTK hükümlerine öncelikli olarak uygulanacaklardır. Ancak bu durumda dahi, Atina Sözleşmesi’nin “taşıma sözleşmesi”ni tanımlayan ilgili maddesi uyarınca (m.2, f.1), sözleşmenin uygulama alanının “denizyolu” ile yapılan taşımalarla sınırlı olduğunu ve iç sular üzerinde yapılan yolcu taşımaları bakımından Atina Sözleşmesi hükümlerinin uygulanamayacağını belirtmek gerekmektedir.³⁶ Kaldı ki zaten Atina Sözleşmesi, ancak sözleşme dahilinde tanımlanan (m.1, f.9) milletlerarası taşımalara uygulanabilmektedir. Bu gibi iç su ya da kabotaj taşımalarında, yukarıda işaret edilen ilgili TTK hükümleri uygulama alanı bulacaklardır.

3. Deniz Alacaklarına Karşı Sorumluluğun Sınırlanması

Deniz alacaklarına karşı sorumluluğun sınırlanması TTK’nın 1328 ila 1349. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Bu anlamda TTK ilk defa Türk hukukunda sevk ettiği açık hükümlerde doğrudan Londra Sözleşmesi’nin uygulanabilirliğine atıfta bulunmuştur. Gerçekten ilgili madde uyarınca zikredilen ilk kural deniz alacaklarına karşı sorumluluğun, Londra Sözleşmesi’ne ve 1996 Tadil Protokolü’ne veya onun yerine geçmek üzere hazırlanarak Türkiye Cumhuriyeti tarafından kabul edilen milletlerarası sözleşmelere göre sınırlanabilmesidir (m.1328, f.1). İlgili madde uyarınca zikredilen ikinci kural ise; işbu milletlerarası sözleşmelerin revizyon ve tadiline ya da sınırlarının değiştirilmesine ilişkin hükümlerinde yapılacak değişikliklerin, Türk hukukunda uygulama alanı bulmasıdır (m.1328, f.2). Buna göre, işbu sözleşmede yapılan değişiklik, Türkiye tarafından kabul edilip yürürlüğe girdiğinde, bu sözleşmeye atıfta bulunan kanunda bir değişiklik yapılmasına gerek olmadan, sözleşmenin yeni metnine atıf yapılmış sayılacaktır.³⁷

TTK uyarınca, MÖHUK’un 1.maddesinin birinci fıkrası anlamında yabancılık unsuru bulunmasa dahi, deniz alacaklarına karşı sorumluluğun; Londra Sözleşmesi ile bu

36 Melda Taşkın, Denizyolu ile Yolcu Taşıma Sözleşmesinde Taşıyanın Gemi Kazasından Sorumluluğu, (Oniki Levha Yayıncılık 2016) 32-33.

37 Genel Gereğe, 366.

sözleşmeyi değiştiren 1996 Tadil Protokolü veya onun yerine geçmek üzere hazırlanarak Türkiye Cumhuriyeti tarafından kabul edilen milletlerarası sözleşmelere göre sınırlanmasını düzenleyen 1328.madde hükmü uygulanabilecektir (m.1329). Bu şekilde, Türkiye; Londra Sözleşmesi uyarınca taraf devletlere tanınan, tamamen milli nitelik taşıyan uyuşmazlıkları sözleşme kapsamından çıkartma yetkisini kullanmamış ve Londra Sözleşmesi'ni, tamamen milli nitelik taşıyan uyuşmazlıklarda dahi, uygulama yolunu benimsemiştir.³⁸ Sonuç olarak; Londra Sözleşmesi'nin 1.maddesinde sayılan kişilerden³⁹ olan bir Türk vatandaşı, Türkiye'de meydana gelen bir deniz kazasından doğan, tümü Türk vatandaşlarına ait taleplere karşı, bir Türk mahkemesi nezdinde sorumluluğunu sınırlamak istediğinde dahi Londra Sözleşmesi uygulama alanı bulabilecektir.⁴⁰ Kaldı ki işbu sözleşme donatanın sadece TTK'nın 1061 vd. hükümleri uyarınca tesis edilecek sorumluluğunu sınırlamak noktasında değil, donatan için uygulanabilecek diğer bir haksız fiil sorumluluğu olan ve gemi adamının kusuru bulunmasa dahi maddede yer alan diğer şartların karşılanması durumunda tesis edilebilecek olan TBK m.66 adam çalıştırmanın sorumluluğu hükümlerinde de uygulama alanı bulabilecektir.

Londra Sözleşmesi gemi kavramını tanımlamamış ancak uygulama alanını gemiyi temel alarak oldukça ayrıntılı bir düzenleme ile belirlemiştir. Gerçekten sözleşmenin uygulama alanının belirlenmesi açısından; talepte bulunan kişinin taraf devlet vatandaşı olup olmamasının, taraf devletlerden birinde mutlak yerleşim yeri veya iş merkezinin bulunup bulunmamasının yahut sorumluluğun sınırlanmasını takiben serbest bırakılması talep edilen geminin taraf devlet bayrağını taşıyıp taşıyımamasının hiçbir belirleyici rolü bulunmamaktadır. Ancak sözleşmede, taraf devletlere bu hususların tamamını ya da bir kısmını ulusal hukuklarında öngörme hakkı tanınmaktadır (m.15, f.1, 2.cümle). Buna göre sözleşme; sorumluluğunu sınırlama hakkına sahip olan kişilerden birinin, taraf devletlerden birinin mahkemesi önünde sorumluluğunu sınırlamak, haczedilmiş veya üzerinde tedbir uygulanmış gemiyi veya diğer malvarlığı unsurunu veya teminatı serbest bıraktırmak istemesi üzerine uygulama alanı bulacaktır.⁴¹

TTK da sorumluluğun sınırlanmasına ilişkin hükümlerin uygulama alanının genişletilmesini, genel nitelikli 935.maddesine dayanmak suretiyle değil, Londra Sözleşmesi'nin tahsis ettiği yetkiye dayanarak 1330.maddesini sevk ederek

38 Değirmenci, 60.

39 Londra Sözleşmesi, işbu sözleşme uyarınca sorumluluğunu sınırlayabilecek "gemi maliki"nin (*shipowner*); deniz gemisinin malikinden başka donatan, charterer, yönetici ve işleticisini de ifade ettiğini zikretmektedir (m.1, p.2). Charterer lafzını daha geniş olarak yorumlayıp, zaman charteri veya yolculuk charteri sözleşmelerinde, alt taşıma sözleşmesi yaparak yük taşıyan chartererin de sorumluluğunu sınırlama hakkının bulunduğunu kabul etmek gerekmektedir. Bkz. Fehmi Ülgener, Çarter Sözleşmeleri I, (Der Yayınları 2000) 43; Hüseyin Ataol, "Deniz Alacaklarına Karşı Sorumluluğun Sınırlanmasına İlişkin 1976 Londra Konvansiyonu'nda Öngörülen Sınırlı Sorumluluğun Kapsamı", Prof. Dr. Tahir Çağa'nın Anısına Armağan, (Beta Yayınevi 2000) 65.

40 Genel Gereke, 367.

41 Samim Ünan, "Üç Güncel Deniz Hukuku Sorunu: 1976 Sorumluluğu Sınırlama Sözleşmesinin Uygulanma Alanı ve Sorumluluğu Sınırlama Fonunun Nasıl Kurulacağı, Tazminatın Hangi Para Üzerinden Karara Bağlanacağı, Donatının Karar Verdiği Kurtarma Yardımının Müşterek Avarya Olup Olmadığı", Prof. Tahir Çağa'nın Anısına Armağan, (Beta Yayınevi 2000) 641.

gerçekleştirmiştir. Gerçekten, Londra Sözleşmesi m.1 uyarınca zikrolunan ve mutad yerleşim yeri veya iş merkezi taraf devletlerden birinde bulunmayan yahut ileri sürdüğü sorumluluğunu sınırlama hakkı ile ilgili veya serbest bırakılmasını sağlamak istediği gemisi bu tarihte taraf bir devletin bayrağını taşımayan bütün kişiler, bir Türk mahkemesinde sorumluluklarını sınırlamak istediklerinde Londra Sözleşmesi ile 1996 Tadil Protokolü uygulanacaktır (m.1330, f.1, (a) bendi). Bu madde ile Londra Sözleşmesi m.15, f.1, c.2 uyarınca taraf devletlere tanınan ulusal hukuklarında düzenleme yapma hakkının, müdahil iki devletin biri tarafından kullanılıp diğeri tarafından kullanılmaması durumunda ikiliğe yol açılacağı gerekçesiyle kullanılmadığı açıkça zikredilmiştir.⁴² Ancak alacaklıların, maddenin (a) bendinde zikredilen bu kişilerin ülkelerinde sorumluluklarının sınırlanmasının caiz olmadığını ispat etmeleri durumunda, sorumluluklar Türkiye’de de sınırlanamayacak, buna karşılık ilgili ülkede daha yüksek sınırlar tayin edilmişse, Londra Sözleşmesi o yüksek sınırlar esas alınarak uygulanacaktır (m.1330, f.2). Bu hükümle, Londra Sözleşmesi’ne taraf olmayan ülkenin vatandaşları ve bu ülkenin bayrağını çeken gemiler bakımından müttekabilyet benzeri bir düzenleme getirilmiştir.⁴³

Londra Sözleşmesi, uygulama alanı kapsamında, taraf devletlerin; ulusal hukuklarına koyacakları sarih bir hükümle, sorumluluğu sınırlama rejimini, kendi mevzuatları gereğince iç sularda seyre tahsis edilmiş olan gemilere ve 300 tonilatodan küçük gemilere uygulamayı kabul edebileceklerini de zikretmektedir (m.15, f.2). Sözleşmenin uygulanması için sınırlama hakkından yararlanacak kişilerin yabancı olmalarına gerek olmadığı gibi, taraf devletlerden birinin vatandaşı olmalarına da gerek yoktur. Ancak, yine sözleşmenin uygulama alanı kapsamında, taraf devletlere; ulusal hukuklarına koyacakları sarih bir hükümle, diğer taraf devletlerin vatandaşlarına, bu kişilerin çıkarlarına hanel getirmemek kaydıyla, sözleşmede benimsenen sorumluluğu sınırlama rejimini uygulama imkânı tanınmıştır (m.15, f.3). Londra Sözleşmesi’nin uygulama alanı bahsinde ayrıca, taraf devlet mahkemelerinin, sözleşmeyi, sondaj ameliyeleri için inşa veya buna elverişli hale getirmiş olup da bu işlerde kullanılan gemilere; a) mezkur devletin ulusal hukukunda, sözleşmenin 6.maddesinde öngörülenden daha yüksek bir sorumluluk sınırının kabul edilmiş olması veya b) mezkur devletin bu gemilere uygulanacak sorumluluk rejimini tespit eden milletlerarası bir sözleşmeye taraf olması halinde uygulamayacaklarını belirtmek gerekmektedir (m.15, f.4).

Türk hukukunda iç sularda seyre tahsis edilmiş olan gemiler hakkında da deniz alacaklarına karşı sorumlulukları sınırlama rejimi Londra Sözleşmesi ile 1996 Tadil Protokolü kapsamında uygulanacaktır (m.1330, f.1, (b) bendi). Dolayısıyla Türkiye’nin, diğer çoğu ülkede olduğu gibi, iç sularda seyre tahsis edilmiş olan gemileri de sözleşmenin uygulama sahasına dâhil ettiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Türkiye,

42 Genel Gerekçe, 367.

43 Genel Gerekçe, 369.

Londra Sözleşmesi'nin 15.maddesi kapsamında kendisine tanınan ulusal hukukunda düzenleme yapma yetkisini; 300 tonilatodan küçük gemiler için (m.1330, f.1, (c) bendi; m.1332) ve sondaj ameliyeleri için inşa veya buna elverişli hale getirmiş olup da bu işlerde kullanılan gemiler (m.1330, f.1, (d) bendi; m.1333) için ise kullanmıştır.

Son olarak Londra Sözleşmesi'nin, "deniz gemisi" lafzına yer verdiği m.1, f.2 ve atıfta bulunduğu gemilerin ölçülmesine dair kuralların uygulanmasında güçlüklerle yol açılmaması amacıyla, kendine özgü nitelikleri bulunan hava yastıklı vasıtalar ile denizin dip yüzeyinde veya bunun altında bulunan tabii kaynakların araştırma ve işletilmesine tahsis edilmiş olan araçlara (*hovercraft*) ve gemi niteliğine sahip olmadıkları ileri sürülen yüzen platformlara uygulanmayacağını zikrettiğini belirtmek gerekmektedir (m.15, p.5). Her ne kadar TTK m.931 anlamında bu araçlar "gemi" olarak kabul edilseler ve "ekonomik menfaat sağlama amacına tahsis edilmeleri ya da fiilen böyle bir amaç için kullanılmalari" kaydıyla tüm TTK 5.Kitap hükümlerinin uygulama alanına dahil olsalar da TTK, deniz alacaklarına karşı sorumluluğun sınırlanmasına dair ihtilaflarda doğrudan Londra Sözleşmesi'nin uygulanacağını zikrettiğinden, tamamlayıcı nitelikli TTK hükümlerinin de işbu araçlara uygulanma kabiliyeti bulunmadığını belirtmek gerekmektedir.

Sonuç olarak TTK'nın Londra Sözleşmesi uygulamasına atıfta bulunması dolayısıyla, deniz alacaklarına karşı sorumluluğun sınırlandırılmasına dair bir deniz ticareti uyuşmazlığının söz konusu olması halinde, Londra Sözleşmesi hükümleri, TTK uyarınca tamamlandığı haliyle uygulanacaktır.

4. Denizde Çatma

Denizcilik sektöründeki uydu sistemleri, elektronik cihazlar, navigasyon malzemeleri ve teçhizatların teknolojik gelişim ile denizlerde seyreden gemilerin sayısının ve ortalama büyüklüklerinin artması, deniz trafik yoğunluğuna ve bunun sonucu olarak da deniz kazalarına sebebiyet vermektedir.⁴⁴

Teknik olarak deniz kazası terimi, gemi ile ilgili bir olay olup sonuçları bakımından maddi ve bedensel zararlar doğuran durumlardır.⁴⁵ İşte deniz gemileri arasında veya deniz gemileri ile iç seyrüsefer gemileri arasında gerçekleşen çatmalarda, gemilere, gemide bulunan eşyaya veya şahıslara karşı ika olunan zararlardan dolayı ortaya çıkan tazminat, çatmanın gerçekleştiği sular dikkate alınmaksın Çatma Sözleşmesi hükümlerine göre tayin edilir (m.1). Dolayısıyla çatmanın meydana geldiği yerin açık deniz, karasular ya da iç sularda olmasının uygulanacak hükümler bakımından bir farklılığı bulunmamaktadır.⁴⁶

44 Didem Algantürk Light, Denizde Çatma Hukuku, (Oniki Levha Yayınları 2011) 1.

45 Gündüz Aybay, Türkiye'de Deniz Kazaları, (Türkiye Deniz Kazaları Sempozyumu 13-15 Ekim 1982, İstanbul, Ankara 1983) 1; Necmettin Akten, "Denizde Çatma Kazaları ve Çatma Bilirkişiliği", (2008) 82(3) İstanbul Barosu Dergisi, 1289.

46 Algantürk Light, 18.

Çatma Sözleşmesi'nin uygulanabilmesi için, çatmaya karışan bütün gemilerin, sözleşmeye taraf olan bir ülkenin bayrağını taşıması gerekir (m.12, f.1). Dolayısıyla, bu şartın tahakkuk etmediği çatmalarda eğer yabancılik unsuru varsa, yukarıda işaret edildiği üzere, MÖHUK m.34 hükümleri uyarınca; çatmanın meydana geldiği, ancak bu yer ile zararın meydana geldiği yerin farklı ülkelerde olması hâlinde, zararın meydana geldiği ülke hukuku uygulama alanı bulacaktır. İçinde yabancılik unsuru bulunmayan çatmalar ise Çatma Sözleşmesi m.12, f.2 uyarınca mahkemenin milli hukukuna tabidir.

Türkiye, Çatma Sözleşmesi'ne taraf olmasının yanı sıra, işbu sözleşme hükümlerini dikkate almak suretiyle,⁴⁷ TTK'nın 1286 ila 1297.maddeleri uyarınca çatmaya ilişkin hükümler sevk etmektedir. MÖHUK hükümleri dairesinde Türk hukukunun uygulanacağı bir deniz ticareti hukuku uyuşmazlığının çatmaya dair vuku bulması durumunda, Türkiye'nin konuyla ilgili taraf olduğu milletlerarası sözleşme olan Çatma Sözleşmesi hükümleri, ilgili TTK hükümlerine öncelikli olarak uygulanacaktır. Ancak Çatma Sözleşmesi'nin iç su gemilerine uygulanabilmesine rağmen, harp gemilerine ve münhasıran umumi bir hizmete tahsis edilmiş devlet gemilerine uygulanmayacağı açıkça zikrolunmuştur (m. 11). Sonuç olarak ve aşağıda incelenecek TTK m.935 hükmü (f.2, (a) bendi ve (b) bendi) dairesinde, umumi bir hizmete tahsis edilmiş olan bir ya da birden fazla devlet gemisinin müdahil olduğu bir çatma vakasına, Çatma Sözleşmesi'nin değil ama bu sözleşme esas alınmak suretiyle sevk edilen TTK hükümlerinin uygulanabileceği tespit edilmektedir.

5. Denizde Kurtarma

Uluslararası kurtarma faaliyetleri ile ilgili uluslararası yeknesak kuralların belirlenmesi amacıyla kabul edilen Kurtarma Sözleşmesi “gemi” yerine “araç” kavramının kullanılmasını tercih etmiş ve kavramı; her türlü gemi veya taşıt veya seyirüsefere elverişli yapı olarak tanımlamıştır (m.1, (b) bendi). Hem ilgili maddenin lafzı (özellikle araç (*craft*) kelimesinden sonra virgül kullanılması), hem de “herhangi bir gemi” ya da “tekne” ifadesinin zaten anlam itibarıyla “seyir kabiliyetini içermesi” dolayısıyla işbu madde metninde yer alan “seyirüsefere elverişli yapı” ifadesi, “herhangi bir gemi” veya “tekne” için aranmamakta, dolayısıyla ciddi şekilde zarara uğraması nedeniyle seyir kabiliyetini kaybetmiş, batmış veya terk edilmiş bir gemi ya da tekne kurtarmanın konusu olabilmektedir.⁴⁸ İlgili metinde “yapı” kelimesinin kullanılmasıyla da kurtarmanın konusuna yüzen kreynler, yüzen kuru havuzlar, doklar ve yarı batabilir ağır kaldırma barçları da dahil edilebilmiştir.⁴⁹ Tüm bu açıklamalar ışığında ve TTK m.931 kapsamında genişletilen “gemi” kavramı karşısında TTK ile

47 Genel Gerekeç, 380.

48 İsmail Demir, 1989 Londra Konvansiyonu Çerçevesinde Kurtarma, (Turhan Kitabevi 2010) 81 [Kurtarma].

49 Demir, Kurtarma, 84.

Kurtarma Sözleşmesi arasında “gemi” kavramı açısından uyumun tesis edilmiş olduğu tespit edilebilmektedir.

“Kurtarma faaliyeti” ise Kurtarma Sözleşmesi uyarınca seyrüsefere elverişli sularda veya her türlü diğer sularda tehlikede bulunan böyle bir aracı ya da diğer bir eşyayı kurtarmak amacıyla yapılan herhangi bir eylem veya hareket olarak tanımlamıştır (m.1, (a) bendi).

Kurtarma Sözleşmesi; sabit ya da yüzer platformlar veya denizdeki hareketli sondaj ünitelerine söz konusu platformlar veya ünitelerin, deniz yatağı mineral kaynaklarının araştırıldığı çıkartıldığı ya da üretiminin yapıldığı bölgelerde bulunduğu durumlarda uygulanamayacaktır (m.3). Her ne kadar yukarıda işaret edildiği üzere, TTK m.931 anlamında bu araçlar “gemi” olarak kabul edilseler ve “ekonomik menfaat sağlama amacına tahsis edilmeleri ya da fiilen böyle bir amaç için kullanılmaları” kaydıyla tüm TTK 5.Kitap hükümlerinin uygulama alanına dahil olsalar da TTK m.1298, f.3 uyarınca bu yerler açıkça “eşya” terimi kapsamına alınmadıklarından, TTK’nın denizde kurtarmaya dair hükümlerinin de işbu araçlara uygulanma kabiliyeti bulunmadığını belirtmek gerekmektedir.

Kurtarma sözleşmesi ayrıca savaş gemilerine veya bir devletin maliki olduğu veya işlettiği kurtarma faaliyetleri esnasında, söz konusu devlet aksi yönde karar vermedikçe, uluslararası hukukun genel prensipleri uyarınca egemen bağımsızlığına sahip olan diğer ticari olmayan araçlara da uygulanamaz (m.4, f.1).⁵⁰ Ancak bir taraf devlet “kendisi”⁵¹ savaş gemileri veya diğer araçlara Kurtarma Sözleşmesi’ni uygulamaya karar verdiği takdirde söz konusu uygulamanın koşullarını belirterek Genel Sekreter’e bildirimde bulunur (m.4, f.2).

Türkiye, Kurtarma Sözleşmesi’ne taraf olmasının yanı sıra, işbu sözleşme hükümlerini dikkate almak suretiyle,⁵² TTK’nın 1298 ila 1319.maddeleri uyarınca kurtarmaya ilişkin hükümler sevk etmektedir. Kurtarma Sözleşmesi’nde “gemi” yerine “araç” kavramını kullanımının tercih edilmiş olduğu belirtilmişti. Aynı şekilde TTK da kurtarmaya ilişkin hükümlerin sevk edildiği bölümde m.931 anlamındaki “gemi”den farklı olarak “su aracı” terimine ve tanımına yer vermiş ve kavramı, benzer bir şekilde; her türlü gemi veya seyrüsefere elverişli yapı olarak tanımlamıştır (m.1298, f.2). TTK’nın kurtarmaya ilişkin hükümleri de Kurtarma Sözleşmesi’nde olduğu gibi; sabit ya da yüzer platformlar veya denizdeki hareketli sondaj ünitelerine söz konusu

50 İşbu hükmün isabetli şekilde kaleme alınmadığına yönelik tartışmalar ve doktrinsel görüşler için bkz. Demir, Kurtarma, 82-83 (dn.257 ila dn.260).

51 Her ne kadar Kurtarma Sözleşmesi’nin orjinal metninde m.4, p.2 uyarınca “*Where a State Party decides to apply the Convention to its warships or other vessels described in paragraph 1...*” denilmekle bir taraf devletin 1.paragrafta tanımlanan “kendisi” savaş gemilerine sözleşmeyi uygulamaya karar verebilmesi imkanından bahsedilmişse de sözleşmenin Resmi Gazete’de yayımlanan Türkçe tercümesinde “bir taraf devlet 1.paragrafta tanımlanan savaş gemileri veya diğer araçlara bu sözleşmeyi uygulamaya karar verdiği takdirde ...” denilmek suretiyle “kendisi” ifadesine yer verilmemiştir.

52 Genel Gerekeç, 386.

platformlar veya ünitelerin, deniz yatağı mineral kaynaklarının araştırıldığı çıkartıldığı ya da üretiminin yapıldığı bölgelerde bulunduğu durumlarda uygulanmayacaktır (m.1298, f.3). Ancak TTK, Kurtarma Sözleşmesi’nin aksine, ilgili hükümlerin savaş gemilerine veya bir devletin maliki olduğu diğer ticari olmayan araçlara uygulanmayacağını zikretmemiştir. Aksine TTK, aşağıda işaret edileceği üzere, kurtarmaya dair hükümlerin de ticaret gemilerine uygulandığı kadar yatlar, denizci yetiştirme gemileri gibi sadece gezinti, spor, eğitim, öğretim ve bilim amaçlarına tahsis edilmiş gemilere ve ayrıca münhasıran bir kamu hizmetine tahsis edilen Devlet gemileriyle donanmaya bağlı harp gemileri ve yardımcı gemilere de uygulanabilmesine dolaylı olarak imkân tanımıştır (m.935, f.2, (a) bendi ve (b) bendi).

Yukarıda işaret edilen farklılığın, Çatma Sözleşmesi’nde ortaya çıkan çelişki ile aynı mahiyette olmadığını belirtmek gerekmektedir. Nitekim Kurtarma Sözleşmesi, açıkça, bir taraf devletin, savaş gemileri veya diğer araçlara Kurtarma Sözleşmesi’ni uygulamaya karar vermesine imkân tanımış (m.4, f.2) ve Türkiye de bu imkânı kullanmak suretiyle kurtarmaya dair sözleşme hükümlerinin kamu hizmetine tahsis edilen Devlet gemileriyle donanmaya bağlı harp gemileri ve yardımcı gemilere de uygulanabilmesine imkân tanımıştır.⁵³

Sonuç olarak, MÖHUK hükümleri dairesinde Türk hukukunun uygulanacağı bir deniz ticareti hukuku uyuşmazlığının kurtarmaya dair vuku bulması durumunda, Türkiye’nin konuyla ilgili taraf olduğu milletlerarası sözleşme olan Kurtarma Sözleşmesi hükümleri, kurtarma faaliyetinin savaş gemilerine veya bir devletin maliki olduğu diğer ticari olmayan araçlarla ilgili olsa dahi, ilgili TTK hükümlerine öncelikli olarak uygulanacaktır. Türkiye, sadece 1) kurtarma faaliyetinin iç sularda gerçekleştiği ve ilgili tüm araçların iç su aracı olduğu durumlarda, 2) kurtarma faaliyetinin iç sularda gerçekleştiği ve hiçbir aracın dahil olmadığı durumlarda, 3) ilgili tüm tarafların Türkiye uyuşunda bulunduğu durumlarda, ve 4) ilgili eşyanın tarih öncesi, arkeolojik ya da tarihi öneme sahip deniz kültürü varlığı olduğu ve deniz yatağında yer aldığı durumlarda (m.30) Kurtarma Sözleşmesi hükümlerini uygulamama hakkını saklı tuttuğundan, bu gibi durumlar dolayısıyla çıkan ihtilaflarda TTK hükümlerini uygulayabilecektir.

6. Gemi Alacaklısı Haklarına ve Gemi İpotekleri

Rehin Sözleşmesi “gemi” kavramını tanımlamamış olmakla birlikte, sözleşmenin taraf devletlerden birinde sicilde kayıtlı olan veya sözleşmenin tarafı olmayan bir devletin siciline kayıtlı olmakla birlikte bir taraf devletin yargı yetkisine tabi bulunan tüm açık deniz gemilerine uygulanacağı zikredilmiştir (m.13, f.1). Ancak Rehin Sözleşmesi’nde yer alan hiçbir hüküm, mülkiyeti devlete ait olan veya devlet tarafından

⁵³ Genel Gerekçe, 387.

işletilen ve yalnızca ticari olmayan amaçlarla kullanılan gemiler üzerinde veya bu gemilere karşı ileri sürülebilecek bir hak meydana getirmez (m.13, f.2).

Rehin Sözleşmesi'nin uygulama alanı maddesindeki koşulların yerine gelmesi için öncelikle uyuşmazlığa konu olan aracın bir “deniz gemisi” olması gerekmektedir de sözleşme, gemi veya deniz gemisinin hangi anlama geldiğine dair bir tanım maddesine yer vermemiştir.⁵⁴ Ancak “deniz gemisi” teriminin kullanımından, sözleşmenin iç su gemilerine uygulanamayacağı açıktır. Ayrıca, ilgili m.13 uyarınca herhangi bir ayırıma da yer verilmediğinden, Rehin Sözleşmesi'nin yabancılık unsuru bulunmayan uyuşmazlıklarda dahi uygulanabileceği sonucuna varabilmek mümkündür. Nitekim Rehin Sözleşmesi hükümlerinin, taraf devlet mahkemesi yargılamasına tabi, taraf olmayan devlet bayrağını taşıyan gemilere uygulanacağı ve fakat taraf bir devletin kendi sicilinde kayıtlı gemilere uygulanmayacağı şeklindeki yorum amaca aykırı olacaktır.⁵⁵

Türkiye, Rehin Sözleşmesi hükümlerini dikkate almak suretiyle,⁵⁶ TTK'nın 1320 ila 1327.maddeleri uyarınca gemi alacaklarına ilişkin hükümler sevk etmektedir. Her ne kadar yukarıda MÖHUK hükümlerinin yabancılık unsuru ihtiva eden uyuşmazlıklarda uygulanacak hukukun denetlenmesinde kullanılabileceği belirtilmişse de TTK m.1320, f.3 uyarınca Türkiye'de yargı yoluyla ileri sürülen bir alacağın gemi alacaklısı verip vermediğinin Türk hukuku uyarınca belirleneceği (*lex fori*) açıkça zikredildiğinden, Türk hukukunun ilgili normlarının ancak Türk mahkemeleri önünde ileri sürülen gemi alacaklısı hakkının varlığı durumunda uygulanacağını kabul etmek gerekmektedir.

Türk hukukunun uygulanacağı TTK m.1320, f.3 uyarınca tespit olunan gemi alacaklarına dair bir ihtilafın vuku bulması ve Türkiye'nin Rehin Sözleşmesi'ne taraf sıfatını haiz olması durumunda, Rehin Sözleşmesi hükümleri, ilgili TTK hükümlerine öncelikli olarak uygulanacaklardır. Kaldı ki Rehin Sözleşmesi'nde düzenlenen konular, işbu sözleşmede öngörüldüğü gibi, TTK hükümlerinin uygulama alanının belirlendiği m.935, f.2 uyarınca da münhasıran bir kamu hizmetine tesis edilen devlet gemileriyle donanmaya bağlı harp gemilerine ve yardımcı gemilere uygulanacak olan hükümler arasında da yer almadığından, milli mevzuat ile Rehin Sözleşmesi hükümlerinin birbiri ile uyumlu olduğunu belirtmek gerekmektedir.⁵⁷

54 Cüneyt Süzel, Gemi Alacaklısı Hakkı ve Gemi İpoteği Hakkında 1993 Cenevre Sözleşmesi ve Yeni Türk Ticaret Kanunu, (On iki Levha Yayınları 2012) 23-24.

55 Jose Maria Alcantra, A Short Primer on the International Convention on Maritime Liens and Mortgages, (1996) 27(2) JMLC 230; Süzel, 25.

56 Genel Gerekeççe, 392; İnci Kaner, “Gemi Alacaklısı Hakkı ve Gemi Alacağı”, (2012) 18(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 488; Barış Günay, Türk ve Anglo-Amerikan Hukukunda Gemi Alacaklısı Hakkı, (Yetkin Yayınları 2009) 27.

57 Süzel, 26-27.

7. Petrol Kirliliğinden Doğan Zararın Hukuki Sorumluluğuna ve Tazmin için Bir Uluslararası Fonun Kurulması

Sorumluluk Sözleşmesi (m.1, f.1) ve FON Sözleşmesi (m.1, f.6) uyarınca “gemi”; dökme halde petrol türevlerini (hidrokarbür) taşımak üzere yapılmış ya da bu amaçla tadil edilmiş deniz gemisi ile her türlü deniz araçlarını anlatır; ancak başka yüklerle petrol türevleri (hidrokarbür) taşıyabilecek nitelikteki gemiler de petrol türevi taşıdıkları zamanda ve böyle bir gemi dökme petrol türevinden arındırıldığı kanıtlanmış olmadıkça petrol türevi seferini izleyen seferleri sırasında Sorumluluk Sözleşmesi’ne göre gemi kabul edilecektir. Bir başka deyişle, deniz gemilerinin dışında dökme hâlde petrol türevlerini taşımak üzere yapılmış ya da bu amaçla tadil edilmiş her türlü deniz araçları da gemi (tanker) olarak kabul edilmektedir.⁵⁸

Sorumluluk Sözleşmesi ve FON Sözleşmesi’nin temel amacı uluslararası düzeyde petrol kirlenmesinden mağdur olanların zararlarının mümkün olduğunca mahkemelere gidilmeksizin ve bütün alacaklı olanlara adil davranılarak hızlı bir şekilde tazmin edilmelerini temin etmektir. Bu bağlamda kirlilik mağdurları için Sorumluluk Sözleşmesi birinci kademe güvenceyi ve FON Sözleşmesi ikinci kademe güvenceyi teşkil etmektedir.⁵⁹ Sözleşmeler, münhasıran, akit taraflardan birisinin kara suları dahil, ülkesinde ve uluslararası hukuka göre belirlenen akit tarafın münhasır ekonomik bölgesinde, veya, akit taraf böyle bir bölge belirlememişse, bu devlet tarafından uluslararası hukuka göre belirlenmiş ve kara sularının ölçüldüğü hattan itibaren 200 deniz mili uzanan kara sularının ötesinde ve bitişiğindeki bölgede neden olunan kirlenme zararına; gelen kirlenme zararları ile bu zararları önlemek veya sınırlı tutmak için alınan korunma tedbirleri hakkında ve bu zararların önlenmesi veya en aza indirgenmesi için alınan önleyici tedbirlere uygulanır (Sorumluluk Sözleşmesi m.2, FON Sözleşmesi m.3). Ancak işbu sözleşme hükümleri savaş gemileri ile bir devlete ait veya onun tarafından işletilmekte olup da söz konusu devrede münhasıran gayri ticari bir devlet hizmetine tahsis edilmiş olan gemiler hakkında uygulanamaz (m.11, f.1).

Türk hukukunda Sorumluluk Sözleşmesi anlamında oluşan “kirlenme zararı”⁶⁰ hakkında işbu sözleşmenin ve FON Sözleşmesi’nin uygulanacağı TTK’nın açık hükmü ile zikredilmiştir (m.1336, f.1). Madde hükmünde devamla bu sözleşmelerin doğrudan veya TTK uyarınca uygulandıkları hâllerde, mevzuatın, bu sözleşmelerde düzenlenen

58 Demir, Gemi, 521. Sorumluluk Sözleşmesi kapsamında hazırlanan Rehber Kurallar uyarınca açıkça gemi tanımı içinde kaldığı kabul edilen (m.3) ve edilmeyen (m.4) deniz araçları için ayrıca bkz. Demir, Gemi, 533-534 ve 538.

59 İsmail Demir, “1992 Petrol Kirliliği Zararının Tazmini İçin Bir Uluslararası Fonun Kurulması ile İlgili Uluslararası Sözleşme’de 2003 Tarihli Protokol ile Kabul Edilen Değişiklikler”, (2012) 3(1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 215.

60 Sorumluluk Sözleşmesi anlamında kirlenme zararı; a) gemiden nerede olursa olsun sızan veya bırakılan hidrokarbonların sebep olduğu kirlenmeden, hidrokarbonu taşıyan gemi dışında meydana gelen bütün ziyan veya zararları ifade eder, bu bozulmadan kaynaklanan kâr kaybının dışındaki çevre bozulması için tazminatın, fiilen yapılan veya yapılacak olan eski haline döndürme ile ilgili makul tedbirlerin maliyetlerine sınırlandırılması şartıyla; b) Korunma tedbirlerinin masrafları ve bu tedbirlerin sebep olduğu ziyan veya zararlar da buna dahildir (m.1, f.6).

hususlara ilişkin diğer hükümleri uygulanmayacağı da belirtilmek suretiyle Sorumluluk Sözleşmesi ve FON Sözleşmesi'nin doğrudan Türk hukukunu temsil ettikleri açıkça kanun koyucu tarafından kabul edilmiştir.

Sonuç olarak TTK'nın doğrudan Sorumluluk Sözleşmesi ve FON Sözleşmesi'nin uygulamasına atıfta bulunması dolayısıyla, Türk hukukunun uygulanacağı bir deniz ticareti hukuku uyumsuzluğunun deniz gemilerinden kaynaklanan kirlenme zararına dair vuku bulması durumunda, Sorumluluk Sözleşmesi ve FON Sözleşmesi hükümleri, TTK uyarınca tamamlandığı haliyle uygulanacaktır. Sorumluluk Sözleşmesi ve FON Sözleşmesi kapsamında sayılmayan bir kirlenme zararı hakkında ise Türkiye'nin taraf olduğu diğer milletlerarası sözleşmelerin [Gemi Yakıtlarından Kaynaklanan Petrol Kirliliği Zararının Hukuki Sorumluluğu Hakkında Uluslararası Sözleşme⁶¹ ya da Tehlikeli ve Zararlı Maddelerin Denizyoluyla Taşınmasından Kaynaklanan Zararın Tazmini ve Sorumluluğu Hakkında Uluslararası Sözleşme⁶² gibi] uygulanabilirlikleri *lex superior* ilkesi uyarınca denetlenecek, uygulanamadıkları hallerde 2872 sayılı Çevre Kanunu⁶³ hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Aynı durum Sorumluluk Sözleşmesi ve FON Sözleşmesi anlamında “deniz gemisi” olarak kabul edilmeyen “iç su gemileri” için de geçerlidir. Her ne kadar TTK m.931 anlamında bu araçlar “gemi” olarak kabul edilseler ve “ekonomik menfaat sağlama amacına tahsis edilmeleri ya da fiilen böyle bir amaç için kullanılmalari” kaydıyla tüm TTK 5.Kitap hükümlerinin uygulama alanına dahil olsalar da TTK, petrol kirliliğinden doğan zararın hukuki sorumluluğu ve tazmin fonu kurulmasına dair ihtilaflarda doğrudan Sorumluluk Sözleşmesi ve FON Sözleşmesi'nin uygulanacağını zikrettiğinden, tamamlayıcı nitelikli TTK hükümlerinin de işbu araçlara uygulanma kabiliyeti bulunmadığını, bu tür ihtilaflarda ilgili Çevre Kanunu hükümlerinin uygulanacağını belirtmek gerekmektedir. Ancak amacı; bütün canlıların ortak varlığı olan çevrenin, sürdürülebilir çevre ve sürdürülebilir kalkınma ilkeleri doğrultusunda korunmasını sağlamak olan (m.1) Çevre Kanunu, oldukça genel nitelikli bir norm olması dolayısıyla, kirlenme özelliklerine göre kabul edilen ve sorumluluk ihdas eden yukarıdaki milletlerarası sözleşmelerin ayrıntılı hükümlerine göre oldukça dar bir kapsamı haizdir ve bu nedenle ihtiyacı karşılamak konusunda yetersiz kalmaktadır.⁶⁴

61 Resmî Gazete Tarihi: 27.07.2013, Resmî Gazete Sayısı: 28720. İşbu sözleşme “gemi”yi her ne tipte olursa olsun “deniz gemisi” veya “deniz aracı” olarak tanımlamaktadır (m.1, p.1).

62 Resmî Gazete Tarihi: 03.04.2017, Resmî Gazete Sayısı: 30027.

63 Resmî Gazete Tarihi: 11.08.1983, Resmî Gazete Sayısı: 18132.

64 Bu anlamda, uygulama alanlarında bulunan veya herhangi bir nedenle uygulama alanlarına girmek isteyen, beşyüz groston ve daha büyük petrol ve diğer zararlı maddeleri taşıyan gemiler ile petrol ve diğer zararlı maddelerle kirlenmeye neden olabilecek faaliyetleri icra eden kıyı tesislerinin sorumlu taraflarının, bakanlıkların ve kamu kurum ve kuruluşlarının yetki, görev ve sorumluluklarını kapsayan ancak savaş gemileri ve yardımcı savaş gemileri ile herhangi bir devlete ait veya devlet tarafından işletilen ve ticarî faaliyetler dışında kullanılan gemileri kapsam dışında tutan (m.2) 5312 sayılı Deniz Çevresinin Petrol ve Diğer Zararlı Maddelerle Kirlenmesinde Acil Durumlarda Müdahale ve Zararların Tazmini Esaslarına Dair Kanun'un (5312 sayılı Kanun) tatbik kabiliyeti bulabileceğini de belirtmek gerekmektedir.

8. Gemilerin İhtiyati Haczi

İhtiyati Haciz Sözleşmesi de “gemi”yi tanımlamamış olsa da sözleşme hükümlerinin herhangi bir savaş gemisine, yardımcı savaş gemisine veya mülkiyeti Devlete ait olan veya Devlet tarafından işletilen ve o sırada yalnızca ticari olmayan amaçlarla devlet hizmetinde kullanılan gemilere uygulanmayacağını zikretmiştir (m.8, f.2).

İhtiyati Haciz Sözleşmesi, bir geminin ihtiyaten haczedilmesine veya serbest bırakılmasına ilişkin usul işlemlerinin, ihtiyati haczin uygulandığı veya ihtiyati haciz için başvurulmuş Devletin hukukuna tabi olduğunu zikretmek suretiyle Rehin Sözleşmesi’nde olduğu gibi *lex fori* esasını kabul etmiştir. Dolayısıyla ihtiyati haczin uygulandığı veya ihtiyati haciz için başvurulmuş devletin Türkiye olması durumunda, *lex superior* esasına göre Türkiye’nin taraf olduğu İhtiyati Haciz sözleşmesi hükümlerinin, bu hükümlerin uygulanmadığı alanlarda ise TTK m.1350 vd. hükümlerinin uygulama alanı bulacağını söylemek gerekmektedir.

Gerçekten, Türk kanun koyucu, deniz hukukunda cebri icraya ilişkin hükümlerin, topluca “deniz ticareti” kitabında yeni bir kısım içinde toplanmasını uygun görmüştür.⁶⁵ Dolayısıyla kanun koyucu tarafından, deniz hukukunda cebri icraya ilişkin hükümlerin, 2004 sayılı İcra İflas Kanunu’nun (İİK)⁶⁶ hükümlerine bir bütün olarak yollama yapmak yerine, TTK uyarınca ayrı ayrı kaleme alınması esasını kabul edilmiş ve TTK’nın açık hükmü uyarınca *lex specialis* nitelikli işbu hükümleri arasında uygulanacak hüküm bulunmayan hallerde ancak genel nitelikli İİK hükümlerinin uygulama alanı bulacağı hususu benimsenmiştir (m.1351).

B. TTK’nın Deniz Ticaretine İlişkin Tüm Hükümlerinin Uygulanabilirliğinde Kural

Çalışmanın önceki bölümlerinde bir deniz ticareti hukuku ihtilafına Türk hukukunun uygulanabilirliğinin denetlenmesine ve Türk hukukunun uygulanacak olması durumunda normlar arasındaki hiyerarşiye dikkat çekilmiş ve *lex superior* ilkesi uyarınca Türkiye’nin taraf olduğu ilgili milletlerarası sözleşmelerin belirli deniz ticareti hukuku uyuşmazlıklarına uygulanabilirlikleri açıklanmıştır. İşbu bölümde ise işaret edilen milletlerarası sözleşmelerin uygulanamadıkları durumlarda, deniz ticaretine ilişkin hükümler sevk eden TTK 5.Kitap’da yer alan maddelerin işbu uyuşmazlıklara uygulanabilirliklerinde kural hükme ve maddelerin uygulama alanının gemi tipine göre genişletildiği durumlara dikkat çekmek amaçlanmaktadır. Nitekim gemiler, bir yandan belli bir devletin siciline kaydedilip o devletin bayrağını çekerken, diğer yandan sürekli yer değiştirmekte, çeşitli ülkelerde sözleşmelere ve haksız fiillere dayanan borç ilişkilerine yol açmaktadır.⁶⁷ Deniz hukukunun ve buna bağlı olarak

65 Genel Gerekeç, 414.

66 Resmî Gazete Tarihi: 19.06.1932, Resmî Gazete Sayısı: 2128.

67 Atamer, Deniz İcra, 76.

deniz ticareti hukukunun ne zaman uygulanacağını tayin için her şeyden önce gemi kavramının tespiti gerekmektedir.⁶⁸

TTK'nın deniz ticaretini düzenleyen ilk hükmü “gemi”yi tanımlamaktadır. Buna göre; tahsis edildiği amaç, suda hareket etmesini gerektiren, yüzme özelliği bulunan ve pek küçük olmayan her araç, kendiliğinden hareket etmesi imkânı bulunmasa da TTK bakımından “gemi” sayılır (m.931, f.1). Kanun koyucu, teknik ve iktisadî hayattaki gelişmeleri göz önünde bulundurarak, “gemi” kavramının kapsamını mümkün olduğunca genişletmeye çalışmıştır.⁶⁹ Bu nedenle “deniz” yerine “su” ve “tekne” yerine “araç” kavramlarının kullanımına özen göstermiş ve işbu araçların “kendiliğinden hareket edemeseler” dahi “gemi” sayılmalarına imkân tanımıştır. Böylece yüzen havuzlar, mavnalar, şatlar, hovercraftlar dahi, tahsis gayesi suda hareket etmesini gerektirmesi şartıyla gemi sayılmıştır.⁷⁰ Bu şekilde TTK'nın uygulama alanı da genişlemiştir.

TTK'nın “gemi”yi tanımlaması, “ticaret gemisi” tanımının anlaşılabilirliği açısından gereklidir. Nitekim tanımda “suda⁷¹ ekonomik menfaat sağlama amacına tahsis edilen veya fiilen böyle bir amaç için kullanılan her ‘gemi’, kimin tarafından ve kimin adına veya hesabına kullanılırsa kullanılsın “ticaret gemisi” sayılır” (m.931, f.2) denilmek suretiyle “gemi” terimine yer verilmiştir. Bu hükümde yer alan “kimin tarafından ve kimin adına veya hesabına kullanılırsa kullanılsın ibaresine göre, kimin gemiyi kazanç elde etmek amacıyla kullandığının bir önemi yoktur; bir kamu tüzel kişinin ekonomik menfaat sağlama amacıyla kullandığı (maliki olsun olmasın) gemi de ticaret gemisidir.⁷²

Ticaret gemisini tanımlamanın önemi ise TTK'nın deniz ticaretine ilişkin tüm hükümlerinin ancak ticaret gemilerine uygulanabilmelerinden kaynaklanmaktadır. Nitekim, yukarıda da işaret edildiği üzere, TTK'nın deniz ticaretiyle ilgili tüm hükümleri, kural olarak ticaret gemileri hakkında uygulanır (m.935, f.1).

C. TTK'nın Deniz Ticaretine İlişkin Belirli Hükümlerinin Uygulanabilirliğindeki Genişletme

TTK'nın deniz ticaretine ilişkin tüm hükümleri, yukarıda işaret edildiği gibi ticaret gemilerine uygulanabilirken, bunlardan bazıları ticaret gemisi niteliğini haiz olmayan gemi türlerine de uygulanabilme kabiliyetine sahip kılınmıştır. İşbu hükümlerin uygulama alanlarının TTK vasıtasıyla genişletilmesi üç grup altında incelenebilir:

68 Tahir Çağrı, Deniz Ticareti Hukuku I, (Filiz Kitabevi 1995) 34.

69 Genel Gerekçe, 317.

70 Genel Gerekçe, 317. Denizaltılar da denizin hem üstünde hem de altında hareket etme kabiliyetine sahip olmaları nedeniyle gemi olarak nitelendirilirken, deniz uçakları, deniz yolculuğunu kendi imkanları ile başarabilecek durumda bulunmasına rağmen temel nitelikleri uçmak olması nedeni ile gemi kabul edilmez. Algantürk Light, 16-17.

71 Denizde hareket yerine, suda harekete öncelik verilmesinin sebebi, iç sularda yapılan taşımaların günümüzde olduğunun aksine kara taşımaları yerine deniz taşımalarına ilişkin hükümlere tâbi tutulmasına duyulan ihtiyaçtır. Bkz. Genel Gerekçe, 318.

72 Yazıcıoğlu, Deniz Ticareti, 50.

Genişletmenin ilk grubunda yatlar,⁷³ denizci yetiştirme gemileri gibi sadece gezinti, spor, eğitim, öğretim ve bilim amaçlarına tahsis edilmiş gemiler bulunmaktadır. Bunlar, TTK anlamında “ticaret gemisi” niteliğini haiz olmadıklarından TTK’nın deniz ticaretini düzenleyen tüm hükümlerine değil ama “Gemi”, “Kaptan”, “Gemi Alacakları” ve “Cebrî İcraya İlişkin Özel Hükümler” başlıklı kısımları, “Çatma” ve “Kurtarma” başlıklı bölümleri, deniz alacaklarına karşı sorumluluğun sınırlanması hakkındaki hükümleri ile donatanın, gemi adamlarının kusurundan doğan sorumluluğuna ilişkin 1062. maddesi hükümlerine tabi kılınmışlardır (m.935, f.1, (a) bendi). Dolayısıyla iki yatın birbirine çatmasında da bir ticaret gemisinin bir bilim amacına tahsis edilmiş gemiye kurtarma faaliyetinde bulunmasında da bir eğitim amacına tahsis edilmiş gemide çalışan gemi adamının ücret alacağını tahsil etmesinde de ortaya çıkacak ihtilaflarda -yukarıda açıklandığı üzere, uygulanacak hukukun Türk hukuku olması ve Türkiye’nin taraf olduğu milletlerarası sözleşme hükümlerine öncelik tanımak kaydıyla- TTK’nın, sırasıyla; çatma, kurtarma ve gemi alacaklısı hakkına ilişkin hükümleri uygulanabileceklerdir.

Genişletmenin ikinci grubunda münhasıran bir kamu hizmetine tahsis edilen devlet gemileriyle donanmaya bağlı harp gemileri ve yardımcı gemiler bulunmaktadır. Bunlar TTK’nın deniz ticaretine ilişkin tüm hükümlerine değil ama “Çatma” ve “Kurtarma” başlıklı bölümleri, deniz alacaklarına karşı sorumluluğun sınırlanması hakkındaki hükümleri ile donatanın, gemi adamlarının kusurundan doğan sorumluluğuna ilişkin 1062. maddesi hükümlerine tabidirler (m.935, f.2, (b) bendi). Dolayısıyla bir kamu hizmetine tahsis edilmiş devlet gemisi ile bir savaş gemisinin çatmasında da bir yardımcı geminin kılavuzluk ücretini ödemiş olması durumunda da -yine uygulanacak hukukun Türk hukuku olması ve Türkiye’nin taraf olduğu milletlerarası sözleşme hükümlerine öncelik tanımak kaydıyla- TTK’nın sırasıyla çatma ve deniz alacaklarına karşı sorumluluğun sınırlanması hakkındaki hükümleri uygulanabileceklerdir.

Genişletmenin son grubunu ise yabancı bir devlet veya onun vatandaşları adına Türkiye’de yapılmakta olan gemiler teşkil etmektedir. İşbu gemilere TTK’nın bayrak şahadetnamesi ile ilgili 944. maddenin ikinci fıkrası ile 945, 947, 948 ve 949. maddeleri, sicille ilgili 955, 956, 973 ve 991. maddeleri, kanuni ipotekle ilgili 1013. maddesi ve yapı hâlinde bulunan gemiler üzerindeki haklarla ilgili 1054 ilâ 1058. maddeleri nitelikleri ile bağdaştığı ölçüde uygulanabilecektir (m.935, f.1,

73 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu (Resmi Gazete Tarihi: 16.03.1982, Resmi Gazete Sayısı: 17635) uyarınca “yatlar”; kamarası, tuvaleti, lavabosu, mutfağı olan, ticarî olarak veya ticarî olmadan gezi ve spor amacıyla kullanılan, yük, yolcu ve balıkçı gemisi niteliğinde olmayan, taşıdığı yolcu sayısı on ikiyi geçmeyen veya kabotaj seferinde yüz mille sınırlı, en yakın karadan yirmi milden fazla uzaklaşmamak şartıyla taşıdığı yolcu sayısı otuz altıyı geçmeyen ve tonlato belgesinde yat olduğu belirtilen gemileri ifade etmektedir (m.3, (i) bendi).

(c) bendi).⁷⁴ Dolayısıyla bir Alman vatandaşı adına Aliğa'da bulunan X tersanesi tarafından inşa edilen bir geminin üzerine, geminin yapımından doğan alacakları için kanuni ipotek tesis ettirmek isteyen X, ilgili TTK hükümleri vasıtasıyla bu işlemi gerçekleştirebilecektir. Bu durumda ilgili TTK hükümlerinin uygulanması için geminin "ticaret gemisi" olması zorunluluğu bulunmadığı gibi Türk bayrağı çekme hakkını haiz olması da aranmamaktadır. Bu şekilde, kanun koyucu; bir yandan Türk gemi inşa sanayiinin gelişme ve küreselleşme olasılığını arttırırken, bir yandan Türk tersanelerini kanuni güvencelerle koruma hedefini ortaya koymuştur.

IV. Karşılaştırmalı İnceleme ve Sonuç

MÖHUK kapsamında Türk hukuku uyarınca halli gereken bir deniz ticareti hukuku uyumsuzluğuna uygulanacak normların (milletlerarası sözleşmeler ve TTK 5.Kitap hükümleri) belirlenmesi ve bu normların uygulama alanlarının taşıdıkları benzerlik ve farklılıklar gemiye uygulanacak Türk hukuku açısından uygulamada tereddütlere yol açabilir. Bu nedenle aşağıda yer alan Tablo (1) uyarınca, yukarıda açıklaması yapılmış belirli deniz ticareti hukuku uyumsuzluklarına uygulanabilecek ilgili milletlerarası sözleşme ve TTK hükümlerinin uygulama alanları ile aralarındaki önceliklere dair derleme yapılmış, farklılıklar koyu renk (**bold**) ile işaretlenmiştir. Bu şekilde bu uyumsuzluklardan birinin vuku bulması durumunda uygulanacak hükümlerin netleştirilebileceği düşünülmektedir.

74 Aynı zamanda işbu bent altında zikredilen gemilerin Türk siciline tescilleri ihtiyaridir. Bkz. Demir, Bağlama Kütüğü, 125. Buna göre örneğin Türkiye'deki tersanelerde inşa edilmekte olan yabancı mülkiyetindeki yapı halindeki gemiler de Yapı Halindeki Gemilere Özgü Sicile tescil edilebilir ve bunlar üzerinde tersane sahibi yapım ve onarım alacakları için kanuni ipotek hakkı kurabilir. Ancak işbu atfın redaksiyon aşamasındaki bir yanlışlıktan kaynaklandığı ve TTK Komisyonu amacıyla çeliştiği, nitekim "yapı" olmaktan çıkıp "gemi" haline gelen ve sefere çıkan araçlara ilişkin kurallara atf yapılmasının bunların zaten "yapı" hakkında geçerli olmadığından isabetsiz olduğu yönünde doktrinde görüşler de bulunmaktadır. Bkz. Atamer, Deniz Ticareti, 703.

Tablo 1: Belirli Deniz Ticareti Hukuku Uyumazlıklarına Uygulanacak Türk Hukuku Normları ve Uygulama Alanları			
Uyumazlık	İlgili Milletlerarası Sözleşmeler ve Uygulama Alanları	TTK 5. Kitap Hükümleri ve Uygulama Alanları	Sonuç
Deniz yolu ile Eşya Taşımacılığında Taşıyanın Tabii Olduğu Sorumluluk Rejimi	Lahey Kuralları -Sadece konişmentolu taşımalara uygulanabilir (m.1, (b) bendi).	TTK m.1178 vd.	- <i>lex posterior</i> ilkesi uyarınca ilgili TTK hükümleri, Lahey Kuralları hükümlerinden öncelikli olarak uygulanacaktır.
Yolcu ve Bagajların Denizyolu ile Taşınması	Atina Sözleşmesi - Geminin sözleşmeye taraf devletler tarafından taşınması veya sözleşmeye taraf devletlerden birinde tescil edilmiş olması, ya da taşıma sözleşmesinin Atina Sözleşmesine taraf devletlerden birinde akdedilmiş olması veya taşıma sözleşmesine göre hareket veya varma yerinin sözleşmeye taraf bir devlette bulunması gerekmektedir (m.2, f.1). -Devletler veya kamu otoriteleri tarafından yapılan ticari yolcu taşımalarına da uygulanır (m.21). -İç su taşımalarına uygulanamaz (m.2, f.1) -Sadece milletlerarası taşımalara uygulanabilir (m.1, f.9).	TTK m.1247 vd.	- <i>lex superior</i> ilkesi uyarınca Türkiye'nin taraf sıfatının tamamlanmasıyla Atina Sözleşmesi hükümleri, ilgili TTK hükümlerinden öncelikli olarak uygulanacaktır.
Deniz Alacaklarına Karşı Sorumluluğun Sınırlanması	Londra Sözleşmesi - Gemi tanımı bulunmamaktadır. - Taraf devlet takdirine bırakılmak suretiyle: a- İç sularda seyir tahsis edilmiş olan gemilere ve 300 tonilatodan küçük gemilere uygulanabilir. b- diğer taraf devletlerin vatanadaşlarına, bu kişilerin çıkarlarına halel getirmemek kaydıyla uygulanabilir. - hava taşıtları ile denizin dip yüzeyinde veya bunun altında bulunan tabii kaynakların araştırma ve işletilmesine tahsis edilmiş olan araçlara (<i>hovercraft</i>) ve gemi niteliğine sahip olmadıkları ileri sürülen yüzen platformlara uygulanmaz.	TTK m.1328 vd.	- TTK m.1328 ve m.1329 uyarınca Londra Sözleşmesi hükümleri, tamamen milli nitelikteki uyumazlıklara dahi uygulanabilecektir.
Çatma	Çatma Sözleşmesi - Gemi tanımı bulunmamaktadır. - Çatmaya karışan bütün gemilerin, sözleşmeye taraf olan bir ülkenin bayrağını taşıması gerekir (m.12, f.1). - Harp gemilerine ve münhasıran umumî bir hizmete tahsis edilmiş devlet gemilerine uygulanamaz (m.11).	TTK m.1286 vd.	- <i>lex superior</i> ilkesi uyarınca Çatma Sözleşmesi hükümleri, ilgili TTK hükümlerinden öncelikli olarak uygulanacaktır.

Uyumsuzluk		İlgili Milletlerarası Sözleşmeler ve Uygulama Alanları		TTK 5. Kitap Hükümleri ve Uygulama Alanları (devam)		Sonuç
Kurtarma	Kurtarma Sözleşmesi	- Araç; her türlü gemi veya taşıt veya seyirüsefe elverişli yapadır (m.1, b bendi) - Sabit ya da yüzer platformlar veya denizdeki hareketli sonday ünitelerine söz konusu platformlar veya ünitelerin, deniz yatağı mineral kaynaklarının araştırıldığı, çıkarıldığı ya da üretiminin yapıldığı bölgelerde bulunduğu durumlarda uygulanmadığı gibi (m.3), -Savaş gemilerine veya bir devletin maliki olduğu veya işlettiği kurtarma faaliyetleri esnasında, söz konusu devlet aksi yönde karar vermedikçe, uluslararası hukukun genel prensipleri uyarınca egemen bağımsızlığına sahip olan diğer ticari olmayan araçlara uygulanamaz (m.4, f.1). Ancak bir taraf devlet işbu savaş gemileri veya diğer araçlara Kurtarma Sözleşmesi'ni uygulamaya karar verdiği takdirde söz konusu uygulamanın koşullarını belirterek Genel Sekreter'e bildirmiş bulunur (m.4, f.2).	TTK m.1298 vd.	- m.935, f.1 uyarınca ticaret gemilerine uygulanabilir. - m.935, f.2 uyarınca ise yatlar, denizci yetiştirme gemileri gibi sadece gezinti spor, eğitim, öğretim ve bilim amaçlarına tahsis edilmiş gemilere (a) bendi ve münhasıran bir kamu hizmetine tahsis edilen Devlet gemileriyle donanmaya bağlı harp gemilerine ve yardımcı gemilere (b) bendi) de uygulanabilir. - m.1298, f.3 uyarınca deniz yataklarındaki minerallerin keşfi, çıkarılması veya işlenmesi amacıyla kullanılanları sürece sabit veya yüzer platformlar ile sondaj birimlerine uygulanmaz. - Kurtarma Sözleşmesi ne sürülen çekince uyarınca: 1) kurtarma faaliyeti iç sular da gerçekleştirilirse, a) tüm araçlar iç su aralıysa ya da b) hiçbir araç dahil olmadıysa, 2) ilgili tüm taraflar Türkiye uyruğundaysa ya da 3) ilgili eşya deniz kültürü varlığı konumundaysa ve deniz yatağındaysa TTK hükümleri uygulanır.	-lex superior ilkesi uyarınca Kurtarma Sözleşmesi hükümleri, ilgili TTK hükümlerinden öncelikli olarak uygulanacaktır.	
Gemi Alacaklı Hakkı ve Gemi İpotegi	Rehin Sözleşmesi	- Gemi tanımı bulunmamaktadır. - İç su gemilerine uygulanamaz (m.13, f.1). - Yabancılık unsuru bulunmayan uyumsuzluklara dahi uygulanabilir. - Sözleşmede yer alan hiçbir hüküm, mülkiyeti devlete ait olan veya devlet tarafından işletilen ve yalnızca ticari olmayan amaçlarla kullanılan gemiler üzerinde bir hak meydana getiremez (m.13, f.2)	TTK m.1320 vd.	- m.935, f.1 uyarınca ticaret gemilerine uygulanabilir. - m.935, f.2 uyarınca ise yatlar, denizci yetiştirme gemileri gibi sadece gezinti spor, eğitim, öğretim ve bilim amaçlarına tahsis edilmiş gemilere (a) bendi) de uygulanabilir. - m.931 uyarınca iç sular üzerinde seyreden gemilere de uygulanabilir.	-lex superior ilkesi uyarınca Türkiye'nin taraf sıfatının tamamlanmasıyla Rehin Sözleşmesi hükümleri, ilgili TTK hükümlerinden öncelikli olarak uygulanacaktır.	
Petrol Kiriliminden Doğan Zararın Hukuki Sorumluluğu ve Tazmin Fonu Kurulması	Sorumluluk Sözleşmesi ve FON Sözleşmesi	- Gemi; dökme halde petrol türevlerini (hidrokabür) taşımak üzere yapılmış ya da bu amaçla tadil edilmiş deniz gemisi ile her türlü deniz araçlarını ifade eder. - Başka yüklerle petrol türevleri (hidrokabür) taşıyabilecek nitelikteki gemiler de petrol türevi taşıdıkları zamanda ve böyle bir gemi dökme petrol türevinden arındırıldığı kanıtlanmış olmadıkça petrol türevi seferini izleyen seferleri sırasında Sorumluluk Sözleşmesi'ne göre gemi kabul edilecektir (m.1, f.6). - sözleşmeler anlamında oluşan kirlenme zararları ile bu zararları önlemek veya bu zararların önlenmesi veya en aza indirgenmesi için alınan önleyici tedbirleri uygulanır (m.2).	TTK m.1336 vd.	- m.935, f.1 uyarınca ticaret gemilerine uygulanabilir.	- TTK m.1336 ve m.1337 uyarınca Sorumluluk Sözleşmesi ve FON Sözleşmesi hükümleri; tamamen milli nitelikteki uyumsuzluklara dahi uygulanabilecektir.	
Gemilerin İhtiyati Haczi	İhtiyati Haciz Sözleşmesi	- Gemi tanımı bulunmamaktadır. - Sözleşme hükümleri, herhangi bir savaş gemisine, yardımcı savaş gemisine veya mülkiyeti Devlete ait olan veya Devlet tarafından işletilen ve o sırada yalnızca ticari olmayan amaçlarla devlet hizmetinde kullanılan gemilere uygulanmayacaktır (m.8, f.2). - İç su gemilerine uygulanabilir.	TTK m.1350 vd.	- m.935, f.1 uyarınca ticaret gemilerine uygulanabilir. - m.935, f.2 uyarınca ise yatlar, denizci yetiştirme gemileri gibi sadece gezinti spor, eğitim, öğretim ve bilim amaçlarına tahsis edilmiş gemilere (a) bendi) de uygulanabilir. - m.931 uyarınca iç sular üzerinde seyreden gemilere de uygulanabilir.	-lex superior ilkesi uyarınca İhtiyati Haciz Sözleşmesi hükümleri, ilgili TTK hükümlerinden öncelikli olarak uygulanacaktır.	

Tablo uyarınca bir deniz ticareti uyuşmazlığı MÖHUK’un denetlenmesi akabinde uygulanacak Türk hukuku normlarına ilişkin sonuçlar aşağıdaki gibi özetlenebilir:

- Denizyolu ile eşya taşımacılığında taşıyanın tabi olduğu sorumluluk rejimine ilişkin bir ihtilafın varlığı durumunda, her ne kadar *lex superior* ilkesi uyarınca Türkiye’nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmenin TTK m.1178 vd. hükümlerine göre öncelikli olarak uygulanması gerekse de uygulama,⁷⁵ oldukça eski tarihli Lahey Kuralları’nı atıl durumda bırakmış ve Lahey Kuralları’nı TTK 5.Kitap hükümleri ile aynı hiyerarşik sırada kabul etmek suretiyle *lex posterior* ilkesi doğrultusunda TTK m.931, f.2 anlamındaki “ticaret gemileri”ne güncel TTK 5.Kitap hükümlerinin denizyolu ile eşya taşımacılığında taşıyanın sorumluluğunun tespitinde uygulanacak esas norm olduğunu kabul etmiştir.
- Yolcu ve bagajların denizyolu ile taşınmasına ilişkin bir ihtilafın varlığı durumunda -ihtilaf, devletler veya kamu otoriteleri tarafından yapılan ticari yolcu taşımalarına dair olsa dahi- *lex superior* ilkesi uyarınca Atina Sözleşmesi hükümleri, Türkiye’nin taraf olma sıfatının tamamlanması akabinde, TTK m.1247 vd. hükümlerine göre öncelikli olarak uygulanacaklardır. Ancak ihtilafın; “iç sular” üzerinde yapılan yolcu taşımalarına ilişkin olması ya da “milletlerarası nitelik” taşımaması durumunda, Atina Sözleşmesi uygulanamayacak olup m.931, f.2 anlamındaki “ticaret gemileri”ne doğrudan ilgili TTK hükümleri uygulanacaktır.
- Deniz alacaklarına karşı sorumluluğun sınırlanmasına dair bir ihtilafın varlığı durumunda, TTK 5.Kitap hükümleri açıkça Londra Sözleşmesi ve 1996 Tadil Protokolü’nün uygulanacağını zikretmiş olduğundan öncelikli olarak işbu hükümler, işbu hükümlerde düzenlenmeyen hususlara ilişkin olarak ise TTK m.1328 vd. hükümlerinde yer alan tamamlayıcı düzenlemeler uygulama alanı bulacaktır. Her iki grup hüküm ticaret gemilerine olduğu kadar yatlar, denizci yetiştirme gemileri gibi sadece gezinti, spor, eğitim, öğretim ve bilim amaçlarına tahsis edilmiş gemilere ve hatta donanmaya bağlı harp gemilerine ve yardımcı gemilere uygulanabilir. Aynı şekilde işbu hükümler; iç sularda seyir tahsis edilmiş olan gemilere, 300 tonilatodan küçük gemilere ve sondaj ameliyeleri için inşa edilmiş gemilere de uygulanabilir. Ancak ilgili her iki grup hüküm, hava yastıklı vasıtalar ile denizin dip yüzeyinde veya bunun altında bulunan tabii kaynakların araştırma ve işletilmesine tahsis edilmiş olan araçlara ve gemi niteliğine sahip olmadıkları ileri sürülen yüzen platformlara uygulanamaz.
- Çatmaya dair bir ihtilafın varlığı durumunda, çatmaya karışan tüm gemilerin sözleşmeye taraf devlet bayrağı taşımaları kaydıyla; ticaret gemilerine olduğu kadar yat, denizci yetiştirme gemileri gibi sadece gezinti, spor, eğitim, öğretim

75 Bkz. dn. 34.

ve bilim amaçlarına tahsis edilmiş gemilere dahi, *lex superior* ilkesi uyarınca Türkiye'nin taraf olduğu Çatma Sözleşmesi, TTK m.1286 vd. hükümlerine göre öncelikli olarak uygulanacaktır. Ancak ihtilafın “münhasıran bir kamu hizmetine tahsis edilen devlet gemileriyle donanmaya bağlı harp gemilerini ya da yardımcı gemileri” ihtiva etmesi durumunda, Çatma Sözleşmesi uygulanamayacak olup m.935, f.2 vasıtasıyla doğrudan ilgili TTK hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

- Kurtarmaya dair bir ihtilafın varlığı durumunda, kurtarma faaliyeti iç sularda gerçekleşip tüm araçlar iç su aracısya ya da hiçbir araç dahil olmadıysa veya ilgili tüm taraflar Türkiye uyruğundaysa ya da ilgili eşya deniz kültürü varlığı konumundaysa ve deniz yatağındaysa doğrudan TTK m.1298 vd. hükümler uygulanacaktır. Bu durumlar dışında, ticaret gemisi, yat, denizci yetiştirme gemileri gibi gemiler ya da savaş gemisi veya bir devletin maliki olduğu veya işlettiği kurtarma gemisi olup olmadığı fark etmeksizin, *lex superior* ilkesi uyarınca Türkiye'nin taraf olduğu Kurtarma Sözleşmesi, TTK m.1298 vd. hükümlerine göre öncelikli olarak uygulanacaktır. Ancak ilgili her iki grup norm, ihtiva ettikleri açık hükümler dolayısıyla; deniz yataklarındaki minerallerin keşfi, çıkarılması veya işlenmesi amacıyla kullanıldıkları süreçte sabit veya yüzer platformlar ile sondaj birimlerine uygulanamayacaklardır.
- Gemi alacaklısı hakkı veya gemi ipoteğine dair bir ihtilafın varlığı durumunda, ihtilafın iç sular üzerinde seyreden gemileri ihtiva etmemesi kaydıyla, *lex superior* ilkesi uyarınca Rehin Sözleşmesi, Türkiye'nin taraf olma sıfatının tamamlanması akabinde, ticaret gemilerine olduğu kadar yatlar ve denizci yetiştirme gemileri gibi gemilere de TTK m.1320 vd. hükümlerine göre öncelikli olarak uygulanacaktır. Ancak ihtilafın; m.931, f.1 anlamında “iç sular” üzerinde seyreden gemilere ilişkin olması durumunda, Rehin Sözleşmesi uygulanamayacak olup doğrudan ilgili TTK hükümleri uygulanacaktır. Son olarak, her iki norm hükümleri, mülkiyeti devlete ait olan veya devlet tarafından işletilen ve yalnızca ticari olmayan amaçlarla kullanılan gemilere uygulanamayacaktır.
- Petrol kirliliğinden doğan zararın hukuki sorumluluğu veya tazminine dair bir ihtilafın varlığı durumunda, TTK 5.Kitap hükümleri açıkça Sorumluluk Sözleşmesi ve FON Sözleşmesi'nin uygulanacağını zikretmiş olduğundan, öncelikli olarak işbu hükümler, işbu hükümlerde düzenlenmeyen hususlara ilişkin olarak ise TTK m.1336 vd. hükümlerinde yer alan tamamlayıcı düzenlemeler uygulama alanı bulacaktır. Zararın “iç sular” üzerinde seyreden bir gemiden kaynaklanması ya da ilgili milletlerarası sözleşmelerde tanımlanan “kirlenme zararı”ndan kaynaklanmaması durumunda ise taraf olunan diğer milletlerarası sözleşmelerin tatbiki akabinde önce BUNKER ve 5312 sayılı

Kanun hükümleri sonrasında genel nitelikli Çevre Kanunu hükümlerinin zararın tazmininde uygulanabileceği düşünülmektedir.

- Gemilerin ihtiyati haczine dair bir ihtilafın varlığı durumunda, ihtilafa konu gemi ister ticaret ister yatlar ya da denizci yetiştirme gemileri gibi gemiler ister iç sular üzerinde seyre tahsis edilmiş gemilerden olsun, *lex superior* ilkesi uyarınca Türkiye'nin taraf olduğu İhtiyati Haciz Sözleşmesi, TTK m.1350 vd. hükümlerine göre öncelikli olarak uygulanacaktır. Ancak her iki norm hükümleri, mülkiyeti devlete ait olan veya devlet tarafından işletilen ve yalnızca ticari olmayan amaçlarla kullanılan gemilere uygulanamayacaktır.

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

- Akten N, “Denizde Çatma Kazaları ve Çatma Bilirkişiliği”, (2008) 82(3) İstanbul Barosu Dergisi.
- Alcantra JM, “A Short Primer on the International Convention on Maritime Liens and Mortgages”, (1996) 27(2) JMLC 230.
- Algantürk Light D, *Denizde Çatma Hukuku*, (Oniki Levha Yayınları 2011).
- Ataol H, “Deniz Alacaklarına Karşı Sorumluluğun Sınırlanmasına İlişkin 1976 Londra Konvansiyonu’nda Öngörülen Sınırlı Sorumluluğun Kapsamı”, Prof. Dr. Tahir Çağa’nın Anısına Armağan (Beta Yayınevi 2000).
- Atamer K, *Deniz Ticareti Hukuku I*, (Oniki Levha Yayıncılık 2017) [Deniz Ticareti].
- Atamer K, *Deniz Ticareti Hukuku IV-Deniz İcra Hukuku*, (2. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık 2019) [Deniz İcra].
- Atamer K ve Süzel C, *Yeni Deniz Ticaret Hukuku’nun Kaynakları*, Cilt: I (Oniki Levha Yayıncılık 2013).
- Aybay G, *Türkiye’de Deniz Kazaları*, (Türkiye Deniz Kazaları Sempozyumu 13-15 Ekim 1982, İstanbul, Ankara 1983).
- Çağa T, *Deniz Ticareti Hukuku I*, (Filiz Kitabevi 1995).
- Demir İ, “Uluslararası Petrol Kirliliği Tazmin Fonlarının Gemi Tanımının Yorumuna İlişkin Yürütülen Çalışmalar”, (2017) 66(3) Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi [Gemi].
- Demir İ, “Yeni Bağlama Kütüğü Rejimi Üzerine Değerlendirmeler”, (2015) 64 (1) AÜHFD [Bağlama Kütüğü].
- Demir İ, “1992 Petrol Kirliliği Zararının Tazmini İçin Bir Uluslararası Fonun Kurulması ile İlgili Uluslararası Sözleşme’de 2003 Tarihli Protokol ile Kabul Edilen Değişiklikler”, (2012) 3(1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.

- Demir İ, *1989 Londra Konvansiyonu Çerçevesinde Kurtarma*, (Turhan Kitabevi 2010) [Kurtarma].
- Ekşi N, “Uluslararası Eşya Taşıma Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk (5718 Sayılı MÖHUK md. 29)”, (Avrupa’da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri, Dr. Nüsret-Semahat Ersel Uluslararası Ticaret Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi Konferans Yayınları Dizisi 2, Koç Üniversitesi 2010).
- Gözler K, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, Cilt I (Ekin Yayınevi 2011).
- Gözler K, *Hukuka Giriş*, (Ekin Yayınevi 2014) [Hukuka Giriş].
- Günay B, *Türk ve Anglo-Amerikan Hukukunda Gemi Alacaklısı Hakkı*, (Yetkin Yayınları 2009).
- Kaboğlu İÖ, *Anayasa Hukuku Derstleri*, (Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2.Baskı, Legal Yayıncılık 2005).
- Kaner İ, “Gemi Alacaklısı Hakkı ve Gemi Alacağı”, (2012) 18(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi.
- Karan H, “Yargıtay’ın Konişmentolu Taşımalar Hakkındaki 1924 Tarihli Lahey Kaideleri’ni Uygulaması Gereği”, (Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, XVII, 9-10 Haziran 2000).
- Kula Değirmenci N, *Türk Hukukunda Deniz Alacaklarına Karşı Sorumluluğu Sınırlama Fonu*, (Oniki Levha Yayınları 2015).
- Kuluçlu E, “Türk Hukuk Sisteminde Normlar Hiyerarşisi ve Sayıştay Denetimine Etkileri”, (2008) 71 Sayıştay Dergisi.
- Nomer E, *Devletler Hususi Hukuku, Genel Prensipler-Uygulama-Milletlerarası Usul Hukuku-Yabancı Kararların Tanınması ve Tenfizi*, (10. Bası, Beta Yayınları 2000).
- Oder BE ve Kanadoğlu OK, *Uygulamalı Anayasa Hukuku*, (Beta Yayınevi 2008).
- Partalçı R, “Eşyanın Taşınmasına İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Hakkında MÖHUK Madde 29’un Değerlendirilmesi”, (2017) 37(2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni.
- Sevinç A, “5718 sayılı MÖHUK Uyarınca Taşıma İşlerine Uygulanacak Hukuk”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, Cilt:II (Oniki Levha Yayıncılık 2010).
- Süzel C, “Türk Mevzuatında Gemi Tanımı”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, Cilt:II (Oniki Levha Yayıncılık 2010).
- Süzel C, *Gemi Alacaklısı Hakkı ve Gemi İpoteği Hakkında 1993 Cenevre Sözleşmesi ve Yeni Türk Ticaret Kanunu*, (On iki Levha Yayınları 2012).
- Taşkın M, *Denizyolu ile Yolcu Taşıma Sözleşmesinde Taşıyanın Gemi Kazasından Sorumluluğu*, (Oniki Levha Yayıncılık 2016).
- TBMM, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), Dönem: 23, Yasama Yılı:2, S. Sayısı: 96 [Genel Gerekeç].
- T.C. Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı-Deniz Ticareti Genel Müdürlüğü, Deniz Ticareti 2018 yılı İstatistikleri, <https://denizcilik.uab.gov.tr/uploads/pages/yayinlar/deniz-ticaret-2018-istatistikleri.pdf>.
- Teziç E, *Anayasa Hukuku*, (12. Bası, Beta Yayınevi 2007).
- Umar B, *Hukuk Başlangıcı*, (Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları 1997).
- Ülgener F, *Çarter Sözleşmeleri I*, (Der Yayınları 2000).

Ünan S, “Üç Güncel Deniz Hukuku Sorunu: 1976 Sorumluluğu Sınırlama Sözleşmesinin Uygulanma Alanı ve Sorumluluğu Sınırlama Fonunun Nasıl Kurulacağı, Tazminatın Hangi Para Üzerinden Karara Bağlanacağı, Donatanın Karar Verdiği Kurtarma Yardımının Müşterek Avarya Olup Olmadığı”, Prof. Tahir Çağa’nın Anısına Armağan, (Beta Yayınevi 2000).

Yazıcıoğlu E, “Lahey Kuralları ile Türk Ticaret Kanunu Arasında Uygulanacak Kurallar Sorunu” (1999) 4 (3-4) DHD.

Yazıcıoğlu E, “Uluslararası Deniz Taşımalarında Uygulanacak Kural Sorunu”, (2002) 5(1-4) DHD [Kural Sorunu].

Yazıcıoğlu E, *Deniz Ticareti Hukuku* (Filiz Kitabevi 2020) [Deniz Ticareti].

Vatandaşlığa İlişkin Bazı Meseleler Hakkında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

Decisions of the European Court of Human Rights on Certain Issues Regarding Nationality

Gülce Gümüşlü Tunçağıl*

Öz

Devletler, egemen güç olarak, kimlerin kendi vatandaşı olacağına veya vatandaşlığını sürdüreceğine kendileri karar vermektedirler ve iç hukuk düzenlemelerinde vatandaşlıklarının hangi şartlarda kazanılacağını ve hangi hâllerle kaybedileceğini belirlemektedirler. Kanunda yer alan şartların kişiler tarafından sağlanması her daim vatandaşlığın kazanılacağı anlamına gelmez çünkü devletlerin yetkili makamları bu konuda takdir yetkisine sahiptir. Zira vatandaşlık hukuku alanında devletlerin münhasır yetkisi, mahfuz yetkisi söz konusudur.

Ancak Devletler, vatandaşlıklarının kazanılması veya kaybı kararını verirken, sahip oldukları münhasır yetkiyi sınırsız kullanamazlar. Bu doğrultuda, milletlerarası hukukî metinlerde ortaya konulduğu üzere devletlerin vatandaşlığın kazanılması ve kaybı kararları, milletlerarası hukuka; yani milletlerarası sözleşmelere, milletlerarası teamül hukukuna ve hukukun genel ilkelerine uygun olmalıdır.

Bir insan hakkı olarak vatandaşlık hakkını tanıyan temel milletlerarası metin, 10 Aralık 1948 tarihli Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesidir. Ayrıca vatandaşlık hukuku alanındaki ilk milletlerarası sözleşme niteliğinde olan 12 Nisan 1930 tarihli Vatandaşlık Kanunları İhtilâflarına İlişkin Çeşitli Meseleler Hakkında Lahey Sözleşmesi, Avrupa Konseyi tarafından hazırlanan 6 Kasım 1997 tarihli Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi gibi uluslararası hukukî düzenlemelerde de vatandaşlık hakkına ilişkin hükümler yer almaktadır. Çalışmamızda öncelikle bu sözleşmelerde yer verilen vatandaşlık, vatandaşlık hakkı ve vatandaşlığın kaybına ilişkin hükümler üzerinde kısaca durulacaktır.

Daha sonra çalışma konumuz olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM), vatandaşlık konusuna ilişkin bazı meselelere yönelik yaklaşımları irdelenecektir. Nitekim Birleşmiş Milletler tarafından hazırlanan hukukî metinlerde vatandaşlık hakkı, bir insan hakkı olarak yer alsa da Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) vatandaşlık hakkını düzenlememiştir. Buna rağmen vatandaşlığı irade dışı sona eren veya vatandaşlığa alınma başvurusu yahut vatandaşlıktan çıkma talebi reddedilen kimseler, hak ihlâline uğradıkları gerekçesiyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvurabilmektedirler. Çalışmamızda AİHM'in bu tür uyuşmazlıklara ilişkin yaklaşım farklılığı ortaya konulacaktır. Şöyle ki AİHM, en başlarda vatandaşlığın kaybına yol açan veya vatandaşlığın kazanılmasını engelleyen kararlara ilişkin kabul edilemezlik kararı verirken, daha güncel tarihli kararlarında içtihadını değiştirerek kabul edilebilirlik yönünde kararlar vermektedir.

Anahtar Kelimeler

AİHM Kararları, Vatandaşlık Hakkı, Devletin Mahfuz/Münhasır Yetkisi, Vatandaşlığa İlişkin Bazı Meseleler, AİHS m.8.

Abstract

Sovereign states shall decide who will acquire or maintain their nationality. Thus, the issue on acquisition and loss of nationality of a State falls within the exclusive competence of this State. In other words, the issue of nationality, in

* Sorumlu Yazar: Gülce Gümüşlü Tunçağıl (Dr. Öğr. Üyesi), Çankaya Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye. E-posta: ggumuslu@cankaya.edu.tr ORCID: 0000-0001-8076-7807

Atf: Gumuslu-Tuncagil G, "Vatandaşlığa İlişkin Bazı Meseleler Hakkında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları" (2021) 41(1) PPII 99. <https://doi.org/10.26650/ppil.2021.41.1.815537>

principle, is a reserved domain of states. States shall determine their conditions about acquiring and losing their nationality in their internal laws. However, fulfilment of the stipulated conditions in internal law does not mean that person has an absolute right for acquisition of nationality because states have discretionary power. This discretionary power should be used by States in accordance with international law. The terms of international law consists of international conventions, customary international law and the principles of law generally recognized.

The main international document that adopted the right to a nationality as a human right is the United Nations Declaration of Human Rights (1948). Besides this, some of the conventions relating to nationality issues are from 12 April, The Hague Convention on Certain Questions relating to the Conflict of Nationality Laws (1930) and the European Convention on Nationality (6 November, 1997). In our paper, firstly, the articles on the right to nationality and loss and deprivation of nationality in these international legal documents will be examined briefly.

After that, in our study, the approaches of the European Court of Human Rights to the decisions about loss of nationality against a person's will and the denial of naturalization requests are going to be examined. Notwithstanding the European Convention on Human Rights (ECHR) does not contain any provision on the right to a nationality. In the past, the European Commission of Human Rights rejected cases concerning loss or deprivation of citizenship or denial of naturalization request on the grounds of incompatible *ratione materiae*. The ECtHR changed its judicial opinion about this issue.

Keywords

Decisions of the European Court of Human Rights, Right to a Nationality, Reserved Domain of States, Certain Issues Regarding Nationality, the European Convention on Human Rights Article 8.

Extended Summary

Our present paper intends to examine the approaches of the European Court of Human Rights (ECtHR) to the decisions on certain issues regarding nationality.

This study will begin with the provisions of international instruments on right to nationality. For instance, the United Nations Universal Declaration of Human Rights (1948), Article 15 is the main document that should be mentioned. According to this provision, everyone has a right to nationality, and no one shall be arbitrarily deprived of nationality nor denied the right to change his nationality. As seen, article 15 adopts the right to nationality as a human right and prohibits the arbitrarily deprivation of nationality.

As adopted in international law, the state has exclusive jurisdiction about who will acquire its nationality or lose its nationality. In other words, the nationality issue, in principle, is a reserved domain of states. This rule was reaffirmed beginning with the Permanent Court of International Justice advisory decision about Nationality Decrees Issued in Tunis and Morocco in 1923. Moreover, states have discretionary power and fulfilment of the stipulated conditions in internal law does not mean that a person has absolute right for acquisition of nationality. Besides advisory decisions about Nationality Decrees Issued in Tunis and Morocco, the Hague Convention on Certain Questions Relating to the Conflict of Nationality Laws (1930) issued that “each State shall determine under its own law who are its nationals” (article 3). The next sentence in article 3 is “this law shall be accepted by other States in so far as it is consistent

with international conventions, customary international law and the principles of law generally recognised with regard to nationality”. Therefore, states sovereignty or reserved domain jurisdiction on nationality would be limited by international law. The term of international law consists of international conventions, customary international law and the principles of law generally recognised. This approach was taken in the European Convention on Nationality Law (1997) which was the last effective convention.

The decision of deprivation or loss of nationality affects persons negatively. In other words, this decision puts the relevant person in a disadvantageous position. Namely, this decision changes the personal status and leads them to be a foreigner and sometimes may lead that person to become non-citizens. This decision affects the enjoyment of human rights, such as political rights, right to work, right to family life, freedom of movement etc.

Differing from article 15 of the United Nations Universal Declaration of Human Rights (1948), the European Convention on Human Rights (ECHR) does not contain any provision on right to nationality. In the past, the European Commission of Human Rights rejected cases concerning loss or deprivation of citizenship or denial of naturalization requests on the ground of incompatible *ratione materiae* (for example *X v. Austria*; *Family K. and W. v. The Netherlands*). Then the ECtHR changed its judicial opinion about this issue. The ECtHR started to accept these cases in the scope of article 8 of the ECHR. The reason for examining these cases in the scope of article 8 is the impact on the private life of the individual. The ECtHR examines these cases whether a national organ takes decision on loss or deprivation of citizenship or denial of naturalization requests arbitrarily. The ECtHR has encountered not only cases concerning loss or deprivation of citizenship, but also cases concerning denial of recognition of citizenship and denial of person’s request on renunciation.

The ECtHR puts forward various measures which shall be met by State Parties. If State Parties obey and implement these measures as deciding on withdrawing a nationality, it means that there is no element of arbitrariness. These measures are ‘whether the decision was lawful, whether the applicant had been afforded procedural safeguards, whether the authorities had acted diligently and promptly. Besides examining these measures, the ECtHR evaluates the consequences of the decision on deprivation of nationality or denial of naturalization requests on the applicant’s private life. For instance, this decision leads up to the relevant person stateless or being deported from the territory of the relevant state of former nationality.

Eventually, the prohibition on arbitrarily deprivation of nationality are subject to international legal documents (such as the United Nations Reports) and judgments of International Courts or judicial review (such as the United Nations Human Rights

Committee, the European Court of Justice of the European Union, European Court of Human Rights, the Inter American Court of Human Rights, the African Court on Human and Peoples' Rights).

Consequently, the issue of deprivation or loss of nationality or denial of naturalization request or renunciation request is still subject to judgments of international courts. These certain issues regarding nationality have been currently considered by the European Court of Human Rights such as cases *Ghoumid and Others v. France* (judgment date was 25 June 2020), *Ahmadov v. Azerbaijan* (judgment date was 30 January 2020) or *El Around v. Belgium* (still-continuing judgment). Contrary to old cases, the ECtHR has dealt with these issues from a different aspect; namely it deals with these issues from a human rights dimension.

Vatandaşlığa İlişkin Bazı Meseleler Hakkında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

I. Giriş

Vatandaşlık daha geniş kapsamıyla tâbiyet kavramının tanımı Milletlerarası Adalet Divanının 1955 yılında verdiği *Nottebohm Liechtenstein v. Guatemala* kararında¹ (*Nottebohm* kararı) yer almaktadır. Divan ‘tâbiyet’ kavramını, “*temelinde bir toplumsal bağlılık vakası, karşılıklı hak ve görevlerle birlikte gerçek bir varlık, menfaat, ilgi ve duygu dayanışması yatan bir hukukî bağ*” olarak tanımlamıştır². Genel olarak öğretilerde kabul edilen tanıma göre, vatandaşlık sadece gerçek kişileri; tâbiyet ise gerçek kişiler, tüzel kişiler ve şeyleri (deniz ve hava araçları) devlete bağlayan hukukî ve siyasî bađdır³.

Çalışmamızın ilerleyen kısımlarında da üzerinde duracağımız üzere her devletin, kendi vatandaşlarını tayin etme konusunda egemenlik hakkından doğan münhasır (mahfuz) yetkisi söz konusudur ve devletler bu yetkilerini sınırsız bir biçimde kullanamazlar⁴.

Buna paralel olarak yine devletler, kimlerin vatandaşlıklarını sürdüreceğine veya vatandaşlıklarını kaybedeceğine kendileri karar vermektedirler. Vatandaşlığın kaybı, genel olarak kişinin, vatandaşlık bağı ile bağlı bulunduğu devlet ile olan hukukî ve siyasî bağının sona ermesidir ve kişinin iradesine bağlı olabileceği gibi gayrı iradî de olabilir⁵. Vatandaşlığın kaybında bir taraftan devlet üstüne düşen yükümlülükleri yerine getirmeyen vatandaşını siyasî himayesi altında tutmak istemezken, diğer taraftan da kişi vatandaşlığını taşıdığı devlet ile vatandaşlık bağını artık devam ettirmek istemez⁶. Böylece devletin çıkarı ile kişinin çıkarı karşı karşıya kalmakta ve bu çıkarlar arasında denge sağlanması gerekmektedir; ancak egemenlik hakkına dayanarak devlet, istediği gibi hareket ettiğinde bu denge sağlanamaz⁷. Kişinin iradesi olmadan vatandaşlığın

1 *Nottebohm Liechtenstein v. Guatemala* (International Court of Justice, Judgment 6 April 1955) < <https://www.icj-cij.org/en/case/18/judgments>> Erişim Tarihi 1 September 2020.

2 İlhan Unat, *Nottebohm Kararı ve Tâbiyetin Gerçekliği İlkesi*, (Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi 1966) 21’den naklen.

3 Erdoğan Göğer, *Türk Tâbiyet Hukuku* (3th edn, Sevinç Matbaası 1975) 6-7; Muammer Raşit Seviğ, *Devletler Hususî Hukuku, Giriş, Vatandaşlık ve Yabancılar Hukuku* (Fakülteler Matbaası 1983) 61-62; Ergin Nomer, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (18th edn, Filiz Kitapevi 2010) 3 vd.; Gülin Güngör, *Tâbiyet Hukuku Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler- Şeyler* (7th edn, Yetkin 2019) 1; Turgut Turhan and Feriha Bilge Tanrıbilir, *Vatandaşlık Hukuku* (4th edn, Yetkin 2017) 25; Vahit Doğan, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (15th edn, Savaş 2018) 5, B Bahadır Erdem, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (7th edn, Beta 2019) 6-7.

4 Nihal Uluocak, *Türk Vatandaşlık Hukuku (Karşılaştırma-Uygulamalı)* (Filiz 1989) 6; Turhan and Tanrıbilir (n 3) 33; Gülin Güngör, ‘Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi’, (1997-1998), 17-18 (1-2), MHB, (Prof. Dr. Yılmaz Altuğ’a Armağan) 231; Erdem, (n 3) 5; Helene Lambert, ‘Comparative Perspectives on Arbitrary Deprivation of Nationality and Refugee Status’, (2015), 64 (1), *International and Comparative Law Quarterly* 1, 6-7.

5 Osman Fazıl Berkî, ‘Yetkili Makam Kararı ile Türk Vatandaşlığının Kaybı’ (1975), 32 (1-4), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 117, 117. Ayrıca gerçek kişinin iradesine bakılmaksızın devlet ile arasındaki vatandaşlık bağını ortadan kaldıran nedenler hakkında yapılan ayrıntılı inceleme için bkz. Nimet Özbek, *İlgilinin İstenci Gerekmaksızın Türk Vatandaşlığıyla İlişkinin Kesilmesi* (Pigeon 2015) 3 vd.

6 *ibid* 112.

7 *ibid* 112.

kaybı durumunda, devlet menfaati öne çıkmaktadır⁸. İşte devletlerin kişinin iradesi olmadan verdiği vatandaşlığın kaybı kararlarında⁹, keyfi davranması hâlinde bu denge bozulacaktır¹⁰.

Birleşmiş Milletler tarafından hazırlanan hukukî metinlerde vatandaşlık hakkı, bir insan hakkı olarak yer alsada Avrupa İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesi (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi/AİHS)¹¹ vatandaşlık hakkını düzenlememiştir. Buna rağmen vatandaşlığı irade dışı sona eren veya vatandaşlığa alınma başvurusu yahut vatandaşlıktan çıkma talebi reddedilen kimseler, hak ihlâline uğradıkları gerekçesiyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvurabilmektedirler. Çalışmamızda doğumla veya yetkili makam kararıyla kazanılan vatandaşlığın irade dışı sona ermesine veya vatandaşlığa alınma başvurusunun reddine ilişkin kararlar hakkında AİHM'in yaklaşımı ortaya konulacaktır. Nitekim AİHM kararlarında vurgulandığı üzere, ulusal makamların vatandaşlığa başvuru talebinin reddi kararları ile doğumla veya yetkili makam kararıyla kazanılan vatandaşlığın irade dışı sona ermesine ilişkin kararlarının hukukî sonuçları açısından bir farklılık bulunmamaktadır. Bütün bu kararların, kişinin özel yaşantısı üzerinde aynı etkiyi doğurduğu kabul edilmektedir¹². Yani AİHM, ileriki kısımlarda üzerinde duracağımız üzere, son dönemde vatandaşlıkla ilgili uyuşmazlıkları m.8 kapsamında değerlendirmektedir.

8 Necla Öztürk, 'Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı'nın Vatandaşlığın İrade Dışı Kaybı Yollarına Yaklaşımı' (2007) 20 (73), Türkiye Barolar Birliği Dergisi 95, 97.

9 Örneğin Türk Vatandaşlık Kanunu uyarınca kişinin iradesi dışında Türk vatandaşlığının kaybı hâlleri, 'Türk vatandaşlığını kaybetme (m.29-30)' ve 'Türk vatandaşlığını kazanma/vatandaşlığın alınma kararının iptali (m.31-33)' hâlleridir. Türk Vatandaşlığı Kanunu, Kanun Numarası: 5901, Kabul Tarihi 29.5.2009, RG 16.6.229/27256.

1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının m.66/4-5.maddesinde yer verilen 'çıkarma' yolu, 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununda yer almamaktadır. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Kanun Numarası: 2709, Kabul Tarihi 18.10.1982, RG 09.11.1982/17863 (Mükerrer). Anayasa 66/4 ve 5. maddelerinin yorumu için bkz. Nomer (n 3) 59, Rona Aybay and Nimet Özbek, *Vatandaşlık Hukuku* (4th edn, İstanbul Bilgi Üniversitesi 2015) 197; Doğan (n 3) 23; Güngör (n 3) 53-55; Erdem (n 3) 92-93.

10 Örneğin Türk hukukunda kişinin iradesi dışında Türk vatandaşlığının kaybı ve kazanılamaması durumlarında keyfilikğin önlenmesi için 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında gerekli tedbirler düzenlenmiştir. Anayasamızın 66. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan 'vatandaşlık, kanunun gösterdiği şartlarla kazanılır ve ancak kanunda belirtilen hallerde kaybedilir' hükmü ile kanunda yer alan haller dışında Türk vatandaşlığının kaybedilemeyeceği¹¹ belirtilmiştir. Yine 66. maddenin son fıkrasında 'vatandaşlıktan çıkarma ile ilgili karar ve işlemlere karşı yargı yolu kapatılmaz' hükmü ile vatandaşlığın kaybı kararlarının yargı denetimi altında olduğu garanti altına alınmıştır. Ayrıca Anayasa m.125 ile idarenin her türlü işlem ve eylemlerine karşı yargı yolu açıktır. Nomer (n 3) 115; Doğan (n 3) 144.

Öte yandan Türk hukukunda yetkili makam tarafından vatandaşlığın kazanılmasına ilişkin karar alınırken takdir yetkisinin kullanımına ilişkin doktrinde ortaya konan genel esaslar ve açıklamalar hakkında bkz. Güngör (n 3) 76-81. Bu esaslar, "kanunî sınırlar içinde kalmak, kamu yararının gözetilmesi, gerekçelendirme, eşitlik ilkesi ve takdiri yetkinin kullanımına ilişkin kanunlarda yer alan özel şartlara uyulmasıdır". *Ibid.*

11 İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesi (*Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, adopted at Rome on 4 November 1950), 3 Eylül 1953 tarihinde yürürlüğe girmiştir. AİHS, 11 Mayıs 1994 tarihli 11 Numaralı Protokol ile değiştirilen metni, 1 Kasım 1998'de yürürlüğe girmiştir.

Türkiye, 04.11.1950 tarihinde imzalamış ve 10.03.1954 tarih ve 6366 sayılı İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesi ve buna Ek Protokolün Tasdiki Hakkında Kanun ile kabul edilmiştir. İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesi ve Buna Ek Protokolün Tasdiki Hakkında Kanun, Kanun No: 6366, Kabul Tarihi 10.3.1954, RG 19.03.1954/8662.

12 *Ramadan v. Malta*, App no.76136/12 (ECtHR, 21.6.2016).

II. Uluslararası Hukukta Devletlerin Vatandaşlarını Belirleme Yetkisi

1923 yılında yayınlanan Tunus ve Fas Vatandaşlık Kararnamesine ilişkin olan tavsiye görüşünde Uluslararası Daimî Adalet Divanı, vatandaşlık meselelerini, devletlerin münhasır yetkisine dâhil etmiştir¹³. Önceleri Devletlerin tamamen egemenlik alanına dâhil olan vatandaşın tayini meselesi, daha sonraları uluslararası sözleşmelerin kabulü ile uluslararası hukuka uygun olarak çözümlenmesi gereken bir konu olmuştur.

Devletlerin vatandaşlarını belirleme yetkisi ve bu yetkinin sınırı, vatandaşlık hukuku alanında ilk milletlerarası sözleşme niteliğinde olan 1930 Vatandaşlık Kanunları İhtilâflarına İlişkin Çeşitli Meseleler Hakkında Lahey Sözleşmesinin (1930 Lahey Sözleşmesi)¹⁴ 1. maddesinde düzenlenmiştir. Sözleşme kapsamında, devletlerin kendi vatandaşlarını belirlemeye ilişkin yetkisi, genel bir prensip olarak kabul edilir, akabinde vatandaşlığa ilişkin iç hukuk kurallarının, vatandaşlığa ilişkin milletlerarası sözleşmelere, milletlerarası teamül hukukuna ve genel hukuk ilkelerine uygun olduğu sürece devletler tarafından tanınacağı hüküm altına alınmıştır. Böylece Sözleşme, devletlerin vatandaşlık alanındaki münhasır yetkisinin, milletlerarası hukuka uygun bir şekilde kullanılması gerektiğini, aksi hâlde diğer devletler tarafından tanınmayacağını kabul etmektedir. Bir diğer deyişle milletlerarası hukuka uygun şekilde kullanılmayan münhasır yetkinin sonucunda ilgili kişinin vatandaşlığı geçersiz olmaz; bu yetkinin diğer devletler tarafından tanınmaması ve diğer devletler ile uluslararası yargı makamlarının önünde ileri sürülememesi sonucunu doğurur¹⁵. Bu hüküm, tâbiyet hukukunun milletlerarası hukukun bir parçası olduğunu göstermektedir¹⁶.

Bunun yanında özellikle II. Dünya Savaşından itibaren insan hakları hukukunun gelişmesiyle birlikte devletlerin, vatandaşlarını belirleme yetkisini kullanırken bireylerin temel haklarını da göz önünde bulundurması genel olarak kabul edilmektedir. Nitekim vatandaşlık hukuku alanında son tarihli milletlerarası sözleşme olan Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi de devletlerin kendi vatandaşlarını tayin etme konusundaki yetkisini kabul ederken, bunun uluslararası hukuka uygun olarak kullanılması gerektiğini yineler (m.3). Sözleşmenin 3/2. maddesine göre, devletlerin sahip olduğu münhasır yetki, vatandaşlık hukuku alanında uygulanabilir olan milletlerarası sözleşmelere, milletlerarası teamül hukukuna ve genel hukuk ilkelerine uygun olduğu sürece diğer devletler tarafından kabul edilir. Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi,

13 Nationality Decrees Issued in Tunis and Morocco, Permanent Court of International Justice, Second (Extraordinary) Session, Advisory Opinion No.4, 7 February 1923, File F, C.V. Docket II.1 <<https://www.refworld.org/>> Erişim Tarihi 1 September 2020.

14 12 Nisan 1930 tarihli Vatandaşlık Kanunları İhtilâflarına İlişkin Çeşitli Meseleler Hakkında Lahey Sözleşmesi (League of Nations, Treaty Series, Vol.179, 89 yürürlük tarihi 1 Temmuz 1937) <<https://treaties.un.org/>> Erişim Tarihi 1 September 2020.

15 Güngör (n 3) 21; Tamas Molnar, 'The Prohibition of Arbitrary Deprivation of Nationality Under International Law and EU Law: New Perspectives' in *Hungarian Yearbook of International Law and European Law* (Eleven International Publishing 2015) 70.

16 Erdoğan Göğer, 'Devletler Hususi Hukukunun Mahiyeti' (1970), 27 (3-4), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 173, 190-191.

aynen 1930 Lahey Sözleşmesindeki gibi bir yandan devletlerin kendi vatandaşlarını belirleme konusundaki münhasır yetkilerini kabul ederken, diğer yandan devletlerin bu yetkisinin, milletlerarası hukuka uygun kullanılmasını, kullanılmaması durumunda diğer taraf devletlerde kabul görmeyeceğini düzenlemektedir.

III. İnsan Haklarına İlişkin Bazı Hukukî Düzenlemelerde Vatandaşlık-Vatandaşlık Hakkı

Bu başlık altında Birleşmiş Milletler ve Avrupa Konseyi tarafından hazırlanan vatandaşlıkla ilgili bazı uluslararası hukukî düzenlemeler üzerinde sınırlı bir şekilde durulacaktır.

A. Birleşmiş Milletler Tarafından Hazırlanan Hukukî Düzenlemeler

Birleşmiş Milletler tarafından kabul edilen muhtelif beyanname ve milletlerarası sözleşmelerde vatandaşlık ile ilgili hükümler bulunmaktadır¹⁷.

1. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi¹⁸, Birleşmiş Milletler Genel Kurulunca 10 Aralık 1948 tarihinde kabul edilmiştir. Beyanname, insan haklarının yazılı hale getirilmesinde önemli bir aşama olarak görülmektedir.

Beyannamenin 15.maddesine göre;

- Herkesin bir vatandaşlığa sahip olmaya hakkı vardır.
- Hiç kimse keyfi olarak vatandaşlığından ve vatandaşlığını değiştirme hakkından mahrum bırakılamaz.

Görüldüğü üzere Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinde vatandaşlık hakkı bir insan hakkı olarak ve açıkça hiçbir bireyin, vatandaşlıktan keyfi olarak mahrum bırakılmaması kabul edilmektedir. Bunun yanında Birleşmiş

17 Nitekim vatandaşlığa ilişkin hükümler içeren çok sayıda hukukî düzenlemeler mevcuttur. Örneğin taraf devletlerin mültecileri, kendi vatandaşlığına almayı kolaylaştırmalarına ilişkin 28 Temmuz 1951 tarihli Mültecilerin Hukukî Durumuna İlişkin Sözleşme'nin 34.maddesi (Sözleşmenin yürürlük tarihi 22 Nisan 1954. Türkiye Cumhuriyeti Devleti, Sözleşmeye taraftır. Cenevre'de 28 Temmuz 1951 tarihinde imzalanmış olan Mültecilerin Hukukî Durumuna Dair Sözleşmenin Onaylanması Hakkında Kanun, Kanun No: 359, Kabul Tarihi 29.8.1961, RG 5.9.1961/10898) ve taraf devletlerin vatansız kişileri, kendi vatandaşlığına almayı kolaylaştırmalarına ilişkin 28 Eylül 1954 Vatansız Kişilerin Hukukî Durumuna İlişkin Sözleşme m.32 (UNTS Vol. 989, p.175, yürürlük tarihi 13 Aralık 1975. Türkiye Cumhuriyeti Devleti, Sözleşmeye katılmıştır. Vatansız Kişilerin Statüsüne İlişkin Sözleşmeye Katılmamızın Uygun Bulduğuna Dair Kanun, Kanun No: 6549, Kabul tarihi: 1.7.2014, RG 10.7.2014/29056; RG 25.10.2014/29156).

Bir başka örnek Türkiye'nin taraf olmadığı kadın eşin vatandaşlığının evlenme ile etkilenmemesine yönelik 20 Şubat 1957 tarihli Evli Kadınların Tabiiyetine İlişkin Sözleşmedir (UNTS No.4468, Vol.309, yürürlük tarihi 11 Ağustos 1958). Sözleşmenin önsözünde vatandaşlığın bir insan hakkı olarak herkesin vatandaşlığa sahip olmaya hakkı olduğuna yönelik BM İnsan Hakları Evrensel Beyannamesine atıf söz konusudur. Sözleşme hakkında inceleme için bkz. Rona Aybay, *Kadının Uyraklığı Üzerinde Evlenmenin Etkisi* (Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi 1980), 42-50.

18 Beyannamenin Türkçe metni için bkz. RG 27.05.1949/7217.

Milletler Genel Kurulu, 9 Şubat 1996 tarihinde almış olduğu bir kararında, bir yandan devletlerin kendi vatandaşlığını kazanacak ve kaybedecek kişileri belirlemede sahip olduğu yetkiyi tanıırken diğer yandan vatansızlığı azaltmak amacıyla ve uluslararası hukukun temel ilkelerine uyumlu olarak, vatandaşlığın keyfi kaybının ve bir başka devletin vatandaşlığını kazanmadan vatandaşlıktan çıkmanın önlenmesine ilişkin kendi mevzuatında hükümler kabul etmeleri gerektiğini hatırlatmaktadır¹⁹.

Ayrıca Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 15. maddesiyle ilgili olarak Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyi tarafından kabul edilen ve çeşitli yıllarda güncellemeleri yapılan “*İnsan Hakları ve Vatandaşlığın Keyfi Kaybı*” kararları söz konusudur²⁰. Genel olarak bu kararlar, devletlerin objektiflikten ve hukukî dayanaktan uzak, keyfi olarak bireylerin vatandaşlıklarının sona ermesine yol açacak kararlar almasının insan hakları ihlâli olduğuna ilişkindir. Bu kararlardan biri olan 2016 Kararının (A/HRC/RES/32/5)²¹ 1. ve 2. maddelerine göre İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinde belirtilen ‘vatandaşlık hakkının’ temel bir insan hakkı ve ırk, renk, cinsiyet, dil, din, köken, siyasî görüş gibi nedenlerle vatandaşlığın keyfi kaybının, insan hakkı ve temel hürriyetlerinin ihlâli olduğu vurgulanmaktadır. Ayrıca bu kararda devletlerin, vatandaşlığı kazanma, kaybetme veya değiştirme kararlarını alırken keyfilikten uzak durması ve bu kararların uluslararası hukuka uygun olması amacıyla standartları belirlemesi ve vatandaşlığı sona erdiren kararların vatansızlığa yol açmaması gerektiği hatırlatılmaktadır (m.13, 14, 16); nitekim vatandaşlığı sona erdiren kararlar sadece ilgili kişi bakımından uygulanmalı, ilgili kişinin bakmakla yükümlü olduğu kişileri kapsamamalıdır (m.17). Yine ilgili Kararda, devletlerin keyfi olarak vatandaşlığın kaybına yönelik aldığı kararlara konu olan kişilerin uluslararası hukuk tarafından korunduğu belirtilmektedir (Önsöz, par.10). Son olarak, önemle üzerinde durulan bir diğer konu, çocukların vatansız kalmasını önlemek amacıyla her çocuğun vatandaşlık hakkına sahip olduğu ve çocukların vatandaşlıktan keyfi olarak mahrum bırakılmaması gerekliliğidir (m.9, 10).

Bunların yanında Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyi, insan hakları ve vatandaşlığın keyfi mahrumiyetine ilişkin bir rapor hazırlamıştır. Raporun konusu, vatandaşlığın kaybına yol açacak kanunî düzenlemeleri ve idarî önlemleri incelemek ve devletlerin vatandaşlığın kaybına ilişkin kullanacakları takdir yetkisini sınırlayan

19 United Nations General Assembly, A/RES/50/152, 9 February 1996, par.16 <<https://www.refworld.org>> Erişim Tarihi 1 September 2020.

20 Bu kararlar şunlardır: United Nations Human Rights Council Resolution 7/10 of 27 March 2008 (A/HRC/RES/7/10), 10/13 of 26 March 2009 (A/HRC/RES/10/13), 13/2 of 24 March 2010 (A/HRC/RES/13/2), 20/4 of 5 July 2012 (A/HRC/RES/20/4), 20/5 of 16 July 2012 (A/HRC/RES/20/5), 26/14 of 26 June 2014 (A/HRC/RES/26/14), 30 June 2016 (A/HRC/RES/32/5) <www.un.org> Erişim Tarihi 1 September 2020.

21 United Nations Human Rights Council (UNHRC), Thirty-second Session, Agenda item 3, Resolution adopted by the Human Rights Council on 30 June 2016, Human Rights and Arbitrary Deprivation of Nationality, A/HRC/RES/32/5, <www.un.org> Erişim Tarihi 1 September 2020.

uluslararası ilke ve standartları hatırlatmaktadır²². Raporda önemle üzerinde durulan, kişilerin vatandaşlığın irade dışı sona ermesinde vatansız kalmamaları ve uluslararası insan hakları hukukunda açıkça kabul edildiği üzere hiç kimsenin vatandaşlığından keyfi mahrum bırakılmamalarıdır. Bu yönde devletler, ancak hukukî dayanak altında, sebep ile sonuç arasında ölçülülük ilkesine bağlı ve uluslararası hukuka uygun olarak kişilerin vatandaşlığını sona erdirmeye kararı vermelidirler. Son olarak Raporda, vatandaşlık hakkında verilen kararlara karşı etkili itiraz yolunun açık bırakılması hususunun altı çizilmektedir. Bunun dışında vatandaşlıktan keyfi yoksun bırakılması durumunun sonuçları araştırılarak, bunun bireylerin siyasî haklarını, seyahat hürriyetini, etkili yargı yoluna başvuru hakkını, aile yaşamını kurma ve sürdürme hakkını, çalışma-sosyal güvenlik, sağlık ve eğitim hakkını olumsuz etkileyebileceğine ilişkin rapor yayınlanmıştır²³.

2. Uluslararası Medeni (Kişisel) ve Siyasal Haklar Sözleşmesi

Birleşmiş Milletler tarafından hazırlanan vatandaşlık hakkını açıkça belirten uluslararası sözleşmelerden bir diğeri, 16 Aralık 1966 tarihinde kabul edilen ve 23.03.1976 tarihinde yürürlüğe giren Uluslararası Medeni (Kişisel) ve Siyasal Haklar Sözleşmesidir²⁴. Bu Sözleşmenin 24/3. maddesine göre her çocuğun bir vatandaşlığa sahip olma hakkı vardır. Ancak bir çocuğa bu hak tanınmadığı takdirde devletlerin sorumluluğuna ilişkin ilgili düzenlemede hüküm yer almamaktadır²⁵.

3. Diğer Bazı Metinler

- a. 1989 Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin²⁶ 7. maddesinde, her çocuğun vatandaşlığa sahip olma hakkının olduğu düzenlenmiştir.
- b. Ayrıca Birleşmiş Milletler tarafından yayınlanan Vatansız Kişilerin Korunmasına İlişkin El Kitabına göre²⁷:

“Uluslararası hukuk uyarınca Devletler, vatandaşlık vermek ve vatandaşlığı geri almak bakımından geniş takdir yetkisini haizdirler. Söz konusu takdir yetkisi, antlaşma ile sınırlandırılabilir. Özellikle, evrensel ve bölgesel insan hakları antlaşmalarında

22 Bu rapor hazırlanırken, 33 devletten, 22 Birleşmiş Milletlere bağlı örgütlerden ve hükümet dışı organizasyonla bilgi alışverişi yapılmıştır. Bu raporda kişilerin iradi olarak vatandaşlıklarını kaybı hâli olan çıkma yoluna ilişkin düzenlemeler kapsam dışı bırakılmıştır. Annual Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights and Reports of the Office of the High Commissioner and the Secretary-General, Human Rights and Arbitrary Deprivation of Nationality, 19 December 2013, A/HRC/25/28 <<https://www.refworld.org>> Erişim Tarihi 1 September 2020.

23 European Human Rights Council (EHRC) Human Rights and Arbitrary Deprivation of Nationality Report of the Secretary-General, 19 December 2011 (A/HRC/19/43).

24 International Covenant on Civil and Political Rights, UN, 2200 A (XXI), RG.21.07.2003/25175.

25 William Thomas Worster, ‘The Obligation to Grant Nationality to Stateless Children Under Treaty Law’ (2019) 24 (2) Tilburg Review 204, 204.

26 Convention on the Rights of the Child, UN General Assembly Resolution 44/25, RG. 27.01.1995/22184.

27 Vatansız Kişilerin Korunmasına İlişkin El Kitabı, Vatansız Kişilerin Statüsüne Dair 1954 Sözleşmesi Kapsamında (Cenevre 2014) 23 <https://www.unhcr.org/tr/wp-content/uploads/sites/14/2017/02/handbook_on_protection_of_stateless_persons_tr.pdf> Erişim Tarihi 8 September 2020.

vatandaşlığın kazanılması, kaybı ve vatandaşlıktan çıkarılma konularında ırk gibi nedenlerle ayrımcılık uygulanmasına karşı çeşitli yasaklar bulunmaktadır: Örneğin 1979 Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine İlişkin Sözleşme 9.madde.”

Sonuç olarak, Birleşmiş Milletler tarafından kabul edilen insan haklarına ilişkin çeşitli hukukî düzenlemelerde, vatandaşlığın bir insan hakkı olduğu ve vatandaşlığın kaybının keyfi tasarruflara konu olamayacağı kabul edilmiştir. Böylece, devletlerin subjektif nitelikte, dayanaksız ve gerekçesiz tasarruflarının uluslararası hukuk nezdinde kabul edilmeyeceğine işaret edilmektedir. Yani bu kararlarda, keyfiliği önlemek adına devletlerin yetkili makamlarının karar alırken kanuna/hukuka uygun karar vermeleri, kişiye özel kararlar almamaları ve kararlara karşı etkili yargı yolunun mutlaka açık bırakılması gerektiği vurgulanmaktadır.

B. Avrupa Konseyi Tarafından Hazırlanan Hukukî Düzenlemeler²⁸

Avrupa Konseyi insan haklarını düzenleyen ve korumaya yönelik mekanizmalar getiren muhtelif milletlerarası sözleşmeler hazırlamıştır. Konseyin hazırladığı en kapsamlı milletlerarası sözleşme, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesidir (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi/AİHS). Anılan sözleşme daha sonra kabul edilen muhtelif protokollerle değiştirilmiş ve geliştirilmiştir. Bunun yanı sıra sözleşmede korunan hakların ihlâli halinde başvuru yolu kabul edilmiş, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) ihdas edilmiştir. Ancak dikkat çeken husus bu ana metinde vatandaşlık hakkına dair herhangi bir hükmün mevcut olmamasıdır. Buna mukabil aşağıda değinilen milletlerarası sözleşmelerde vatandaşlık ayrı bir düzenleme konusu yapılmıştır.

1. 6 Mayıs 1963 Çok Vatandaşlık Hallerinin Azaltılması ve Çok Vatandaşlık Hallerinde Askerlik Yükümlülüğü Konusunda Avrupa Sözleşmesi²⁹

Avrupa Konseyi, vatandaşlık hukukuna ilişkin olarak öncelikle çok vatandaşlık hâline dair bir hukukî düzenleme kabul etmiştir. Sözleşme, 28 Mart 1968 tarihinde yürürlüğe girmiştir³⁰. Özetle Sözleşme dört bölümden oluşmaktadır. Sözleşme kapsamında çalışma

28 Diğer bölgesel insan hakları metinlerine baktığımızda, Amerika İnsan Hakları Sözleşmesinde vatandaşlık hakkına ilişkin hükme rastlamaktayız. 22 Kasım 1969 tarihli Amerika İnsan Hakları Sözleşmesinin 20.maddesine göre, herkesin vatandaşlığa sahip olmaya hakkı vardır ve hiç kimse vatandaşlığından veya vatandaşlığını değiştirmekten keyfi olarak mahrum bırakılamaz. American Convention on Human Rights adopted at the Inter-American Specialized Conference on Human Rights, San Jose, Costa Rica.

Afrika kıtası için insan hakları konusunda akdedilen hukukî düzenlemede vatandaşlık hakkı düzenlenmemiştir. African Charter on Human and Peoples' Rights, June 1981, Nairobi, Kenya. Ancak Afrika Çocuk Hakları ve Refahı Üzerine Şart'ın 6/3.maddesinde her çocuğun vatandaşlığa sahip olmaya hakkı olduğu kabul edilmiştir. İnceleme için bkz. Worster (n 25) 214.

Son olarak, Avrupa Birliği tarafından yürütülen çalışmalar hakkında bkz. Acquisition and Loss of Citizenship in EU Member States Key Trends and Issues by European Parliament <<https://www.europarl.europa.eu>> Erişim Tarihi 3 September 2020.

29 The Convention on the Reduction of Cases of Multiple Nationality and Military Obligations in Cases of Multiple Nationality, European Treaty Series No.43.

30 Türkiye Cumhuriyeti Devleti, ilgili sözleşmeye taraf değildir. Çalışmamızın kapsamını aşmaması nedeniyle bahse konu Sözleşme hükümleri tek tek ele alınmayacak, genel bir çerçevede çizilecektir. Bu hükümlerin değerlendirilmesi için bkz. Nihal Uluocak, 'Çifte Vatandaşlığın Önlenmesine İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi ve Son Gelişmeler' (1987) 2 (7) Milletlerarası Hukuk ve Özel Hukuk Bülteni 181-186.

konumuzla ilgili olan hükümlere değinilecektir. Sözleşmenin konularından ilki, çok vatandaşlık hallerinin azaltılması başlıklı birinci kısımda yer alan 1/1. maddeye göre, ergin taraf devlet vatandaşının, kendi iradesiyle yetkili makam kararıyla, seçme veya yeniden kazanma yoluyla bir başka taraf devlet vatandaşlığını kazanması durumunda, önceki vatandaşlığını kaybetmesidir. İkincisi ise, çok vatandaşlık halinde askerî yükümlülüklerdir; birden çok devletin vatandaşı olan kişiler, sadece tek bir devlete bağlı olarak askerlik yükümlülüğünü yerine getirebilecektir (m.5-6). Nitekim Sözleşme, 12 Avrupa Devletinde yürürlüktedir³¹. Bu durum, Sözleşmenin Avrupa Konseyi üyesi devletler tarafından gerekli ilgiyi kazanmadığını göstermektedir; ayrıca öğretide Sözleşme, çifte vatandaşlığın yol açabileceği sorunları gidermeye çalışmasından öte çifte vatandaşlığı önlemeyi hedef alması nedeniyle eleştirilmiştir³².

Ancak çok vatandaşlık hallerine ilişkin sorunlar bu Sözleşme ile tam giderilemediğinden, Sözleşmeye ek protokoller kabul edilmiştir³³. Bu Protokollerden biri olan İkinci Protokolde Avrupa Konseyinin bakış açısı değişmektedir. Bu Protokol ile çifte/çok vatandaşlık durumunda, önceki vatandaşlığın terk edilmesine ilişkin katı bakış açısı, üç grup için yumuşamıştır. Buna göre ikinci nesil göçmenler (*migrants*), farklı taraf devlet vatandaşları ile evlenenler ve bu evliliklerden doğan çocuklar, çifte/çok vatandaş olabilmektedir (m.1)³⁴. Nitekim İkinci Protokolün başlangıç kısmında, farklı devlet vatandaşlarının yaptığı evliliklerin (karma evliliklerin) sayısının fazla olması ve bir eşin diğer eşin vatandaşlığını kazanma ve bu kişilerin çocuklarının da ebeveynlerinin vatandaşlığını kazanma ihtiyacı düşünüldüğünde, aynı aile içinde vatandaşlığın birliğini sağlamak amacı belirtilmektedir. Bu yönde, eşlerden biri kendi vatandaşlığını terk edebilir.

2. Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi³⁵

Avrupa Konseyi tarafından hazırlanan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde ‘vatandaşlık hakkı’ düzenlenmemiştir. AİHS’de vatandaşlık hakkından bahsetmese de Avrupa İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesinin Dördüncü

31 Avusturya, Belçika, Danimarka, Fransa, İrlanda, İtalya, Lüksemburg, Hollanda, Norveç, İspanya, İsveç ve Birleşik Krallık <<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list>> Erişim Tarihi 4 September 2020.

32 Erdoğan Göger, ‘Çifte Vatandaşlık’, (1995) 44 (1), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 127, 155.

33 Bu Protokollerin ilki 24.11.1977’de imzalanan Çok Vatandaşlık Hallerinin Azaltılması ve Çok Vatandaşlık Hallerinde Askerlik Yükümlülüğü Konusundaki Sözleşmeyi Değiştiren Protokol, 8 Eylül 1978; bir diğeri yine 24.11.1977’de imzalanan ilgili Sözleşmeye Ek Protokol, 17.10.1983 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Son olarak da 24.03.1995 tarihinde yürürlüğe giren 02.02.1993’te imzalanan Çok Vatandaşlık Hallerinin Azaltılması ve Çok Vatandaşlık Hallerinde Askerlik Yükümlülüğü Konusundaki Sözleşmeyi Değiştiren İkinci Protokoldür.

34 Ayrıca bu madde hakkındaki yorum için Explanatory Report to the European Convention on Nationality, par.8.

35 European Convention on Nationality, ETS No.166, 06.11.1997 tarihinde Strasburg’da akdedilen Sözleşme, 01.03.2000 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşme, şu ana kadar 21 ülkede yürürlüktedir. Bu ülkeler, Almanya, Arnavutluk, Avusturya, Bosna-Hersek, Bulgaristan, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Finlandiya, Hollanda, İsveç, İzlanda, Karadağ, Kuzey Makedonya, Moldova, Lüksemburg, Macaristan, Norveç, Portekiz, Romanya, Slovakya, Ukrayna.

Türkiye Cumhuriyeti Devleti, Sözleşmeyi onaylamamıştır <<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/166/signatures>> Erişim Tarihi 4 September 2020.

Sözleşmenin İngilizce metni için <<https://www.coe.int/168007f2c8>> Erişim Tarihi 4 September 2020.

Protokolünün³⁶ 3. maddesinde, kişilerin vatandaşı bulunduğu Devletin ülkesinden sınır dışı edilemeyeceği ve hiç kimsenin vatandaşı bulunduğu Devletin ülkesine girme hakkından mahrum bırakılamayacağı kabul edilmiştir. Bu düzenleme ile ‘vatandaşın kendi ülkesinden sınır dışı edilemeyeceği kabul edilerek, vatandaşın korunması’ ile karşılaşmaktayız.

1988 yılında Avrupa Konseyi, bir insan hakkı olan vatandaşlık hakkının AİHS kapsamına ek protokolle dâhil edilebilme ihtimalini incelemeye başlamış; ancak devletlerin bu konuda ek protokol kabulüne hazır olmamaları nedeniyle bir sonuca varamamıřtır³⁷. Daha sonra 1992 yılında vatandaşlık hakkına ilişkin yeni bir sözleşme hazırlığına başlanmış ve 6 Kasım 1997 tarihinde Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi Strasburg’da imzalanmıştır. Sözleşmenin özetine ilişkin açıklamalarda belirtildiği üzere³⁸, Sözleşme, vatandaşlığın kazanılmasına, vatandaşlığı sadece iyi bir sebeple ve keyfi olmayan sebeple sona erdirilmesine yönelik hükümler içermektedir. Ayrıca Sözleşme, vatandaşlık kararlarının âdil ve yargı denetimine açık olmasını garanti etmektedir. Yine ‘özet’ kısmında Sözleşmenin arkasında yatan bazı önemli ilkeler üzerinde durulmuştur. Bunlar, vatansızlığın önlenmesi, devletlerin vatandaşlık sorunlarını düzenlerken cinsiyet, din, ırk, renk, ulusal veya etnik köken gibi unsurlara dayanarak ayrımcılık yapmaması ve ilgili yerlerde mutaden oturan kişilerin haklarına saygı gösterilmesidir³⁹.

Sözleşme, vatandaşlık hukukuna ilişkin meseleleri ele alan kapsamlı bir sözleşme olup, ilkeler, vatandaşlığın kazanılması, kaybı, yeniden kazanılması, çok vatandaşlık, Devlet halefiyeti durumunda vatandaşlık ve askerî yükümlülükler konularına ilişkin hükümler içermektedir⁴⁰. Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesinin 3. maddesine göre “her devlet, kendi ulusal hukukuna göre kimlerin vatandaşı olduğunu kendisi belirler. Ancak bu yetki, vatandaşlık hukuku alanında uygulanabilir olan uluslararası sözleşmelere, uluslararası teamül hukukuna ve genel hukuk ilkelerine uygun olduğu sürece diğer devletler tarafından kabul edilir”.

Ayrıca Sözleşmenin 4. maddesinde vatandaşlığa ilişkin ilkeler kabul edilmiştir. Bu ilkelerden ilki, herkesin vatandaşlığa hakkı vardır. İkincisi, vatansızlık önlenmelidir. Üçüncüsü, kimse keyfi olarak vatandaşlıktan mahrum bırakılamaz. Son olarak bir taraf devletin vatandaşı ile bir yabancı arasında ne evlilik ne evliliğin sona ermesi ne de evliliğin devamı sırasında bir eşin vatandaşlığının değişmesi, bir diğer eşin

36 Protokol (Protocol No.4 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Securing Certain Rights and Freedoms Other Than Those Already Included in the Convention and in the First Protocol), 16 Eylül 1963 tarihinde kabul edilmiş; 2 Mayıs 1968 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

37 Dissenting Opinion of Judge Pinto de Albuquerque in the case of *Ramadan v. Malta* App no.76136/12, (ECtHR, 21 June 2016), 32.

38 <<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/166>> Erişim Tarihi 4 September 2020.

39 <<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/166>> Erişim Tarihi 4 September 2020.

40 Bu hükümler çalışmamız kapsamında tek tek incelenmeyecek olup, konumuzla bağlantılı olan ilkeler ve vatandaşlığın sona ermesine ilişkin hükümlere değinilecektir.

vatandaşlığına kendiliğinden etki eder. Söz konusu ilkeler, vatandaşlık üzerine ulusal düzenlemelerin temelini teşkil eden uluslararası ilkelere⁴¹.

Öte yandan, vatandaşlığın kaybına ilişkin Sözleşmede yer alan hükümlere baktığımızda, taraf Devletlerin kendi ulusal hukukunda istisnaî haller dışında kanun hükmü icabı veya alacağı kararla vatandaşlığın kaybını düzenlemeyebileceği kabul edilmiştir (m.7/1). Bu istisnaî haller şunlardır:

- a. Başka bir devletin vatandaşlığının iradî olarak kazanılması,
- b. Başvuranın, hileli davranışta bulunarak, yanlış bilgi vererek veya gizleyerek taraf devlet vatandaşlığını kazanması,
- c. Yabancı askerî kuvvetlerde gönüllü hizmette bulunulması,
- d. Taraf devletin önemli çıkarlarını ciddi zarara uğratacak eylemlerde bulunulması,
- e. Taraf devlet ile yurt dışında ikamet eden vatandaşı arasında gerçek bağın bulunmaması,
- f. Taraf devletin kanun hükmü icabı, çocuğun vatandaşlığının kazanılmasına ilişkin ulusal hukukta yer alan ön şartların, çocuğun ergin olmasından önce yerine getirilemeyecek olması,
- g. Evlat edinilen çocuğun, evlat edinen ebeveynden birinin veya her ikisinin sahip olduğu yabancı vatandaşlığına sahip olması veya bu vatandaşlığı kazanması durumunda çocuğun evlât edinilmesi.

Bu istisnaî hallerin varlığı durumunda kişiler, ilgili taraf devletin vatandaşlığını kaybedebilirler; bir diğer deyişle bu haller dışında ne kanun hükmü icabı ne de yetkili makam kararıyla bir kişi, ilgili taraf devletin vatandaşlığını kaybeder⁴². Eğer kişi, vatansız kalacaksa, sözleşme metninde sayılan istisnaî hallerin varlığı durumunda dahi taraf devlet, vatandaşlığının kaybını düzenlemeyebilir (m.7/3). Ancak bu kuralın tek bir istisnası vardır, ilgili kişinin, yabancı devlet vatandaşlığını hile ile, yanlış bilgi vererek veya kazanılmasına esas olan bir hususu gizleyerek kazandığı tespit edilirse, kişi ilgili devlet vatandaşlığını kaybeder. Bu duruma mahsus olmak üzere, ilgili kişinin vatansız kalıp kalmayacağı önem taşımamaktadır.

Öte yandan Sözleşme kapsamında, bireyin talebiyle vatandaşlıktan çıkma (*renunciation*) hakkı da ayrı olarak düzenlenmiştir. Sözleşmenin 8. maddesine göre her taraf devlet, kişinin vatandaşlıktan çıkma talebine, vatansız kalmaması şartıyla izin vermelidir; ancak taraf devlet, iç hukuk düzenlemesi ile çıkma yolunu kullanabilecek kişileri sadece yurt dışında mutad meskene sahip olan vatandaşlar ile sınırlandırabilir. Son olarak, Sözleşme metninde geçen bireyin kararıyla vatandaşlığın kaybı, geniş yorumlanmalıdır; sadece tek başına ilgili kişinin iradesi sonucu vatandaşlığın kaybı

41 Explanatory Report to the European Convention on Nationality, 6, par.30.

42 Explanatory Report to the European Convention on Nationality, 10, par.58.

hâli ile sınırlı olmayıp, iradesinin yanında yetkili makamın onayı sonucu çıkma durumu da bu madde kapsamında deđerlendirilmektedir⁴³.

Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi çerçevesinde ortaya konan kural ve ilkeler, sadece taraf devletlerin değil, taraf olmayan devletlerin de vatandaşlık kanunlarını hazırlarken veya değiştirirken göz önünde bulundurabilecekleri kural ve ilkelerdir⁴⁴.

Son olarak, 1997 Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi'nin Açıklayıcı Raporuna göre, AİHS'in vatandaşlık hukukuna ilişkin meselelerdeki irtibatı ortaya konmuştur. Buna göre, AİHS 4. Protokolün 3. maddesinin dışında AİHS ve ek protokollerinde vatandaşlığa ilişkin herhangi bir düzenleme yer almasa da AİHS'in vatandaşlık meselelerine uygulanabilir nitelikte olan hükümleri şunlar sayılmıřtır⁴⁵: işkence veya insanlık dışı veya aşağılayıcı muameleyi yasaklayan 3. madde, adil yargılanma hakkına ilişkin olan 6. madde, aile yaşamına saygı hakkına ilişkin olan 8. madde, ayrımcılık yasağına ilişkin olan 14. madde ve yabancıların toplu olarak sınır dışı edilmesini yasaklayan 4. Protokolün 4. maddesidir. Bunun dışında Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesinin aile hayatına saygı gösterilmesi hakkına (AİHS m.8) bağlı kalacağı, Sözleşmenin başlangıç kısmında da belirtilmiştir. Dolayısıyla çalışmamızda, AİHM içtihadında olduğu gibi vatandaşlıkla ilgili meseleler AİHS m.8 kapsamında değerlendirmeye tâbi tutulmuştur.

IV. AİHM'in Vatandaşlığa İlişkin Uyuşmazlıklarda Tavrı

Yukarıda incelediğimiz üzere, uluslararası hukukun temel insan hakları metinlerinde vatandaşlık hakkına ve kişilerin vatandaşlıktan keyfi mahrum bırakılmamasına işaret edilmektedir. Hatta Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyi, "İnsan Hakları ve Vatandaşlığın Keyfi Kaybı" Kararlarında devletlerin, objektiflikten ve hukukî dayanaktan uzak kararlar almamasını vurgulamaktadır. Buna rağmen bir başka temel insan hakları sözleşmesi olan Avrupa İnsan Hakları ve Ana Hürriyetlerin Korunmasına İlişkin Sözleşmesinde (AİHS) vatandaşlık hakkına ve kişilerin vatandaşlıktan keyfi mahrum bırakılmamasına ilişkin herhangi bir hüküm yer almamaktadır⁴⁶.

AİHS 11 numaralı Protokolün yürürlüğe girmesinden önce, AİHS m.25 hükmüne göre Avrupa İnsan Hakları Komisyonunun (Komisyon) Sözleşmede düzenlenen hakların ihlâl edildiğine ilişkin başvuruları kabul edebilmesi için aleyhine başvurulan taraf devletin, Komisyonun bu tür başvuruları kabul etme yetkisini tanıdığını beyan

43 Explanatory Report to the European Convention on Nationality, 13, par.78.

44 Ömeğin 5901 sayılı Türk Vatandaşlık Kanunu. Feriha Bilge Tanrıbilir, 'Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi ve Türk Hukuku' (2002) 22 (2) MHB (Ergin Nomer'e Armağan) 791, 793.

45 Explanatory Report to the European Convention on Nationality 4, par.16.

46 AİHM, devletlerin vatandaşlık başvurularını reddederken veya vatandaşlıktan irade dışı sona erdirmeye kararlarını verirken keyfi davranıp davranmadıklarını ortaya koyduğu ölçütler üzerinden değerlendirmektedir. İleride üzerinde durulacağı üzere bu değerlendirmeyi her somut vakia üzerinden yapmaktadır. Bu ölçütlerin içeriğini ayrıntılı şekilde doldurmayı, takdiri yetkisini muhafaza ettiği görülmektedir.

etmesi gerekiyordu. AİHS 11 Numaralı Protokolün yürürlüğe girmesinden sonra⁴⁷ 25. madde değiştirilmiş, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Mahkemesinin yerine sadece Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi oluşturulmuş ve bireysel başvuru başlıklı 34. madde kabul edilmiştir. Bu hükme göre Taraf Devletlerin, Komisyonu tanıma beyanına ilişkin şart kaldırılmış ve bireysel başvuruların kabul edilebilirliğine ilişkin incelemenin sadece AİHM tarafından yapılacağı kararlaştırılmıştır. Böylece 11 Numaralı Protokol ile teşkilatlanma yapısında meydana gelen değişiklik ile kabul edilebilirlik ve esas yönünden inceleme AİHM tarafından yapılmaktadır.

Vatandaşlığa ilişkin hükümler AİHS kapsamında yer almasa da, vatandaşlığı irade dışı sona erdiren veya vatandaşlığa alınma başvurusu yahut vatandaşlıktan çıkma talebi reddedilen kimseler, hak ihlâline uğradıkları gerekçesiyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvurabilmektedirler. Bu tür başvurular üzerine AİHS 11 Numaralı Protokolün yürürlüğünden önce Komisyonun verdiği kararlar ile 11 Numaralı Protokolün yürürlüğünden sonra AİHM'in verdiği kararlar arasında farklılıklar mevcuttur. Komisyon, ulaşabildiğimiz kararlarda, kabul edilemezlik kararı verirken, AİHM başvuruları esastan incelemektedir. Bu durumda karşılaşılan vatandaşlığı sona erdiren veya vatandaşlığın kazanılmasını engelleyen kararlara karşı tavır değişmiştir. Çalışmamızda vatandaşlığa ilişkin bazı meseleler hakkında verilen kararlar, AİHS 11 Numaralı Protokolün yürürlüğe girmesinden önceki dönem ve sonraki dönem üzerinden ayırım yapılarak incelenecektir.

A. Önceki Dönem

Bu dönemde verilen kararlar AİHS 11 numaralı Protokolün yürürlüğe girmesinden önce verilmiş kararlardır. Bu dönemde vatandaşlığa ilişkin uyuşmazlıkların kabul edilebilirliğine ilişkin incelemeler Komisyon tarafından yapılmaktaydı. Bir diğer deyişle vatandaşlar, doğrudan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvuramamaktaydılar⁴⁸.

AİHS kapsamında vatandaşlık hakkı garanti altına alınan bir hak olarak kabul edilmediği için Komisyon, vatandaşlığa ilişkin uyuşmazlıkları, konu bakımından

47 AİHS, 11 Mayıs 1994 tarihli 11 Numaralı Protokol ile değiştirilen metni, 1 Kasım 1998'de yürürlüğe girmiştir.

İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin Oluşturduğu Denetim Mekanizmasının Yeniden Yapılanmasına İlişkin 11 No.lu Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun, Kanun No.4255, Kabul Tarihi: 14.5.1997, RG 22.5.1197/22996.

11 Numaralı Protokol öncesinde Taraf Devletlerce, Sözleşmede yer alan yükümlülüklerle uyulmasını temin etmek için Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi mevcuttu. Öncelikle uyuşmazlıklar Komisyon önüne gelmekteydi. Komisyonun teşkilatı, görev ve yetkileri için bkz. 11 Numaralı Protokol Öncesi İnsan Hakları ve Ana hürriyetleri Koruma Sözleşmesi 20-37.maddeler. Ayrıca Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bir uyuşmazlığı Komisyon tarafından dostça çözüm yolu ile halledilemeyince ele alabilir (m.47). Taraf Devletlerin tanıma beyanı üzerine, bir uyuşmazlığı Mahkeme önüne götürebilecekler: Komisyon, vatandaşın mağdur olduğu ileri sürülen Taraf Devlet, uyuşmazlığı Komisyona götüren Taraf Devlet ve aleyhine şikâyetle bulunulan Taraf Devlet (m.48). Mahkemenin görev ve yetkilerine ilişkin hükümler için bkz. 38-56. maddeler.

48 Sandra Mantu, *Contingent Citizenship. The Law and Practice of Citizenship Deprivation in International, European and National Perspectives* (Brill Nijhoff 2015) 95.

(*ratione materiae*) kabul edilebilir olmadığından reddetmekteydi⁴⁹. Bu konuda üzerinde duracağımız ilk dava, vatandaşlığın irade dışı sona ermesine ilişkin olan *X. v. Austria* davasıdır⁵⁰. Başvuran, 1888’de Viyana’da doğmuş ve Avusturya vatandaşlığına sahiptir; 1948 yılında yetkili makam kararıyla Birleşik Krallık vatandaşlığını kazanmıştır. Daha sonra Avusturya vatandaşlığının irade dışı sona erdirildiğine ilişkin karar kendisine bildirilmiş, ancak bu karara yönelik itirazları kabul edilmemiştir. Bunun üzerine Avusturya vatandaşlığından mahrum bırakıldığı iddiasıyla AİHM’e başvurusu üzerine Komisyon, vatandaşlık düzenlemelerinin Devletlerin yetkisinde olduğuna ve uyuşmazlığın konu bakımından (*ratione materiae*) elverişli olmadığına karar vermiştir.

Komisyon’un vatandaşlık konusundaki bu yaklaşımı *Family K. and W. v. The Netherlands* kararında devam etmektedir⁵¹. Söz konusu davanın dört başvurusu mevcuttur. 1961 doğumlu Hollanda vatandaşı ilk başvuran, 1958 doğumlu Hong Kong’da doğan ikinci başvuran ile evlenmiştir. Bu kişilerin 1980 ve 1983 Hollanda doğumlu İngiliz vatandaşı çocukları (üçüncü ve dördüncü başvuran) bulunmaktadır. İkinci başvuran dışındakiler Amsterdam’da oturmaktadır. 1982 yılında ikinci başvuran çalışma amaçlı ikamet izni ile oturduğu Hollanda’da yüklü miktarda eroin bulundurmaktan iki yıl hapis cezası almıştır. Cezası üzerine kamu düzenini ihlâl ettiği gerekçesiyle ikamet izni uzatma başvurusu reddedilmiş ve kendisinin, istenmeyen yabancı statüsünde kabul edilerek, sınır dışı edilmesine karar verilmiştir. Başvuran, bu karara ilişkin itirazının reddedilmesi üzerine, aile yaşamına müdahale edildiği gerekçesiyle AİHM’e başvurmuştur. Ayrıca bir diğer iddiası ise, o dönem yürürlükte olan Hollanda Vatandaşlık Kanunu hükümlerine göre Hollanda vatandaşı erkek ile evlenen yabancı kadın, belediyeye yazılı bildirimde bulunarak Hollanda vatandaşlığını kazanabilirken, Hollanda vatandaşı kadın ile evlenen yabancı erkeğin bu hakka sahip olmaması ve bu hükmün aile yaşamına müdahalenin engellenmesine ilişkin AİHS 8. maddesine aykırı olmasıdır. Komisyon, belirli bir devletin vatandaşlığının kazanılma hakkının ne Sözleşmenin kapsamına giren ne de Sözleşmenin 8. veya bir başka maddesiyle ilgili olan bir konu olduğunu belirterek, uyuşmazlığı konu yönünden reddetmiştir. Ayrıca Komisyon, bu davaya özgü olarak başvuran kişinin işlemiş olduğu suç ile kamu düzenini ve sağlığını ciddi tehlikeye düşürdüğü için Hollanda hükümetinin aldığı kararın m.8/2’de yer alan kısıtlamalara⁵² uygun olduğunu yorumunu da eklemiştir.

49 AİHM’in vatandaşlık meselelerine ilişkin tavrını kesin bir şekilde koyduğu ve pilot karar olarak nitelendirdiği *Ramadan v. Malta* kararında AİHM’in yaptığı bu değerlendirme için bkz. *Ramadan v. Malta* App no.76136/12, (ECtHR, 21 June 2016).

50 *X v. Austria* App No. 5212/71 (Commission Decision, 5 October 1972)

51 *Family K and W v. The Netherlands*, App No.11278/84 (Commission Decision, 01 July 1985)

52 “1. Her şahıs hususi ve ailevi hayatına, meskenine ve muhaberatına hürmet edilmesi hakkına sahiptir.

2. Bu hakların kullanılmasına resmî bir makamın müdahalesi demokratik bir cemiyette ancak millî güvenlik, amme emniyeti, memleketin iktisadi refahı, nizamın muhafazası, suçların önlenmesi, sağlığın veya ahlâkın ve başkasının hak ve hürriyetlerinin korunması için zarurî bulunduğu derecede ve kanunla derpiş edilmesi şartıyla vuku bulabilir”. Sözleşmenin Türkçe metni için RG 19.03.1954/8662.

Görüldüğü üzere 1972 ve 1985 tarihli olan kararlarda Komisyon, vatandaşlığa ilişkin uyumsuzlukları konu bakımından reddetme eğilimindedir.

Daha sonra 1996 yılında *Slepčik v. the Netherlands and the Czech Republic* davasında başvuran çingene olan *Slepčik* ailesinin üyeleri, Çekya'nın vatandaşlık başvurularını reddetmesi üzerine AİHM'e başvurmuşlar ve Komisyon, vatandaşlığın kazanılması hakkının, Sözleşmede ve Protokollerinde düzenlenmediğini belirterek başvuruyu kabul etmemiştir⁵³.

Ancak *Slepčik* kararından önce AİHM, ilginç bir karara imza atmıştır. Vatandaşlığa ilişkin uyumsuzlukları kabul etmeyen AİHM ve Komisyon, vatandaşlığın kaybına ilişkin *Kafkaslı v. Turkey* davasında kabul edilebilirlik yönünde karar vermiştir⁵⁴. Başvuran, başvurduğu sırada Türkiye'de ikamet eden Gürcistan asıllı vatansız bir kişidir. *Kafkaslı*, 1939 yılında Türkiye'ye göçmen olarak gelmiş ve 1940 yılında Türk vatandaşlığını kazanmıştır. Türkiye'de iş bulamadığı gerekçesiyle Gürcistan'a geri dönerken Türkiye-Sovyetler Birliği sınırında casusluk yaptığı gerekçesiyle yakalanmış ve 15 yıl hapis cezasına mahkûm edilmiştir. 1955 yılında ulusal güvenliği tehdit ettiği gerekçesiyle Bakanlar Kurulu Türk vatandaşlığından iskat⁵⁵ kararı almış ve altı gün içinde ülkeyi terk etmesini istemiştir. Ancak bu sürede başvuran, bir Türk ile evlenmiş ve ülkeyi terk etmemiştir. 1983, 1991 ve 1992 yıllarında Türk vatandaşlığını yeniden kazanmak için başvurmuş; ancak talepleri Bakanlar Kurulu tarafından her seferinde reddedilmiştir. İlgili kişinin AİHM'e başvurma iddiası, yaklaşık 40 yıldır Türkiye'de vatansız statüsünde bulunması ile her üç ayda bir vatansız kimlik belgesinin yenilenmesi için polise başvurmasının ve ev hapsinde olması nedeniyle resmî izin almadan ikametini terk edememesinin özgürlüğünü kısıtladığı, Türkiye'nin çeşitli yerlerinde oturan çocuklarına ve torunlarına ulaşım noktasında güçlüğüne sebep olduğu ve bu durumun da özel ve aile yaşamını etkilediğidir. Komisyon 1993 yılında başvuruyu kabul etmiştir. Türkiye vatandaşlığının kazanılması hakkının Sözleşmede düzenlenmediği gerekçesiyle konu yönünden Komisyon'un yetkisine itiraz etmiştir. Ayrıca Türkiye, kişinin ülkeden sınır dışı edilmediğini, ülkede ailesiyle birlikte yaşamaya devam ettiğini ve vatansız kişilere uygulanan prosedürün kişinin özel ve aile yaşamına saygı hakkını ihlâl etmediğini belirtmiştir. 11 Numaralı Protokol öncesi AİHS m.31'e göre Komisyon, kabul edilebilirlik yönünde karar verdikten sonra vakıa hakkında ve ilgili Devletin Sözleşme uyarınca yükümlülüklerini ihlâl edip etmediğine ilişkin görüşünü içeren rapor hazırlayarak Bakanlar Komitesine iletmekle yükümlüydü. Bu hüküm doğrultusunda 1 Temmuz 1997 tarihinde Komisyon başvuranın yaşadığı durumun AİHS m.8 kapsamında ihlâl olup olmadığını inceleyerek

53 *Slepčik v. The Netherlands and the Czech Republic* App no.30913/96 (Commission Decision 2 September 1996).

54 *Kafkaslı c. Turquie* de la Requete no 21106/92 (Decision de la Commission 22 May 1995). Ayrıca bu kararın yorumu için Laura van Waas, "Fighting Statelessness and Discriminatory Nationality Laws in Europe" (2012) 14 European Journal of Migration and Law 243, 250.

55 Kişi hakkında bu karar 1955 yılında alındığı için o dönemde 1312 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu yürürlüktedir. Türk Vatandaşlığı Kanunu, Kanun No. 1312, Kabul Tarihi 27.11.1928, RG 04.06.1928/904.

görüşünü belirtmiřtir⁵⁶. Bu raporda Komisyon, AİHS m.8/2⁵⁷ kapsamında devletlerin bir yandan ulusal güvenliği ve düzeni sağlarken diğer yandan kişinin özel ve aile yaşantısına saygı hakkı arasında adil denge kurması gerektiğinden ve bu durumun da devletlerin takdirinde olduğundan hareketle somut olayda vatansızlık statüsünün başvuranın aile kurmasını engellemediğini, ilgili devletin uyguladığı önlemlerin meşru olduğunu ve m.8'i ihlâl etmediğini belirtmiştir. Daha sonra Komisyonun kararı sunulduğu Bakanlar Komitesinde onaylanmıřtır⁵⁸. Sonuç olarak, bu kararda vatandaşlığa ilişkin uyuşmazlığın kabul edildiğini, esasa ilişkin incelemeye geçildiğini ve inceleme sonunda hak ihlâli olmadığına karar verildiğini görüyoruz.

Öğretide vatandaşlığa ilişkin uyuşmazlıkların kabul edilebilir nitelikte olduğuna yönelik içtihat değişikliğine gidilen ilk kararın *Kafkaslı v. Turkey* kararı olduğu; ancak bu karardan sonra verilen *Slepčik* kararında önceki -yani vatandaşlığa ilişkin uyuşmazlığı konu bakımından reddettiği- yaklaşımına geri dönüldüğü belirtilmektedir⁵⁹. Aslında ilginç bir tablo ortaya çıkmaktadır. şöyle ki 1995 yılında *Kafkaslı* kararında vatandaşlığa ilişkin uyuşmazlıkların kabul edilebilir olduğuna karar verildikten sonra 2 Eylül 1996 yılında bu karardan geri adım atılarak, vatandaşlığa ilişkin ihtilâflarının kabul edilemeyeceğine yönelik karar vermiştir. Bu karar ile Batı Avrupa Devletleri ile ilgili uyuşmazlıklardaki yaklaşım ile Türkiye'ye ilişkin bir uyuşmazlık geldiğindeki yaklaşım arasındaki farklılık dikkat çekicidir. Aslında Komisyon *Kafkaslı* kararından önce verdiği kararlarda ve *Slepčik* kararında Batı Avrupa Devletlerinin taraf olduğu vatandaşlığa ilişkin ihtilâflarda bu devletlerin vatandaşlarını belirlemede sahip oldukları münhasır yetkiyi gerekçe göstererek karar almıştır. Ancak Komisyon, *Kafkaslı* kararında, devletlerin vatandaşlıklarını devam ettirecek kişileri belirlemede sahip olduğu yetkiden bahsetmemiş ve ulusal güvenliğini tehdit eden bir kiři hakkında aldığı vatandaşlığı sona erdiren kararın hukuka ve ulusal mevzuata uygunluğunu da tartışmamıştır. Sadece konuya, vatandaşlığı sona erdiren kararın sonucu olan vatansızlık açasından yaklařmıřtır⁶⁰.

B. Sonraki Dönem

Bu bölümde ilk önce, vatandaşlığa ilişkin uyuşmazlıkların kabul edilebilir olduğuna ancak hak ihlâli olmadığına yönelik verilen *Kafkaslı* kararından ve 11 Numaralı Protokolün yürürlüğe girmesinden sonra verilen *Karassev and Family v. Finland*⁶¹ kararı üzerinde durulacaktır. *Karassev* uyuşmazlığı 11 Numaralı

56 *Kafkaslı c. Turquie* Requete no. 21106/92 (Rapport De La Commission, 1 Juillet 1997).

57 Bkz. n 52.

58 Resolution DH (98) 19 Human Rights *Kafkaslı v. Turkey*, Adopted by the Committee of Ministers, 18 February 1998 at the 618 th Meeting of the Ministers' Deputies.

59 van Waas (n 54) 252,254.

60 Mantu (n 48) 96.

61 *Karassev and Family v. Finland* App no.31414/96 (ECtHR 12 January 1999).

Protokolün yürürlüğe girmesinden önce Avrupa İnsan Hakları Komisyon'u önüne gelmiş; ancak nihaî kararı, 11 Numaralı Protokolün yürürlüğe girmesinden sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi vermiştir⁶². Şöyle ki *Karassev*'in 5 Mayıs 1995'de yaptığı başvuru, 7 Mayıs 1996'da Avrupa İnsan Hakları Komisyonu tarafından kabul edilmiş; Komisyon 14 Nisan 1998'de toplanmış ancak esasa ilişkin kararını ileri bir tarihe ertelediğini belirtmiştir⁶³. Vatandaşlık başvurusunun reddine ilişkin kararın AİHS m.8'i ihlâl ettiği gerekçesiyle davayı açan başvuran, 1992'de Finlandiya'da doğmuştur. Siyasî durum nedeniyle ülkelerinden kaçan ailesi SSCB vatandaşı olup, Finlandiya'da ikamet etmektedir. Önceleri SSCB'den kaçarak 1991'de Finlandiya'ya gelen aile, iltica başvurusunda bulunmuş, ancak yetkili makamlar başvurularını reddederek haklarında sınır dışı kararı vermiştir. Bu sırada ailesi, *Karassev* adına Finlandiya vatandaşlığına başvurmuş; ancak başvuru reddedilmiştir. Bu sırada yetkili makamlar, Şubat 1992'de ailenin Rus Vatandaşlık Kanununun yürürlüğe girmesiyle kendiliğinden Rus vatandaşlığını kazandığını tespit etmişler ve böylece *Karassev* de doğumla Rus vatandaşlığını kazanmış sayılmıştır. Finlandiya'daki Rus Büyükelçiliğinden 1996 ve 1997 yıllarında aileye vatandaşlıklarına ilişkin bildirim gönderilmiş; ancak aile bu bildirimlere kayıtsız kalmış ve sonunda Rus Federasyonu, ailenin bundan böyle Rus vatandaşı olmadığını ilân etmiştir. Bu gelişmeleri takiben aile, vatansız statüsüne girmiş ve *Karassev*'in ailesi, yabancı pasaportu ve geçici ikamet iznini almıştır. *Karassev*, kendisinin Finlandiya vatandaşı olduğunu iddia ederek yabancı pasaportuna başvurmamıştır. Finlandiya Yüksek İdarî Mahkemesi, *Karassev*'in doğumla Rus vatandaşı olduğu gerekçesiyle doğumla Finlandiya vatandaşlığını kazanmadığına hükmetmiştir. Bunun üzerine uyuşmazlığın önüne geldiği AİHM, Sözleşme ve Protokollerin vatandaşlık hakkını garanti altına alması da vatandaşlığa başvurunun reddi kararının bireyin özel yaşamına olası etkileri nedeniyle m.8 kapsamına dâhil ederek, ulusal makamın kararının hukuka uygun olup olmadığı çerçevesinde inceleme yapmıştır. Şöyle ki Finlandiya'da doğan çocukların başka bir devletin vatandaşlığını taşıması kaydıyla Finlandiya vatandaşlığını kazanacağına ilişkin Finlandiya Vatandaşlık Kanununa uygun verilen bir karar olduğuna dayanarak AİHM, başvuran kişi aleyhine alınan vatandaşlık kazanma talebinin reddi kararını hukuka uygun bulmuştur. Ayrıca vatandaşlık başvurusunun reddine ilişkin kararın kişi ve ailesi üzerinde olumsuz etki bırakmadığını da belirtmiştir.

Böylece, vatandaşlığa ilişkin meseleler AİHM tarafından kabul edilip, esasa ilişkin kararlar verilmeye başlanmıştır. Bu yönde AİHM'in önüne gelen *Riener v. Bulgaria*⁶⁴ uyuşmazlığının konusu, bir başka devlet vatandaşlığını kazanan kişinin önceki vatandaşlığından çıkma talebinin (*renunciation*) reddedilmesinin, AİHS m.8 kapsamında özel hayatın ihlâli olup olmadığıdır. AİHM, bu kararda, uyuşmazlık

62 ibid.

63 *Karassev and Family v. Finland* App no.31414/96 (Commission Decision 14 April 1998).

64 *Riener v. Bulgaria* App no.46343/99 (ECtHR, 23.08.2006).

konusunu m.8 kapsamında değerlendirirken, vatandaşlıktan çıkma talebinin reddi kararının hukukî sonuçları üzerinde durmuştur. Somut uyuşmazlıkta Bulgaristan vatandaşı başvuran 1989 yılında Avusturya vatandaşlığını kazanmış ancak o tarihlerde Bulgaristan vatandaşlığından çıkma talebinde bulunmamıştır. Daha sonraları Bulgaristan’da hakkında yürütölen vergi borçlarına ilişkin yargılamalar üzerine 2004 yılında Avusturya hukukunda çok vatandaşlığın tanınmamasını gerekçe göstererek Bulgaristan vatandaşlığından çıkma talebinde bulunmuştur. Ancak Bulgar yetkililer, vergi borçları nedeniyle bu talebini reddetmiştir. AİHM, bu ret kararının hukukî sonuçları üzerinden kişinin özel hayatını etkileyip etkilemediğini tespit etmiştir. şÖyle ki bu kararın başvuran kişinin kazandığı Avusturya vatandaşlığı ve Avusturya’da bulunan meslekî ve aile hayatı üzerinde olumsuz etkisi olup olmadığı ile başvuranın Avusturya’ya seyahatlerini kısıtlayıp kısıtlamadığı noktalarında değerlendirerek, hak ihlâli olmadığını oy çokluğu ile karar almıştır. Ancak bir hâkim, vatandaşlığının kişinin kimliğinin bir parçası olduğu ve çıkma talebinin reddinin, kişinin vatandaşlığını değiştirme serbestisini olumsuz etkilediği gerekçesiyle karara muhalif kalmıştır.

Bunun dışında *Genovese v. Malta* kararında⁶⁵ vatandaşlık talebinin reddi kararını m.8 kapsamında değerlendirirken AİHM, farklı bir kavram üzerinde durmuştur, o da “toplumsal kimlik” kavramıdır. 1996 yılında İskoçya’da evlilik dışı doğan başvuranın annesi Birleşik Krallık, babası da Malta vatandaşıdır. Babası, çocuğunu tanımamış ve çocuğu ile de kişisel ilişki kurmamıştır. Annesi, çocuğu adına Malta vatandaşlığına başvurmuştur. Ancak Malta yetkili makamı, Malta kanunlarına göre evlilik dışı doğan ocuğun Malta vatandaşı olabilmesi için annesinin Malta vatandaşı olması gerektiğini belirterek, Malta vatandaşlığını kazanma başvurusunu reddetmiştir. Bu karar üzerine Malta iç hukuk yollarını da tüketen anne, son olarak bu karara karşı AİHM’e başvurmuştur. AİHM, AİHS m.8’in belirli bir devletin vatandaşlığını kazanma hakkını garanti etmese de, vatandaşlığa ilişkin meselelere kayıtsız kalamayacağını belirterek uyuşmazlığın esasına girmiştir. Sonuç olarak vatandaşlığa başvuru talebinin reddinin AİHS m.8’i doğrudan ihlâl etmeyip, kişinin toplumsal kimliği üzerinden özel hayata etkisi nedeniyle m.8 kapsamında değerlendirmiş ve ihlâl kararı vermiştir. Bu kararda ‘toplumsal kimlik’ kavramı ile karşılaşıyoruz; ancak kararda, bu kavramın tanımı yapılmadığı gibi ne şekilde kişinin vatandaşlığını etkileyebileceği de açıklanmamıştır. Bu karar oyçokluğu ile alınmış. Bir hâkim, kullanılan bu ifade nedeniyle karara katılmamıştır. Karara katılmayan hâkim, özel hayat kavramının çok geniş olduğunu, vatandaşlığa başvurunun reddi kararının her zaman kişi üzerinde etkisinin olacağını; ancak bu kararın tek başına toplumsal kimliği etkilemesinin mümkün olamayacağını ve somut olayda vatandaşlığa alınmayan kişinin, dokuz yaşında olması ile, bu etkinin ne şekilde olacağının açıklanması gerektiğini belirtmiştir.

65 *Genovese v. Malta* App no.53124/09 (ECtHR, 11 October 2011/Final 11 January 2012).

AİHM, vatandaşlığa ilişkin uyumsuzluklar hakkında kesin tavrını pilot karar olarak nitelendirdiği *Ramadan v. Malta* kararında⁶⁶ somutlaştırmıştır. Buraya kadar, her vakıa üzerinden *-Riener v. Bulgaria* ve *Genovese v. Malta* kararlarında gördüğümüz üzere- farklı ölçütler üzerinden değerlendirmesini yapmıştır. Nitekim *Riener v. Bulgaria* uyumsuzluğunun konusu, vatandaşlıktan çıkma talebinin, *Genovese v. Malta* ile *Karassev and Family v. Finland* uyumsuzluklarının konusu, vatandaşlık kazanma başvurusunun reddidir. Pilot karar olan *Ramadan v. Malta* uyumsuzluğunun konusu ise vatandaşlığı kazanma kararının iptalidir. *Ramadan v. Malta* kararında AİHM önceden konu bakımından AİHS ile uyumlu kabul edilmeyen vatandaşlığa ilişkin uyumsuzlukların⁶⁷, günümüzde kapsam dışı bırakılamayacak bir konu olduğunu ve vatandaşlık hakkının AİHS’te veya Protokollerinde garanti altına alınmasa da vatandaşlığa ilişkin uyumsuzlukların bireylerin özel yaşamına saygı gösterilmesine ilişkin olan AİHS m.8 kapsamında değerlendirilebileceğini belirtmiştir.

Ramadan v. Malta kararına konu olan uyumsuzlukta, doğumla Mısır vatandaşı olan başvuran, vize süresinin bitmiş olmasına rağmen yasal olmadan bulunduğu Malta’da Malta vatandaşı ile evlenmiştir. Daha sonra Mısır ve Malta hukuklarında çifte vatandaşlık kabul edilmediği için Nisan 1994’te Malta vatandaşlığını kazanan başvuran Mısır vatandaşlığından çıkmıştır. Başvuran ile eşi, evliliklerinde sorun yaşamaya başlamış ve başvuran, hamile eşine fiziksel şiddet uygulamaktan dolayı ceza almıştır. 08.02.1995 tarihinde Malta vatandaşı kadın, evliliğin iptali için mahkemeye başvurmuş ve dört yıl sonra mahkeme hem evliliği iptal etmiş hem de başvuranın Malta vatandaşlığını kazanmak için evlendiğine (hile ile vatandaşlığı kazandığına) hükmetmiştir. Daha sonra 2003 yılında başvuran, Rus vatandaşı ile evlenmiş ve evlilikten doğan çocukları, başvurana bağlı olarak Malta vatandaşlığını kazanmıştır. Başvuran, ikinci eşinin Malta hukukunda kabul edilen ve Malta vatandaşı ile evli olan kişilere seyahat serbestisi tanıyan “*exempt person status*” statüsüne sahip olması için başvurduğu sırada yetkili makam, başvuran hakkında verilen hile ile vatandaşlığı kazandığına ilişkin karar ile karşılaşmış ve 2006 yılında başvuran hakkında vatandaşlığı hile ile kazandığı gerekçesiyle Malta vatandaşlığına alınma kararının iptaline karar vermiştir. Başvuran, hakkında verilen hile ile vatandaşlığı kazandığına ilişkin karardan haberinin olmadığını iddia ederek, vatandaşlığın iptali kararına itiraz etmiştir. İtirazının kabul edilmemesi üzerine Malta’da ilk derece mahkemesinde dava açmış ve AİHS hükümleri uyarınca özel ve aile yaşantısına saygı gösterilme hakkının ihlâl edildiğini ileri sürmüştür. Ulusal mahkeme, vatandaşlığı sona erdiren kararın AİHS m.8’in ihlâlüne yönelik olduğunu belirtmiş ve dava Anayasa Mahkemesine taşınmıştır. Anayasa Mahkemesi, bu kararı kısmen bozarak vatandaşın tayini konusunun devletlerin yetkisinde olduğunu ve böylece AİHS m.8’in ihlâl edilmediğine karar vermiştir.

66 *Ramadan v. Malta*, App no.76136/12 (ECtHR, 21 June 2016)

67 *X v. Austria* App No. 5212/71 (Commission Decision, 5 October 1972); *Family K and W v. The Netherlands*, App No.11278/84 (Commission Decision, 01 July 1985; *Slepčik v. The Netherlands and the Czech Republic* App no.30913/96 (Commission Decision 2 September 1996).

AİHM, Malta Devletinin vatandaşlığı sona erdiren kararının keyfi olup olmadığını incelemiştir. Bunun için belirlediği ölçütler şunlar:

- Vatandaşlığı sona erdiren karar, hukuka uygun mudur?
- Vatandaşlığı sona erdiren karara karşı itiraz yolları açık mıdır? Örneğin, vatandaşlıktan mahrum bırakılan kişi, bu karara karşı mahkemeye başvurabilmiş midir?
- Vatandaşlığı sona erdiren kararı alan yetkililer, özenli ve hızlı bir şekilde davranmışlar mıdır?

İlk ölçüt, hukuka uygunluk ölçütüdür. Yani ulusal yetkili makamın almış olduğu kararın dayanağı kanunda yer almakta mıdır? Malta Vatandaşlık Kanununa göre, hile ile yetkili makam kararıyla vatandaşlık kazanılması vatandaşlığa alınma kararının iptali sebebidir. Nitekim Malta Devleti, kişinin vatansız kalıp kalmadığı ile ilgilenmeden vatandaşlığı kazanmada hile yaptığının tespiti gerekçesiyle, uzun bir süre sonra kişi hakkında vatandaşlığın iptali kararı almıřtır⁶⁸. İkinci ölçüt, ilgili devletin hukukunda, vatandaşlığı sona erdiren karara karşı itiraz yolunun tanınmasıdır. Bu ölçüte ilişkin olarak da AİHM, kişinin yetkili makamın kararına karşı mahkemeye başvurabildiğini, mahkemede avukatla temsil edilebildiğini, sözlü ve yazılı beyanlarının alındığını, tanık ifadeleri de dâhil olmak üzere delillerini mahkemede sunabildiğini, hatta en son olarak da anayasal yargı yolunun tüketildiğini tespit etmiştir. Üçüncü olarak da yetkili makamlar, herhangi bir gecikmeye mahal vermeden kişi adına kararları hızlı bir şekilde almışlardır. Böylece AİHM, Malta yetkililerinin vermiş olduğu vatandaşlığın kaybı kararını, keyfilikten uzak, objektif, hukuka ve kanuna uygun bulmuştur.

Bu davada ortaya konan AİHM'in değerlendirdiği bir diğer durum, vatandaşlığı sona erdiren kararın kişi üzerindeki etkisi ve sonuçlarıdır. Burada da ilgili kişinin, hakkında alınan karar üzerine sınır dışı edilip edilmediği, kendi hayatını/işini ilgili ülkede devam ettirip ettirmedeği hususları ele alınmıştır. Somut olayda başvuran kişinin evliliğinin iptal edilmesinden haberinin olduğunu ve iptal edilen evliliğe bağlı olarak kazanılan vatandaşlığın kaybının da her an olabileceğini; kendisi hakkında sınır dışı kararının olmadığını, Malta'da kalmaya ve kendi işlerini yürütmeye devam ettiğini, çocuklarının Malta vatandaşlığını koruduğunu belirterek, hakkında alınan vatandaşlığı sona erdiren kararın, başvuran kişinin özel ve aile yaşantısını etkilemediği sonucuna varmıştır. Yine mahkeme, başvuran kişinin vatansız kalmasına rağmen Mısır vatandaşlığını yeniden kazanmak için başvuruda bulunmadığını, vatansız kalan bir kişiyi bir başka Devletin ülkesinde kalmasına izin verme yükümlülüğünde olmadığını da eklemiştir.

68 Bu noktada vatandaşlığın sürekliliği konusunun ayrı incelenmesi gerekir. Devletlerin vatandaşlık mevzuatında, sonradan, gerçeğe aykırı beyanla veya hile ile bir devletin vatandaşlığının kazanılması konusunda belirli bir zaman sınırının gerekkip gerekmediği tartışması, bu aşamada gündeme gelebilir.

Sonuç olarak *pilot kararda*, vatandaşlığa ilişkin uyumsuzluklar AİHS m.8 kapsamına dâhil edilmiş ve vatandaşlığı sona erdiren karar veren yetkili makamların bu kararı alırken keyfî davranıp davranmadıklarının değerlendirilmesi için esas alınacak ölçütler belirlenmiştir. Bu ölçütler AİHM tarafından daha sonra verilen kararlarında da değerlendirilmiştir⁶⁹.

Bu kararlardan biri olan *Said Abdul Salam Mubarek v. Denmark* kararında⁷⁰, pilot kararda olduğu gibi, vatandaşlığı sona erdiren kararın, devletin yetkili makamlarınca keyfî alınıp alınmadığı ve ilgili kişi (başvuran) üzerindeki sonuçlarının neler olduğu tespit edilmiştir. Karara konu olayda başvuran kişi doğumla Fas vatandaşı olup, sonradan Danimarka vatandaşlığını kazanmış; dört çocuğu da Danimarka vatandaşıdır ve annesi ve kardeşleri Fas'ta yaşadığı için Fas ile de bağıını devam ettirmektedir. Cinayete teşebbüs suçundan dolayı Fas yetkilileri, başvuranın Danimarka yetkililerinden iadesini talep etmiş ancak Danimarka yetkilileri, Fas'ta ölüm cezası ile karşılaşma ihtimali olduğundan bu talebi iki defa reddetmiştir. Daha sonra başvuran, terör eylemleri nedeniyle Danimarka'da hüküm giymiştir. Özetle hakkında yapılan yargılamalar ve suçun ağırlığı nedeniyle almış olduğu cezanın sonucunda Danimarka Yüksek Mahkemesi kararıyla Danimarka vatandaşlığı sona erdirilmiş ve hakkında sınır dışı kararı alınmıştır. İlgili kararda, bu sonucun AİHS m.8'i ihlâl etmediği belirtilmiş ve Adalet Bakanlığı başvuran kişiyi, milli güvenlik bakımından tehlikeli kişi olarak ilân etmiştir. Bu karar üzerine ilgili kişi, sınır dışı kararının AİHS m.3'ü⁷¹, vatandaşlığı sona erdiren kararın ise AİHS m.8'i ihlâl ettiği gerekçesiyle AİHM'e başvurmuştur. AİHM, m.8'in ihlâli olup olmadığını belirlemek için pilot karar olan *Ramadan v. Malta* kararında tespit edilen ölçütleri ele almıştır. Yani vatandaşlığı sona erdiren karar, hukuka uygun mu; bu karara karşı itiraz yolu tanınmış mı ve ulusal yetkili makamlar, özenli ve hızlı bir şekilde davranmışlar mı? Somut olayda AİHM, vatandaşlığı sona erdiren kararın Danimarka Vatandaşlık Kanunu'nun ilgili maddesine uygun olarak alındığını; başvuran kişinin bu karara karşı yargı yollarını tükettiğini, yetkililerin kararı kesinleştirirken gerekli özeni gösterdiğini tespit etmiş ve ilgili kararın keyfî alınmadığına hükmetmiştir. AİHM, daha sonra vatandaşlığı sona erdiren kararın ilgili kişi (başvuran) üzerindeki sonuçlarının neler olduğu sorusu üzerinde değerlendirme yapmış ve başvuran kişinin, hakkında verilen vatandaşlığı sona erdiren kararı üzerine vatansız kalmadığını ve doğumla vatandaşlığını kazandığı ülke ve sonradan vatandaşlığını kazandığı diğer ülke ile bağlarını halen devam ettirdiğini belirleyerek, m.8'in ihlâl edilmediğine karar vermiştir.

69 Bkz. *K2 v. the United Kingdom* App no.42387/13 (ECtHR, 7 February 2017), *Alpeyeva and Dzhalagoniya v. Russia* App no 7549/09 and 33330/11 (ECtHR, 12 September 2018), *Said Abdul Salam Mubarek v. Denmark* App no.74411/16 (ECtHR, 22 January 2019), *Ghoumid and Others v. France* App no 52273/16, 52285/16, 52290/16, 52294/16, 52302/16 (ECtHR, 25 June 2020).

70 *Said Abdul Salam Mubarek v. Denmark* App no.74411/16 (ECtHR, 22 January 2019).

71 İlgili hükümde yer alan hakkın ihlâl edilip edilmediği çalışmamızın kapsamı dışındadır.

Yine aynı değerlendirmeye *Ghounid and Others v. France*⁷² kararında rastlamaktayız. Bu davasının konusu, terör suçunu işledikleri gerekçesiyle Fransız vatandaşlığı sona erdirilen kişilerin, kendileri hakkında alınan bu kararın AİHS m.8'i ihlâl ettiği iddiasıdır. Bu davada da AİHM, başvuran kişiler hakkında alınan kararların keyfi alınıp alınmadığı üzerine değerlendirme yapmıştır. AİHM, somut uyuşmazlıkta yetkililerin, başvuran kişilerin yaklaşık on yıldır devam eden terör eylemlerinin sonucunda en son yaptırım olarak vatandaşlıklarını sona erdirdiğini, alınan karar üzerine başvuranlara savunma yapmaları için süre verildiğini, başvuranların karara karşı yargı yollarına başvurduğunu ve bunların sonucu olarak da başvuran kişiler aleyhine alınan vatandaşlığı sona erdiren kararın keyfi bir karar olmadığını tespit etmiştir. AİHM sonra, üstte bahsettiğimiz kararlarında yaptığı gibi, bu kararın başvuran kişiler üzerindeki sonucunu da incelemiştir. Bu noktada da başvuran kişilerin ikinci bir vatandaşlığı olduğu, dolayısıyla Fransız vatandaşlığının sona ermesi durumunda vatansız kalmadıkları, başvuran kişilerin sınır dışı edilmediği, aileleriyle beraber Fransa'da kalmaya devam ettiğini belirtmiştir. Sonuç olarak AİHM, somut olayda AİHS m.8'in ihlâl edilmediğine yönelik karar vermiştir.

Üzerinde durduğumuz bütün bu kararlarda AİHM, devletlerin yetkili makamlarının vatandaşlığı sona erdiren kararlarını verirken keyfi davranıp davranmadıklarını belirli ölçütler üzerinden değerlendirmektedir. Bu ölçütler, *hukuka uygunluk, karara karşı yargı yolunun açık bırakılması ve yetkili makamların bu yöndeki kararlarını özenli ve hızlı bir şekilde almasıdır*. AİHM bu değerlendirmeyi her somut vakia üzerinden takdir yetkisini muhafaza ederek yapmaktadır.

Ayrıca yine yukarıda bahsettiğimiz kararlarda tespit ettiğimiz üzere AİHM vatandaşlıkla ilgili uyuşmazlıkları m.8 kapsamında değerlendirmektedir. Aşağıda değineceğimiz iki örnek kararda, AİHM vatandaşlıkla ilgili uyuşmazlıkları m.8 kapsamında ele aldığını farklı konular üzerinden de göstermiş durumdadır.

Bu kararlardan ilki, *Ahmadov v. Azerbaijan* kararıdır⁷³. Ocak 2020'de verilen kararın konusu yetkili makamın ilgili kişiye kimlik kartı verilmesi talebinin reddidir. Nitekim başvuran bu durumun vatandaşlığın fiilî kaybı olduğunu iddia etmektedir. Başvuran, Azerbaycan soyuna sahip Gürcistan vatandaşı olup Bakü'de yaşamaktadır. Bakü'de yaşadığı süre boyunca Azerbaycan vatandaşı olmadan seçimlerde oy kullanmış, belirli kısıtlamalara bağlı olmadan taşınmaz mal satın almış ve oğunun doğum sertifikasında kendisi Azerbaycan vatandaşı olarak yazılmıştır. Bu somut verilere dayanarak yetkili makama, Azerbaycan kimlik kartı için başvurmuştur. Yetkili makam, bu verilerin

72 *Ghounid and Others v. France* App no 52273/16, 52285/16, 52290/16, 52294/16, 52302/16 (ECtHR, 25 June 2020). Ayrıca terör örgütü ile olan bağları nedeniyle Belçika vatandaşlığına ilişkin kaybettirme kararının AİHS m.8'i ihlâl ettiğine ilişkin AİHM önünde görülmekte olan davalar da vardır. Bunlar, *El Around v. Belgium* App no.25491/18 ve *Soughir v. Belgium* App no.27629/18 davalarıdır. <https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Citizenship_Deprivation_ENG.pdf> Erişim Tarihi 30 September 2020.

73 *Ahmadov v. Azerbaijan* App no 32538/10 (ECtHR, 30 January 2020)

kendisinin Azerbaycan vatandaşı olarak sayılmasında yeterli olmadığını belirterek başvurusunu reddetmiştir. AİHM, vatandaşlığın kaybına yol açan ulusal yetkili makamların kararlarını değerlendirmek için kullandığı ölçütleri bu uyuşmazlık için de ele almıştır. Yani somut vakiada AİHM, kararın keyfi olup olmadığını daha önceki kararlarında ortaya koyduğu üzere çeşitli ölçütler üzerinden değerlendirmiştir. Bunlar, kararın hukuka uygun olup olmadığı, alınan karara karşı yargı denetiminin açık olup olmadığıdır. Hükümetin savunması, başvuranın talebinin Azerbaycan Vatandaşlık Kanununun yürürlüğe girdiği zaman Azerbaycan'da daimî ikametgâhının olmadığı, geçici ikameti bulunması nedeniyle reddedildiği yönündedir. Ancak başvuran kişinin AİHM'e başvurmadan önce tükettiği iç hukuk yollarında bu gerekçe hiç belirtilmemiştir. Sonuç olarak AİHM, başvuranın talebinin reddi üzerine başvurduğu mahkemelerde de gerekçe belirtilmeden davasının reddedilmesinin, başvurana etkili bir yargı denetiminin sağlanmadığının göstergesi olduğuna dayanarak AİHS m.8'in ihlâl edildiğine hükmetmiştir. Bir diğer deyişle, kararın keyfi alındığı sonuca varmıştır.

Üzerinde durmak istediğimiz ikinci karar ise, *Petropavlovskis v. Letonya* kararıdır⁷⁴. Bu karara konu olan talep, yukarıda üzerinde durduğumuz kararlara konu olan taleplerden farklılık taşımaktadır. Bu davada başvuran, vatandaşlığa başvuru talebinin reddi kararının AİHS m.8'in ihlâli iddiasıyla değil; AİHS'in ifade özgürlüğüne ilişkin olan 10. maddesi ve toplanma ve örgütlenme özgürlüğüne ilişkin olan 11. maddesini ihlâl ettiği gerekçesiyle AİHM'e müracaat etmiştir. Buna rağmen yine AİHM, uyuşmazlığın vatandaşlığa ilişkin olması nedeniyle başvuranın AİHS m.8'in ihlâline yönelik iddiasının olmamasına rağmen, devletlerin m.8 altındaki yükümlülüklerini hatırlatmaktadır. Ayrıca yine bu kararda vatandaşlık hakkının, Sözleşmede ve Ek Protokollerde garanti altına alınmadığı; ancak vatandaşlığı sona erdiren veya vatandaşlık kazanma başvurusunu reddeden kararların, bireylerin özel yaşantısı üzerinde etkisi nedeniyle AİHS m.8 kapsamında değerlendirildiği vurgulanmıştır. Somut olayda başvuran Letonya vatandaşlığını kazanmak üzere kanunda gerekli olan tüm şartları yerine getirmiş olmasına rağmen Bakanlar Kurulu tarafından başvurusu reddedilmiştir. Başvuran kişi, SSCB vatandaşı olup, SSCB'nin dağılmasıyla Sovyet vatandaşlığını kaybeden ve başka bir devletin vatandaşlığını kazanamamış, vatansız kişidir ve Letonya'da 'vatandaş olmayan süresiz oturma iznine sahip' kişi statüsünde bulunmaktadır. Bunun üzerine başvuran idarî yargıya başvurmuş; ancak ilk derece ve üst derece mahkemeleri, Bakanlar Kurulunun aldığı kararın siyasî yönünün olduğuna, kimlerin vatandaşlığa alıp kimleri almayacağı konusunda Bakanlar Kurulunun sınırsız yetkiye sahip olduğuna hükmetmiştir. Başvurucu, Letonya'nın resmî dilinin, eğitim dili Rusça olan okullarda uygulanmasına karşı faaliyetlere katılımı, hükümetin eğitim politikasına karşı çeşitli protestolarda yer aldığı ve bunlara ilişkin çeşitli makaleler yayınladığı, bir siyasî partiye üye olduğu gerekçesiyle vatandaşlığı kazanma başvurusunun reddi kararının hukukî temeli olmadığını iddia etmiştir. Yine

74 *Petropavlovskis v. Letonya* App no 44230/06 (ECtHR, 13 January 2015)

başvuran bu faaliyetlere katılımı gerekçesi ile Bakanlar Kurulunun kararı arasında illiyet bağının olduğunu, kendi ifade ve davranışlarına müeyyide olarak başvurusunun reddedildiğini belirterek, m.10 ve m.11'in ihlâline yönelik AİHM'de dava açmıştır. Letonya Hükümeti, başvuranın Letonya'ya bağlılık gösteren eylemlerde bulunmadığını ve milli güvenliğe tehdit oluşturduğunu iddia etmiştir. AİHM, vatandaşlığa alınırken aranan sadakat kavramını, iktidarda olan hükümete sadakatten çok vatandaşlığa alınacak kişilerde mevcut olması gereken devlete ve onun anayasasına sadakat olarak yorumlamaktadır. İfade ve toplantı hürriyeti kullanılırken, eleştirilerin hukuka uygun olması gerektiğini, hükümete karşı izin verilen eleştirilerin sınırının özel kişiye karşı olan eleştirden daha geniş kapsamlı olduğunu, bunların vatandaşlığa kabul ve usulü ölçütleriyle ilgili durumdan tamamen farklı olduğunu, somut olayda başvurucunun toplantılara katılımın engellendiğine ilişkin durumla karşılaşmadığını belirterek, ihlâl iddiasını reddetmiştir.

AİHM, bu kararda da, vatandaşlıkla ilgili uyuşmazlıklarda m.8 kapsamında değerlendirme yaptđını bir kez daha ortaya koymaktadır; ancak başvuranın talebi m.8'in ihlâline yönelik olmadđı için m.8 kapsamında bir sonuca varmamıştır.

Sonuç olarak AİHM, vatandaşlık hakkının önemi ve kişinin yaşamı üzerindeki doğrudan etkisi nedeniyle vatandaşlığa ilişkin uyuşmazlıklara kayıtsız kalmamaktadır.

V. Sonuç

Vatandaşlığa ilişkin kararlar, bireyler üzerinde ciddi sonuçlar yaratan, kişinin statüsünde değişiklik meydana getiren kararlardandır. Bu yönde alınan kararlarla kişiler kimi zaman vatansız kalabilecekleri gibi yaşadıkları toplumda vatandaşlara nazaran daha dezavantajlı duruma düşebilmektedirler. Örneğin vatandaşlığın iradî dışı sona erdirilmesine ilişkin kararların bireyler üzerinde yarattđı ciddi etkiler nedeniyle AİHM'in de bu kararlara karşı inisiyatif almaya başlaması önemlidir. AİHM, devletlerin vatandaşlık başvurusunu reddeden veya vatandaşlığı sona erdiren kararları alırken keyfi davranmasını bir nebze olsun engellemek adına kendi içtihadında vatandaşlığı, bir insan hakkı olarak ele almaya başlamış ve vatandaşlığa ilişkin uyuşmazlıklar hakkında önceki içtihadında kabul edilemezlik yönünde karar verirken, güncel yargılamalarında esas yönünden incelemektedir. Bu çerçevede AİHM, devletlerin vatandaşlığa ilişkin verdikleri kararların, kişilerin sahip olduğu özel hayata saygı hakkının ihlâli olup olmadđına ilişkin bir değerlendirme yapmaktadır. Aslında AİHM, önüne gelen vatandaşlığa ilişkin uyuşmazlıklarda, devletlerin bir insan hakkı olan vatandaşlık hakkına ve vatandaşlık hakkından keyfi mahrum bırakılmama ilkesine duydukları saygıyı değerlendirmektedir. Sonuç olarak, AİHM'in, içtihatları ile ortaya koyduğu tavır, aynen uluslararası hukukî düzenlemelerle ortaya konulduğu üzere, kişilerin vatandaşlık haklarının devletlerin keyfi uygulamaları karşısında korunmasıdır.

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

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları, Resmi İnternet Sitesi, <<https://hudoc.echr.coe.int/>>.

Aybay R, *Kadının Uyruluğu Üzerinde Evlenmenin Etkisi* (Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi 1980).

Aybay R and Özbek N, *Vatandaşlık Hukuku* (4th edn, İstanbul Bilgi Üniversitesi 2015).

Berki O.F, 'Yetkili Makam Kararı ile Türk Vatandaşlığının Kaybı' (1975), 32 (1-4), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 117-134.

Doğan V, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (15th edn, Savaş 2018).

Erdem BB, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (7th edn, Beta 2019).

Göğçer E, 'Devletler Hususî Hukukunun Mahiyeti' (1970), 27 (3-4), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 173-192.

Göğçer E, *Türk Tâbiyet Hukuku* (3th edn, Sevinç Matbaası 1975).

Göğçer, E, 'Çifte Vatandaşlık', (1995) 44(1), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 127-181.

Güngör G, 'Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi', (1997-1998), 17-18 (1-2), MHB, (Prof. Dr. Yılmaz Altuğ'a Armağan) 229-250.

Güngör G, *Tâbiyet Hukuku Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler- Şeyler* (7th edn, Yetkin 2019)

Lambert H, 'Comparative Perspectives on Arbitrary Deprivation of Nationality and Refugee Status', (2015), 64 (1), International and Comparative Law Quarterly 1-37.

Mantu S, *Contingent Citizenship. The Law and Practice of Citizenship Deprivation in International, European and National Perspectives* (Brill Nijhoff 2015).

Molnar T, 'The Prohibition of Arbitrary Deprivation of Nationality Under International Law and EU Law: New Perspectives' in *Hungarian Yearbook of International Law and European Law* (Eleven International Publishing 2015) 67-92.

Nomer E, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (18th edn, Filiz Kitapevi 2010).

Özbek N, *İlgilinin İstenci Gerekmeksizin Türk Vatandaşlığıyla İlişkinin Kesilmesi* (Pigeon, 2015).

Öztürk N, 'Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı'nın Vatandaşlığın İrade Dışı Kaybı Yollarına Yaklaşımı' (2007) 20 (73), Türkiye Barolar Birliği Dergisi 95-131.

Seviğ M.R, *Devletler Hususî Hukuku, Giriş, Vatandaşlık ve Yabancılar Hukuku* (Fakülteler Matbaası 1983).

Tanrıbilir F.B, 'Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi ve Türk Hukuku' (2002) 22 (2) MHB (Ergin Nomer'e Armağan) 791-818.

Turhan T and Tanrıbilir FB, *Vatandaşlık Hukuku* (4th edn, Yetkin 2017).

Uluocak N, 'Çifte Vatandaşlığın Önlenmesine İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi ve Son Gelişmeler' (1987) 2 (7) Milletlerarası Hukuk ve Özel Hukuk Bülteni 181-186.

Uluocak N, *Türk Vatandaşlık Hukuku (Karşılaştırılmalı-Uygulamalı)* (Filiz 1989).

Unat İ, *Nottebohm Kararı ve Tâbiyetin Gerçekliği İlkesi*, (Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi 1966).

van Waas L, “Fighting Statelessness and Discriminatory Nationality Laws in Europe” (2012) 14, *European Journal of Migration and Law* 243-260.

Vatansız Kişilerin Korunmasına İlişkin El Kitabı, Vatansız Kişilerin Statüsüne Dair 1954 Sözleşmesi Kapsamında (Cenevre 2014).

Worster, WT, ‘The Obligation to Grant Nationality to Stateless Children Under Treaty Law’ (2019) 24 (2) *Tilburg Review* 204-216.

Public and Private International Law Bulletin

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

TWAIL’i Anlamak: Uluslararası Hukuka Eleştirel Bir Yaklaşım

Understanding TWAIL: A Critical Approach to International Law

Şahin Eray Kırdım* 

Öz

Uluslararası hukukun ana akım yaklaşımları, disiplinin kolonyal ve post-kolonyal kökenlerini açığa vurmak ve “egemen eşitsizlik” üzerine kurulan modern uluslararası hukuk rejimini yapı-söküme tabi tutmak için gereken bakış açısını yeterli düzeyde sağlayamamaktadır, ki Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi’nin yapısına bakmak bile bu yapı-söküme olan ihtiyacı gözler önüne sermektedir.

Uluslararası hukukun eleştirel yaklaşımlarından biri olan TWAIL, bu ihtiyacı karşılama iddiasındadır. TWAIL uluslararası hukuku gerekli ve önemli görse de onu Batı’ya tabi kılan Üçüncü Dünya’nın devam eden sömürülmesini kolaylaştıran bir araç şeklinde algılamaktadır. TWAIL akademisyenleri, uluslararası hukukun sömürgeci temellerinin yeniden incelenmesi yoluyla uluslararası hukukun tahakküm altına alıcı yönleri olarak değerlendirdikleri özelliklerini değiştirmeye çalışırlar. TWAIL’e göre uluslararası hukuk, Avrupa tarihi ve tecrübesinin bir sonucu olarak Avrupa’da şekillenmiş bazı ilke ve doktrinlerden başka bir şey değildir, ki aynı uluslararası hukukun evrensellik iddiasında bulunması da büyük bir paradokstur. Bu nedenle uluslararası hukuk, Üçüncü Dünya’nın beklentilerini karşılayamadığı müddetçe gayri meşru olarak nitelendirilecektir.

TWAIL literatürünün fazlasıyla heterojen yapısına rağmen, TWAIL’in üzerinde durduğu ana temaları bulmak da mümkündür. Bu itibarla, çalışmanın üç amacı bulunmaktadır. Birinci olarak, TWAIL’in ne olduğu ve onu ana akım yaklaşımlardan ayırt eden özelliklerini açıklamak ve ikinci olarak, söz konusu heterojen literatür arasından TWAIL’in ana temalarını ve merkezi argümanlarını çekip çıkarmak. Bu anlamda çalışma, TWAIL’in sekiz farklı şematik temasına odaklanarak, bunları yaklaşımın öncü düşünürlerinin görüşleri çerçevesinde aktarmaktadır. Üçüncü olarak ise, Üçüncü Dünya’nın da menfaatine olabilecek bir uluslararası hukukun inşası için çalışan TWAIL’in nasıl algılanması gerektiği konusunda tavsiyede bulunmaktadır.

Anahtar Kelimeler

TWAIL’in Ana Temaları, Üçüncü Dünya, Uluslararası Hukuka Eleştirel Yaklaşım, Sömürgecilik ve Uluslararası Hukuk, Uluslararası Hukukun Gayrimeşruluğu

Abstract

Mainstream approaches to international law do not provide the necessary point of view to expose the colonial and postcolonial origins of the discipline and to deconstruct the modern international legal regime based on “sovereign inequality.” Even looking at the structure of the United Nations Security Council reveals the need for this deconstruction.

According to TWAIL, international law is nothing more than a collection of principles and doctrines that have been shaped in Europe as a result of European history and experience, and it is a great paradox that the same international law claims to be universal. This is why international law will be considered “illegitimate” as long as it does not meet the expectations of the Third World.

Despite the highly heterogeneous nature of the TWAIL literature, it is also possible to identify the main themes emphasized by TWAIL. As such, this study has three objectives. First, to explain what TWAIL is and the features that

* **Sorumlu Yazar:** Şahin Eray Kırdım (Dr. Öğr. Üyesi), Afyon Kocatepe Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü, Afyonkarahisar, Türkiye. E-posta: yekirdim@aku.edu.tr ORCID: 0000-0003-4207-6559

Atf: Kırdım SE, “TWAIL’i Anlamak: Uluslararası Hukuka Eleştirel Bir Yaklaşım” (2021) 41(1) PPIL 129.
<https://doi.org/10.26650/ppil.2021.41.1.0042>

distinguish it from mainstream approaches, and second, to identify TWAIL's main themes and central arguments in the heterogeneous literature in question. In this sense, the study focuses on TWAIL's eight different schematic themes and conveys them according to the views of the leading scholars of the approach. Third, a recommendation is made about how to perceive TWAIL which contributes to the construction of an international law that may also be beneficial to the Third World.

Keywords

TWAIL's Main Themes, Third World, Critical Approach to International Law, Colonialism and International Law, Illegitimacy of International Law

Extended Summary

Examining the evolution of international law outside the box imposed by the mainstream approaches that sanctify it will demonstrate that the discipline has a very interesting partnership with the process of colonialism. In this complicitous relationship, international law has been instrumentalized to legitimize colonialism and the mainstream doctrines of the discipline, such as natural law, have been bent and twisted by the discipline's founders to construct cosmetic settings for colonial activity. The mainstream approaches to international law do not provide the necessary perspectives required to reveal the colonial and postcolonial origins of the discipline and to deconstruct the modern international legal regime founded on "sovereign inequality." These perspectives are critical to providing the theory and methods necessary to establish the universality and just global order claimed by the discipline.

One of the critical approaches to international law, termed Third World Approaches to International Law (or as its more commonly used abbreviation TWAIL), claims to meet this need. The TWAIL literature has focused on rereading the history of international law and its role in legitimizing and reproducing colonization. TWAIL thinkers have used the historical sources of mainstream international legal doctrines to challenge the accuracy of these doctrines and to show that international law is based on intellectual and moral roots of European history only.

TWAIL literature is characterized by a highly heterogeneous structure. Even the meaning of TWAIL and the missions assigned to it vary according to the positions of the thinkers. Despite this heterogeneous structure, it is possible to identify the main themes emphasized by TWAIL. In this respect, this study has three main objectives. First, to explain what TWAIL is and the features that distinguish it from mainstream approaches, and secondly, to draw out TWAIL's main themes and central arguments from the above-mentioned heterogeneous literature. In this sense, the study focuses on eight different schematic themes of TWAIL and conveys them within the framework of views of its leading thinkers. Thirdly, a recommendation is made about how to perceive TWAIL, which contributes to the construction of international law that may also benefit the Third World.

TWAIL differs from mainstream approaches, in that it is a nonhierarchical, antihegemonic, coalition movement that scrutinizes international beliefs and pre-accepted facts. An examination of the works of the leading thinkers of the approach reveals eight themes agreed by TWAIL academics.

According to the first theme (*the Eurocentricity of international law*), international law is nothing more than some principles and doctrines that have been shaped in Europe as a result of European history and experience and transferred to the non-European world although the latter have had no participation in its formation. Moreover, it is possible to see international law as a product of Christian civilization. In this sense, TWAIL is above all is opposed to the Eurocentrism of international law.

The second theme (*international law as a means of legitimizing colonialism*) suggests that the development of international law since the sixteenth century has been linked to the colonial project. Rules of international law in critical areas such as land acquisition, recognition, state responsibility, and succession were shaped by the requirements of colonialism.

The third theme (*the “civilization mission” used to mask colonialism*) emphasizes that the “civilization mission” legitimized the continued intervention of the West in the affairs of Third World societies and provided a moral basis for the economic exploitation of the Third World, which is an important feature of colonialism.

According to the fourth theme (*international law as a tool for “othering” non-European peoples*), since the origins of international law, there have been “other,” non-European tribes, infidels, and barbarians, who have often been identified as the source of all violence and therefore had to be suppressed by more intense violence. However, this violence has been legitimated when inflicted by a colonial power, as either in self-defense, or had a humanitarian character, or as actually trying to liberate non-European people from themselves.

Concerning the fifth theme (*using the concept of European sovereignty for colonial purposes*), the sovereign state, as conceptualized by the European imperialist powers, was considered the sole legitimate actor representing a people or community, thus capable of the conquest or occupation of other societies lacking such political organization, as the state was the center and most important actor in international law. Thus, the colonization of non-European sovereign territories by Europeans through military conquest, fraud, or threat was legitimized.

According to the sixth theme (*international law as a supporter of the unequal and unjust international order*), due to the complicity of international law with colonialism, which continues in various ways through the phenomenon of neo-colonialism, the

discipline provides a systematic tool through which the North tries to assert and maintain its economic, military, and political superiority.

The seventh theme (*international law asserts a false claim of universality*) of concern to TWAIL thinkers states that there is a great paradox regarding the universality of international law because its creators always emphasize the European and Christian origins of the discipline. The TWAIL literature rejects the universalization of certain cultures operating under the guise of establishing global order, peace, and security.

Finally, the eighth theme (*TWAIL's focus is on daily life*) indicates that TWAIL's objectives require the transformation of the functions of international law, relying on the lived experiences of the Third World peoples by considering the needs and interests of the peoples rather than the states.

Perceiving TWAIL as merely an intellectual network of academics runs the risk that its deconstruction mission will never materialize in practice. TWAIL is a political and ideological movement mobilized by a network of academics, with an intellectual consciousness based on transforming the unjust and unequal international legal regime by calling on states and international organizations to create a liberating version of international law.

TWAIL'i Anlamak: Uluslararası Hukuka Eleştirel Bir Yaklaşım

I. Giriş

Uluslararası Hukuka Üçüncü Dünya Yaklaşımları (*Third World Approaches to International Law*) – ya da daha çok kullanılan kısaltmasıyla TWAIL – literatüründe, uluslararası hukukla ilgili önemli meseleler, disiplinin ana akım yaklaşımlarından ayrılarak sorgulanmış, ancak özellikle uluslararası hukuk tarihinin yeniden okunması ve sömürgeleştirme uygulamalarının meşrulaştırılması ve yeniden üretilmesindeki rolü üzerine odaklanılmıştır. Öte yandan TWAIL düşünürleri, ana akım uluslararası hukuk doktrinlerinin tarihsel kaynaklarını, bu doktrinlerin doğruluğuna meydan okumak ve uluslararası hukukun küresel değil yalnızca Avrupa tarihini yansıtan entelektüel ve ahlaki kökenlere dayandığını göstermek için kullanmışlardır.

TWAIL'in kökeni konusunda iki farklı anlatı bulunmaktadır. Makau Mutua tarafından desteklenen birincisine göre, TWAIL Bandung Konferansı ile doğmuştur.¹ James Gathii'nin desteklediği ikincisine göre ise TWAIL, kökenleri 1996 yılına kadar izlenebilen nispeten yeni bir fenomendir.² Bu zamansal farklılık genellikle TWAIL'in iki farklı neslinin olduğu ve bu nesillerin TWAIL'e yükledikleri tarihsel misyonun farklı olduğu kabulü ile açıklanmaktadır.³ TWAIL I olarak adlandırılan ilk nesil, TWAIL'i 1950'lerden 1980'lere kadar sürdürmekte ve onu anti-kolonyal dayanışmanın pratikteki bir sonucu olarak görmektedir.⁴ İkinci kuşak (TWAIL II) ise TWAIL'i Harvard Hukuk Fakültesi çevresinde ortaya çıkan ve diaspora bilim adamları tarafından kurulan eleştirel ve bilimsel bir hareket olarak değerlendirmektedir.⁵

Belki de en merkezi konu olarak TWAIL akademisyenleri kendilerini, uluslararası hukuk ile kolonyalizm/post-kolonyalizm arasındaki diyalektik ilişkiyi ve Avrupalılar ile Avrupalı olmayanlar arasındaki ilişkinin Avrupalıların vazife edindiği “medenileştirme

1 Makau W. Mutua, 'What is TWAIL?' (2000) 94 Proceedings of the 94th Annual Meeting (American Society of International Law) 31, 31 (“*Bandung TWAIL'in sembolik doğum yeri olmuştur*”). Bandung Konferansı, 1955 yılında Endonezya'nın Bandung kentinde gerçekleşmiş ve konferansa katılan devletlerin kendilerine özgü siyasi ve ekonomik meseleleri dile getirilerek, bu meselelerin uluslararası alanda gündem olmasına çalışacak bir “Üçüncü Dünya devletleri koalisyonu” oluşturulmasını amaçlamıştır. Bkz. Mark T. Berger, 'The End of the 'Third World'?' (1994) 15(2) Third World Quarterly 257, 259. “*Batı'nın Yeni Uluslararası Ekonomik Düzen önerisini kabul etmeyi kesinlikle reddetmesi, Bandung'un daha sonra kristalleşmeye başlayan Afro-Asya girişiminin arkasındaki politik boyut ile ekonomik boyutu birbirine bağlayan gerçek bir mantık olduğunu göstermektedir*”. Samir Amin, 'The Social Movements in the Periphery: An End to National Liberation' Samir Amin, Giovanni Arrighi, Andre G. Frank, Immanuel M. Wallerstein (eds.), *Transforming the Revolution: Social Movements and the World-System* (Monthly Review Press 1990) 96.

2 James Thuo Gathii, 'TWAIL: A Brief History of its Origins, its Decentralized Network, and a Tentative Bibliography' (2011) 3(1) Trade Law and Development 26, 28.

3 Larissa Ramina, 'TWAIL - “Third World Approaches to International Law” and Human Rights: Some Considerations' (2018) 5(1), *Revista de Investigações Constitucionais* 261, 263.

4 Vik Kanwar, 'Not a Place, but a Project: Bandung, TWAIL, and the Aesthetics of Thirdness', in Luis Eslava, Michael Fakhri and Vasuki Nesiha (eds), *Bandung, Global History, and International Law: Critical Pasts and Pending Futures* (Cambridge University Press 2017) 154.

5 ibid.

misyonu” üzerinden kurulduğunu göstermek için uluslararası hukukun tarihsel evrimini araştırmaya adanmışlardır.⁶

Chimni’ye göre TWAIL, “*çalışmalarıyla adil bir küresel düzeni teşvik ederek gerçekten evrensel bir uluslararası hukuk oluşturma tasası ile hayat bulan gevşek bir akademisyenler ağıdır.*”⁷ Chimni, bir partiye veya parti programına benzer bir bildiriye katılmaya gerek olmadığından, herhangi birinin TWAIL hareketinin bir parçası olabileceğini belirtmektedir.⁸ Diğer bir deyişle, hiç kimsenin resmi olarak – ve gerçekte de var olmayan – bir TWAIL topluluğuna ya da merkezine başvurması veya bir listeye kayıt olması gerekmez, zira herhangi biri kendini TWAIL destekçisi olarak tanımlayarak bir “*TWAIL-er*” olur;⁹ tıpkı Anghie’nin yaptığı gibi: “*Benim alanım uluslararası hukuktur [ve TWAIL] akademisyenler grubunun bir üyesiyim.*”¹⁰

Fakhri, TWAIL’i hem akademik bir topluluk hem de siyasi hareket olarak algılamakta ve onu “*uluslararası hukukta, küresel marjinalleşme ve tahakküm süreçlerini meşrulaştıran hâkim eğilime meydan okuyan bir hareket*” olarak tanımlamaktadır.¹¹ Böylece TWAIL de “*uluslararası hukuka yönelik bu meydan okumanın geniş diyalektiği olarak tanımlanmış ve bu şekilde atfta bulunulmuştur.*”¹²

Mutua’ya göre “*TWAIL, tarihsel olarak konumlanmış entelektüel ve politik bir harekettir. Dolayısıyla kurucuları ve özgün düşünürlerinin çoğu Üçüncü Dünya’dan olmasına rağmen, coğrafya tarafından otomatik olarak sınırlandırılmamış bir entelektüel bilinç durumudur. TWAIL’in kurucularının bazıları Üçüncü Dünya’nın maddi koşullarında doğrudan – hatta kişisel – bir pay ve deneyime sahiptirler.*”¹³ Shetty de TWAIL’i “*ortak ideolojileri olan, ancak otorite yapısı bulunmayan geniş bir akademisyenler ağı*” olarak tanımlamaktadır.¹⁴

Okafor, TWAIL’in – adından da anlaşılacağı üzere – geniş bir yaklaşım olarak düşünülebileceğini belirtmektedir. Ona göre, “*‘yaklaşım’ terimi TWAIL literatürünün hem teorik hem de metodolojik boyutlarını ve özelliklerini barındırmaktadır.*”¹⁵

6 James Thuo Gathii, ‘Neoliberalism, Colonialism and International Governance: Decentering the International Law of Governmental Legitimacy’ (2000) 98(6) Michigan Law Review 1996, 2042; Makau Mutua, ‘Savages, Victims and Saviours: The Metaphor of Human Rights’ (2001) 42(1) Harvard International Law Journal 201, 234; Fozia Nazir Lone, ‘Cross-Fertilization of Westphalian Approaches to International Law: Third World Studies and a New Era of International Law Scholarship’ (2020) 34(4) Emory International Law Review 955, 960.

7 Bhupinder Singh Chimni, ‘The World of TWAIL: Introduction to the Special Issue 2011 3(1) Trade, Law and Development 14, 18.

8 ibid.

9 Michael Fakhri, ‘Introduction - Questioning TWAIL’s Agenda’ (2012) 14(1) Oregon Review of International Law 1, 8.

10 Antony Anghie, ‘LatCrit and TWAIL’ (2012) 42(2) California Western International Law Journal 311, 311.

11 Fakhri (n 9) 2.

12 Mutua (n 1) 31.

13 ibid.

14 Vikrant Dayanand Shetty, ‘Why TWAIL Must Not Fail: Origins and Applications of Third World Approaches to International Law’ (2012) 3 King’s Student Law Review 68, 72.

15 Obiara Chinedu Okafor, ‘Critical Third World Approaches to International Law (TWAIL): Theory, Methodology, or Both?’ (2008) 10 International Community Law Review 371, 377.

Sunter'in TWAIL'i kavrayışına göre ise yaklaşım, Güney'in bastırılmış seslerini dünya gündemine taşıyacak uluslararası hukukun özgülleşmiş yeniden inşası için bir umuttur.¹⁶

Görüldüğü üzere TWAIL birçok farklı şekilde algılanmaktadır: bilimsel bir topluluk ve siyasal bir hareket,¹⁷ metodoloji ve teori,¹⁸ yaklaşımlar bütünü,¹⁹ ortak sesler korosu,²⁰ gevşek bir akademisyenler ağı,²¹ politik bir gruplanma,²² düşünce okulu,²³ Üçüncü Dünya'yı hakimiyet altında tutarak ciddi dezavantajlara maruz kalmasına sebep olan bir uluslararası hukuk rejiminin genel olarak eşitsiz, haksız ve adaletsiz karakterine muhalefetin geniş diyalektiği.²⁴ Yenilerinin de eklenebileceği bu farklı algılamalarına karşın, TWAIL'in bazı ana özellikleri üzerinde birleşmek mümkündür.

Aşağıda belirtileceği üzere, TWAIL literatürü fazlasıyla heterojen yapısıyla dikkat çekmektedir. Hatta yaklaşımın bazı temel meselelerine ilişkin farklılık nedeniyle düşünürler yukarıda da ifade edildiği üzere TWAIL I ve II olarak farklı nesillere ayrılmıştır.²⁵ Literatürün heterojen doğasıyla ilgili olarak Eslava ve Pahuja, TWAIL düşünürleri arasında tek bir teorik yaklaşım olmamasına rağmen hem ortak hassasiyetler hem de politik bir yönelimin paylaşıldığını vurgulamaktadır.²⁶ Mickelson, Odumusu ve Parmar'ın da gözlemlediği üzere, "*TWAIL akademisyenleri bir dizi farklı disiplinden yararlanırlar ve post-kolonyal, Marksist, post-yapısalcı, feminist ve daha diğer pek çok çeşitli teorik eğilimleri temsil ederler. Bu akademisyenlerin paylaştığı şey, uluslararası hukukun ve kurumların tarihine, yapısına ve işleyişlerine [Üçüncü Dünya halklarının bakış açısıyla] bakmaya ilişkin için politik, etik ve akademik [bir] bağlılıktır.*"²⁷ Bu çalışmanın amacı, bahsi geçen yüksek heterojenlik arasından TWAIL'in üzerinde durduğu ana temaları çekip çıkarmaktadır. Bu anlamda çalışma, TWAIL'in ayırt edici özelliklerini aktardıktan sonra, yaklaşımın tespit edilen sekiz ana temasını alanın önde gelen yazarlarına atıfla sunmaktadır. Çalışmanın sonuç bölümünde ise, Üçüncü Dünya'nın da menfaatine olabilecek bir uluslararası hukukun inşası için çalışan TWAIL'in nasıl algılanması gerektiği konusunda tavsiyede bulunmaktadır.

16 Andrew F. Sunter, 'TWAIL as Naturalized Epistemological Inquiry' 2007 20 Canadian Journal of Law and Jurisprudence, 475, 478.

17 Fakhri (n 9) 2.

18 Okafor (n 15) 371-378.

19 James Thuo Gathii, 'Alternative and Critical: The Contribution of Research and Scholarship on Developing Countries to International Legal Theory' (2000) 41 Harvard International Law Journal 263, 273.

20 Karin Mickelson, 'Rhetoric and Rage: Third World Voices in International Legal Discourse' 1997, 16(2) Wisconsin International Law Journal, 353, 360.

21 Gathii, (no 2) 27.

22 Luiz Eslava and Sundhya Pahuja, 'Between Resistance and Reform: TWAIL and the Universality of International Law' (2011) 3 Trade, Law and Development 103, 104.

23 Joyeeta Gupta, 'Climate Change: A GAP Analysis Based on Third World Approaches to International Law' (2010) 53 German Yearbook of International Law 341, 346.

24 Mutua (n 1) 31.

25 George R. B. Galindo, 'Splitting TWAIL' 2016 33(3) Windsor Yearbook of Access to Justice 37.

26 Eslava and Pahuja (n 22) 104.

27 Karin Mickelson, Ibironke Odumusu and Pooja Parmar, 'Situating Third World Approaches to International Law (TWAIL): Inspirations, Challenges and Possibilities' (2008) 10 International Community Law Review 351, 351.

TWAIL'e Türkçe literatürde oldukça sınırlı sayı ve kapsamda yer verilmiştir. Bu konuda 2012 ve 2015 yıllarında yazılan ve henüz yayınlanmamış iki tez bulunmaktadır. Hukuk fakültesi dışında yazılan bu tezlerden ilki Üçüncü Dünyacılık'ın dönüşümüne yol açan tarihsel koşullar ve mevcut küresel ekonomi politik üzerine odaklanmaktadır.²⁸ İkincisinde ise 2011 yılında Libya'ya gerçekleştirilen uluslararası askeri müdahale, TWAIL'in uluslararası hukuk ve insani müdahaleye ilişkin varsayımları üzerinden değerlendirilmektedir.²⁹ Yine Özdemir'in bir kitabında³⁰ TWAIL'in gelişimine ve genel çizgisine detaylı sayılabilecek bir şekilde yer verdiği bir bölüm ile Özdemir vd.'nin TWAIL tarafından geliştirilen iddiaları ekonomi politik bir yaklaşıma dayanarak eleştirel olarak ele aldıkları bir makale³¹ de bulunmaktadır. Ayrıca Çelebi ve Özdemir'in TWAIL'e çok kısa yer verdikleri bir çalışmaları³² da not edilmelidir. Bu çalışmaların hiçbirinde TWAIL'in temel argümanları belirli bir taksonomi dahilinde ele alınmamıştır. TWAIL'in belirgin özelliklerine dair detaylı ve sistematik bir sınıflandırmanın yapıldığı eldeki çalışma, bildiğimiz kadarıyla Türkçe TWAIL literatüründe ilk olma özelliğini taşımakta ve bu alandaki boşluğun doldurulmasına naçizane bir katkı sağlamayı amaçlamaktadır. İngilizce literatürde ise eldeki çalışmayla benzer bir amacı taşıyan birkaç çalışma bulunmaktadır. Örneğin Ramina'nın yaptığı böyle bir çalışmada TWAIL'in ana akım uluslararası hukuktan ayrılan noktaları ele alınmıştır.³³ Mutua'nın da bir çalışması³⁴ TWAIL'in merkezi argümanlarını ele almakla beraber, bunları belirli bir konsept dahilinde sunmaktan uzaktır.

Bu itibarla eldeki çalışma daha önce yapılan benzer çalışmalardan – doğal olarak – faydalanmakla beraber, söz konusu taksonomi yapılırken kullanılan yöntem itibariyle bunlardan iki açıdan farklılaşmaktadır. İlk olarak, TWAIL'in temel argümanları sınıflandırılırken literatürde en çok ileri sürülen ve üzerinde en çok mutabık kalınan argümanlardan en azına doğru bir sıralama benimsenmiştir. Yukarıda belirtildiği üzere TWAIL literatürü oldukça heterojen yapısıyla dikkat çekmektedir. Bu yazarların argümanları ele alış biçimleri – aşağıda üzerinde durulduğu haliyle – farklılıklar göstermekte ise de bazı argümanlar üzerinde değişik oranlarda mutabık kalınmaktadır. Örneğin uluslararası hukukun Avrupa merkezci oluşu ve sömürgeciliği meşrulaştırma aracı olarak kullanılması konularında literatürde hiçbir tereddüt yoktur. Ancak örneğin,

28 Göksu Uğurlu, 'Uluslararası Hukuka Üçüncü Dünya Yaklaşımları', (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Hacettepe Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı, Ankara, 2012.

29 Tuğçe Kelleci, 'Üçüncü Dünya Yaklaşımları Işığında Uluslararası Hukuk ve İnsani Müdahale: Libya Örneği', (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Çukurova Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı, Adana, 2015. Bu tezden üretilmiş bir çalışma için bkz. Tuğçe Kelleci ve Marella Bodur Ün, 'TWAIL ve Yeni Bir Hâkimiyet Aracı Olarak Koruma Sorumluluğu (R2P): Libya Örneği', (2017) 14(56) Uluslararası İlişkiler, 89.

30 Ali Murat Özdemir, *Güç Buyruk Düzen* (İmge Kitabevi 2011).

31 Ali Murat Özdemir, Göksu Uğurlu ve Ebubekir Aykut, 'Üçüncü Dünyacılık Küreselleşirken?: Uluslararası Düzenlemenin Değişen Eleştirisi' (2012) 45(1) Amme İdaresi Dergisi 21.

32 Hürkan Çelebi ve Ali Murat Özdemir, 'Uluslararası Hukukta Eleştirel Yaklaşımlar' (2010) 7(25), Uluslararası İlişkiler 69.

33 Larissa Ramina, 'Framing the concept of TWAIL: "Third World Approaches to International Law"' (2018) 32 *Justiça Do Direito* 5.

34 Mutua (n 1).

TWAIL'in odak noktasının günlük yaşamlar olması iddiası üzerinde bu kadar fazla durulmamakta ve bu kadar büyük oranda bir uzlaşa sağlanmamaktadır.

İkinci olarak, sınıflandırma ve sıralama yapılırken temel argümanlar belirli bir mantık örüntüsünde sunulmaya çalışılmıştır. Örneğin ikinci sırada ele alınan “Uluslararası Hukukun Sömürgeciliği Meşrulaştırma Aracı Olması” temasında fail (sömürüyü gerçekleştiren) Avrupalı devletler olduğu için ilk sıraya “Uluslararası Hukukun Avrupa Merkezçiliği” temasının yerleştirilmesi zorunlu olmuştur. Benzer şekilde “Medenileştirme Misyonu” adı altında Avrupalı devletlerce yürütülen faaliyetler sömürgeciliği meşrulaştırma aracı olarak kullanıldığı için üçüncü sırada yer verilmiştir. Bu “medenileştirme faaliyeti” kendisine bir öteki ihtiyacında olduğundan, bunu takiben “Uluslararası Hukuk ve Ötekileştirme” temasına dördüncü sırada yer verilmiştir. Sömürgeciliğin meşrulaştırılması ve sürdürülmesinde kullanılan diğer araçlar olarak Avrupa tipi klasik egemenlik “Egemenlik Konseptinin Sömürgeci Emeller İçin Kullanımı” başlığında beşinci sırada ve “Uluslararası Hukukun Eşitsiz ve Adil Olmayan Düzenin Destekçisi Oluşu” teması da diğer bir araç olarak altıncı sırada ele alınmıştır. “Uluslararası Hukukun Evrensellik İddiası” ise tüm bu düzeni meşrulaştırmak adına başvurulmuş sahte bir iddia olması nedeniyle yedinci sıraya yerleştirilmiştir. “Odak Noktasının Günlük Yaşamlar Olması” temasının önceki temalarla doğrudan bir bağlantısı olmasa ve üzerinde öncekilere kıyasla daha az durulmakta ise de bu çalışmada yer vermeye değer görülmüştür. Zira TWAIL'in ilk yedi temaya uygun olarak uluslararası hukukun dönüşümünü sağlaması ancak devletlerden ziyade halkların ihtiyaç ve çıkarlarını göz önünde bulundurmasından geçmektedir.

Burada belirtilmesi gereken bir diğer husus da çalışmada sıklıkla geçen Üçüncü Dünya kavramından ne anlaşılması gerektiğine ilişkindir. “Üçüncü Dünya” kavramı bir dizi farklı kullanıma sahiptir. Salt betimleyici anlamıyla Üçüncü Dünya, sıklıkla “daha az gelişmiş”, “gelişmekte olan” veya “az gelişmiş” ülkeler ve giderek artan şekilde de “Güney” gibi terimlerle birbirlerinin yerine dönüşümlü olarak kullanılmaktadır. Bununla refere edilen şey, geleneksel olarak ekonomik büyüme ve ekonomik refah göstergeleri açısından “Batı”, “Kuzey”, “Birinci Dünya” veya “gelişmiş ülkeler” grubunun gerisinde olarak sınıflandırılan Afrika, Asya ve Latin Amerika ülkeleridir.³⁵

Uluslararası sistemin Soğuk Savaş olgusu ve dekolonizasyon süreci ile meşgul olduğu bir dönemde ortaya çıkan Üçüncü Dünya kavramı³⁶ geniş anlamda, sanayileşmiş (Birinci Dünya) ve komünist/sosyalist Doğu Avrupa (İkinci Dünya) dışında kalan devletler grubunu kapsar şekilde kullanılmaktadır. Kavram, bu çalışmada da bu

35 Kavramın farklı kullanımları hakkında detaylı bir çalışma için bkz. Mickelson (n 20) 355-362. Kavramı siyasi bir koalisyon olarak değerlendiren Mortimer (Robert A. Mortimer, *The Third World Coalition in International Politics* (Westview Press 1984)) ve bir toplumsal hareket biçimi olarak gören Rothstein (Robert L. Rothstein, ‘Limits and Possibilities of Weak Theory: Interpreting North-South’ (1990) 44(1) *Journal of International Affairs* 159) da not edilmelidir.

36 Kavramın ilk kez 1952 yılında Alfred Sauvy tarafından kullanıldığına ilişkin görüşler vardır. Bkz. Marcin Wojciech Solarz, ‘Third World’: The 60th Anniversary of a Concept that Changed History’ (2012) 33(9) *Third World Quarterly* 1561, 1561.

anlama yakın ancak ilave olarak uluslararası sistem içinde tarihsel olarak oluşmuş/ oluşturulmuş, sisteme alternatif ve karşıt bir tavır/bilinç olarak kullanılmaktadır. Bu anlamda bir Üçüncü Dünya ülkesi olmak “kader” olabileceği gibi ilgili ülkenin Birinci Dünya’nın tahakkümüne karşı geliştirmiş olduğu bilinçli bir politik tercih de olabilir.

II. TWAIL’i Ana Akım Uluslararası Hukuk Yaklaşımlardan Ayıran Özellikleri

Uluslararası hukukun eleştirel yaklaşımlarından olan TWAIL’in, onu diğer yaklaşımlardan ayırt edici ve okuyucusunun hemen farkına varabileceği bazı temel özellikleri vardır. Eslava ve Pahuja, TWAIL’in çıkış noktasının uluslararası hukukun “ana akım” yorumları olduğunu ve bu yorumların aksine, “*TWAIL’in maddi dağıtım ve güç dengesizlikleri konularının uluslararası hukuki kavramların, kategorilerin, normların ve doktrinlerin üretilme ve anlaşılma biçimini etkilediği konusunda ısrar*” ettiğini belirtmektedirler.³⁷

Mutua, ana akım uluslararası hukuk teorilerinden TWAIL’i ayırt eden bazı varsayımları vurgulamaktadır: TWAIL, i-) hiyerarşik olmayan, ii-) hegemonya karşıtı, iii-) uluslararası inanç ve ön kabule dayanan gerçeklerden şüphelenen, iv-) bir koalisyon hareketidir.³⁸ TWAIL’in anti-hiyerarşik olduğunu iddia eden Mutua’ya göre uluslararası hukuk, “üstünlük kompleksleri”, diğer bir ifade ile beyaz Avrupalı halkların Avrupalı olmayanlara üstünlüğü ve Avrupa’nın diğerlerini medenileştirme ve kontrol etme “misyonu” tarafından yönlendirilmektedir.³⁹

“Avrupa hegemonyasının son beş yüzyılı bir düzeni açıkça ortaya çıkarmıştır. Bu düzen, uzun bir kuyruk halinde sömürge yöneticisinin ardında bekleyen, dinsizleri kurtarmak için gelen İncil taşıyan misyoner, ticari vurguncu, siyasi demokrasi ihracatçısı ve şimdi de insan hakları savunucusu [tarafından oluşturulmuştur]. Uluslararası hukuk, insan uygarlığının zirvesi olarak sunulan Avrupa merkezliğin yayılmasında belki de en önemli silah olmuştur. Bunun aksine TWAIL, kültürlerin ve insanların ahlaki olarak eşdeğerli olduğunu varsayarak, ‘ötekileştirmeyi’ ve orijinalin işe yaramaz kopyalarının yaratılmasını reddetmektedir.”⁴⁰

Hareketin hegemonya karşıtı olduğunu ileri süren Mutua’ya göre TWAIL, özellikle Birleşmiş Milletler (BM) Güvenlik Konseyi’nin yapısı nedeniyle kabul edilemez olan ve organları bilinçli bir şekilde Batılı güçlerin çıkarlarına bağlı olarak kullanılan BM’nin meşrulaştırdığı Batı’nın küresel hegemonyasına karşı çıkmaktadır.⁴¹ BM, İkinci Dünya Savaşı sonrası düzenin tarafsız, evrensel ve adil koruyucusu olarak lanse edilmesine rağmen, aslında küresel meseleler üzerindeki Avrupa hegemonyası, en güçlü BM organı olan Güvenlik Konseyi’nde daimi üyeliklerin ve veto yetkisinin tahsis edilmesiyle büyük güçlere (ABD, İngiltere, Fransa, Sovyetler Birliği ve Çin) aktarılmıştır. Mutua,

³⁷ Eslava and Pahuja (n 22) 105.

³⁸ Mutua (n 1) 36.

³⁹ ibid.

⁴⁰ ibid.

⁴¹ ibid. 34.

BM'nin büyük güçler tarafından bir mevzi olarak kullanılması nedeniyle, Avrupa hegemonyasının biçiminin değiştiği, ancak özünün aynı kaldığı sonucuna varmaktadır.⁴² “Güvenlik Konseyi'nin Üçüncü Dünya devletlerinin egemen olacağı BM Genel Kuruluna nazaran [sahip olduğu] önceliği, devletler arasında var olan egemen eşitlik [prensibini] alay konusu haline getirmiştir. Üçüncü Dünya devletleri, merkezi hala Batı olan yeni iki kutuplu Soğuk Savaş kısıcında yem olmuşlardır.”⁴³

Uluslararası inançlar ve ön kabule dayanan gerçekler ile ilgili olarak Mutua, evrenselliğin bir dereceye kadar arzu edilir bir şey olduğunu kabul etmesine rağmen, “Avrupa kökenli düşünce ve deneyim normları ve pratikleri üzerinde evrenselliği sağlama girişimlerine karşı” çıkmaktadır.⁴⁴ Mutua'ya göre “TWAIL, serbest piyasa, özel mülkiyet veya ticari değerlerin diğer insani değerlerden daha üstün olduğu veya otomatik olarak baskın bir konumda bulunduğu inancında değildir. Aksi takdirde güçlü [devletler], ekonomik ve askeri çıkarlarını dünyanın geri kalanına zorla kabul ettirebilir ve bunları – Hristiyanlığın Avrupalı olmayan insanlara zorla kabul ettirilmesinde olduğu gibi – sonsuz ve değişmez gerçekler olarak dayatabilir.”⁴⁵

TWAIL'in bir koalisyon hareketi olduğuna inanan Mutua'ya göre, “adaletsizliğin küreselleşmesi, küreselleşme olgusuyla yakından bağlantılıdır. TWAIL, Batı da dahil olmak üzere tüm toplumlarda, benzer düşüncelere sahip hareketlerle koalisyon oluşturmanın, güçsüzlük ve Üçüncü Dünya ve Batı'daki marjinal toplulukların mağduriyeti ile mücadelede temel bir strateji olduğu inancındadır.”⁴⁶ Bu nedenle TWAIL de “Eleştirel Irk Teorisi” ve “Uluslararası Hukuka Yeni Yaklaşımlar” gibi diğer bilimsel topluluklarla birlikte çalışmayı amaçlamaktadır.

Sharafurdeen de TWAIL literatürünün üç ayırt edici özelliğine işaret etmektedir: Gelişmekte olan dünyaya karşı aşırı bir ilgi, ana akım doktrinlerden uzak durulması ve literatürün oldukça heterojen olan yapısı.⁴⁷ Okafor'a göre, TWAIL akademisyenleri arasındaki heterojenlik nedeniyle belirli farklar olsa da üzerinde tartışmasız olarak birleştikleri ortak bir amaç bulunmaktadır:

“[...] uluslararası hukuk sisteminin genel olarak eşitsiz, haksız veya adaletsiz küresel düzenin yaratılmasına veya sürdürülmesine yardımcı olan özelliklerinin ortaya çıkarılması, reforme edilmesi ve hatta azaltılması konusunda entelektüel ve pratik mücadeleye yönelik ortak bir etik bağlılık. Onlar bunu, sadece batıdan ziyade geri kalanı merkeze alma taahhüdü ile başarırlar, ki böylece kendini Üçüncü Dünya olarak tanımlayanların yaşamlarını ve deneyimlerini genel olarak olduğundan daha ciddiye alırlar.”⁴⁸

42 ibid.

43 ibid.

44 ibid. 37.

45 ibid. 38.

46 ibid.

47 Meghana Sharafudeen, '2010-2011: Taking the Road Less Travelled' (2011) 3 Trade, Law and Development 6, 7.

48 Obiora Chinedu Okafor, 'Newness, Imperialism, and International Legal Reform in our Time: A TWAIL Perspective' (2005) 43(1) Osgoode Hall Law Journal, 171, 176-177.

Okafor da TWAIL'in üç temel hassasiyeti olduğunu belirtmektedir. TWAIL'in ilk hassasiyeti, günümüzde sömürge tekniklerinin küresel adaletsizliği korumak ve artırmak için nasıl kullanılmaya devam ettiğini anlamak ancak geçmişte kullanılan karmaşık sömürge yapılarını çözmekle mümkün olacağından, sadece Batı tarihini değil, tüm dünya tarihini de ciddi bir şekilde araştırma çabası olmalıdır.⁴⁹ İkinci TWAIL hassasiyeti, Üçüncü Dünya halklarının eşitliği konusudur, ki buna göre onlar da Kuzey'in halklarıyla aynı haysiyeti, aynı güvenliği, aynı hakları veya aynı uluslararası kazanımları hak etmektedirler.⁵⁰ Okafor'a göre son önemli TWAIL hassasiyeti, küresel hegemonyalara karşı ısrarlı şekilde epistemik ve düşünsel bir direniş sunmak ve uluslararası hukukun ve küresel kurumların Üçüncü Dünya'nın bu direncine nasıl tepki verdiklerini anlamak olacaktır.⁵¹

Bu çalışmada sekizinci tema olarak belirtildiği üzere, TWAIL'in başlıca odak noktası devletlerden ziyade halklar olduğundan, Chimni "uluslararası hukuka Üçüncü Dünya yaklaşımı" ile "uluslararası hukuka *eleştirel* Üçüncü Dünya yaklaşımı" ayrımının önemini vurgulamaktadır. Ona göre,

*"Üçüncü Dünya yaklaşımı, genel olarak uluslararası hukukun tarihini, yapısını ve işleyişini Üçüncü Dünya devletleri açısından anlama girişimini ifade etmektedir. Eleştirel bir Üçüncü Dünya yaklaşımı ise daha da ileri giderek, Üçüncü Dünya'daki sıradan insanların yaşam deneyimleri bağlamında uluslararası hukuku uluslararası bir özgürlük hukukuna dönüştürme amacını işin içine katmaktadır. Buradaki asıl hedef, Üçüncü Dünya yoksulları ve ezilenleri için onurlu bir hayat sunan bir uluslararası hukukun şekillenmesidir."*⁵²

Mutua ise bir TWAIL eseri veya siyasi eyleminin taşıması gereken amacı şu şekilde ortaya koymaktadır:

*"Herhangi bir TWAIL eseri veya siyasi eylemi, temel olarak uluslararası 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 uluslararası 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, uluslararası arenada adalet veya kuralların, kurumların, işleyişlerin ve uygulamaların adilliği ile ilgili olmalıdır. En başta gelen 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 iğşa etmiş, bu olguya saldırmış veya [en azından] onu çözümlenmiş olur. Bu, TWAIL literatürü ve siyasi eyleminin en temel özelliğidir."*⁵³

49 ibid 178.

50 ibid 179.

51 ibid.

52 Bhupinder Singh Chimni, 'The Past, Present and Future of International Law: A Critical Third World Approach' (2007) 8 Melbourne Journal of International Law 499, 499.

53 Mutua, (n 1) 36.

Özetle, TWAIL heterojen bir akademisyenler ağı tarafından geliştirilen, Avrupalılar ile Avrupalı olmayanlar arasında – alışlageldiği üzere birincisi lehine – hiyerarşik bir ilişkinin bulunmaması gerektiğini ve ancak yüzyıllardır uluslararası hukukun da yardımıyla kurulan bu ilişki yapısının yine özgürleştirici bir uluslararası hukuk vasıtasıyla yapı-söküme tabi tutulabileceğini savunan, özellikle uluslararası örgütler aracılığıyla ve güçlü devletler lehine kurulan hegemonyaya karşı bir direnç oluşturan, Avrupa kökenli düşünce pratikleri üzerine inşa edilen uluslararası hukukun evrenselliği konusunda şüpheleri bulunan bir koalisyon hareketidir.

III. TWAIL'in Ana Temaları

Bu bölümde TWAIL'in sekiz ana teması alanın önde gelen isimlerinin yorumlarıyla aktarılacaktır. Sıklıkla ifade edildiği üzere, TWAIL literatürü oldukça heterojen yapıyla dikkat çekmektedir. Dolayısıyla, TWAIL'in tüm tezlerine yer verilmesi bu çalışmanın kapsamını fazlasıyla aşacağından, burada TWAIL akademisyenleri tarafından üzerinde mutabık kalınan temalar ve bunların ele alınış biçimleri aktarılacaktır. Bu temalar uluslararası hukukun Avrupa merkezci olması, uluslararası hukukun sömürgeciliği meşrulaştırma aracı olması, sömürgeciliği maskeleyen için kullanılan medenileştirme misyonu, uluslararası hukukun Avrupalı olmayan halkları ötekileştirmede kullanılan bir araç olması, Avrupa menşei egemenlik konseptinin sömürgeci emeller adına kullanılması, uluslararası hukukun eşitsiz ve adil olmayan uluslararası düzenin destekçisi olması, uluslararası hukukun sahte bir evrensellik iddiasında olması ve son olarak odak noktasının günlük yaşamlar olmasıdır.

A. Uluslararası Hukukun Avrupa Merkeziliği

Uluslararası hukuk, bir Avrupa icadıdır. Disiplinin gelişim süreci neredeyse tamamen Avrupa gelenekleri ve Avrupa'da yapılan antlaşmalar ile tamamlanmış, Avrupa dışındaki devletler ise gelişime neredeyse hiç katılmamıştır.⁵⁴ Dolayısıyla disiplinin gelişme sürecinin pratikteki karşılığı “uluslararası kamu hukuku” değil, “Avrupa kamu hukuku” olmalıdır. Rajagopal da adaletsiz ve eşitsiz bulduğu modern uluslararası hukuka yöneltilen en önemli eleştirinin bunun Avrupa merkezci bir rejim olduğu ve “uluslararası hukuk açısından, bu eleştirinin çeşitli unsurlarının [TWAIL] başlığı altında tartışılabileceği” hususunu belirtmektedir.⁵⁵ Mickelson, Odumosu ve Parmar da TWAIL'in uluslararası hukukla olan çok yönlü ve karmaşık Üçüncü Dünya kaynaşmasını vurgularken, uluslararası hukukun dominant, tarihsel olarak Avrupa merkezci kökenleri ile evrensellik, adalet ve eşitlik iddialarını sorgulamakta

54 Alexander Orakhelashvili, ‘The Idea of European International Law’(2006) 17(2), The European Journal of International Law, 315, 317.

55 Balakrishnan Rajagopal, ‘International Law and Its Discontents: Rethinking the Global South’ (2012) 106 American Society International Law Proceedings, 176, 176.

ve itirazlarını dile getirmektedirler.⁵⁶ Chimni'ye göre ise, Batılı olmayan dünyanın sömürge öncesi dönemde uluslararası hukuk uygulamalarına aşına olmadığı fikri safstadır; modern uluslararası hukuk sadece Avrupa-Hıristiyan medeniyetinin bir ürünü olarak ortaya çıkmıştır.⁵⁷ Batı merkezli hukuk sisteminin usul ve kavramlarının diğer kültürlerle dayatıldığını ileri süren Weeramantry⁵⁸ gibi Bedjaoui'ya göre de, “uluslararası hukuk merkez olarak Avrupa, medeniyetin temeli olarak Hristiyanlık, insanlarda doğuştan gelen [bir dürtü olarak] kapitalizm ve bir gereksinim olarak emperyalizm üzerine kuruludur.”⁵⁹

Modern uluslararası hukukun egemen olarak eşit olan devletlerin rızasına dayandığı konusunda bir uzlaşma vardır. Uluslararası Adalet Divanı'nın da bir hükmünde belirttiği üzere, “bir devlet için, o devlet tarafından antlaşma yoluyla veya başka bir şekilde kabul edilmiş olanlar dışında, uluslararası hukukta hiçbir kural yoktur ... ve bu ilke istisnasız tüm devletler için geçerlidir.”⁶⁰ Ancak bu, sahte bir katılımcılık algısı yaratma bilinçli sürecinin ürünüdür. Zira Chimni'ye göre, uluslararası toplumun genel uygulamaları ve inancı sonucu hukuk olarak kabul edilmiş olan uluslararası teamül hukukunun oluşumunda bile aslında bir avuç devletin takip ettiği çıkar politikaları belirleyici rol oynamaktadır. Buna göre Birinci Dünya devletleri, kendi kısa dönemli çıkarları üzerine kurdukları inanç sistemlerini, tıpkı 19. yüzyılda İngiltere'nin deniz hukukunu şekillendirmesinde olduğu gibi, tüm uluslararası toplumun ortak fikri olarak lanse etmektedirler.⁶¹

Belirtmek gerekir ki TWAIL uluslararası hukuku ortadan kaldırmaya çalışan değil, onu dönüştürmeye çalışan bir yaklaşımdır. Bir diğer ifadeyle TWAIL, esasında uluslararası hukuku değil, uluslararası hukuk aracılığıyla kurulan mevcut gayri meşru rejimi reddeder, zira bu rejim dünyanın zenginliğini ve çeşitliliğini görmezden gelmektedir. “[Uluslararası hukuk] neredeyse tamamen dünyanın bir bölgesinin entelektüel, tarihi ve kültürel deneyimlerine dayanmaktadır. Avrupa'yı, Avrupa bilgisini ayrıcalıklı kılar ve Avrupa'yı düşünür. Uluslararası insan hakları hukuku bile [...] kibirli bir Avrupa merkezci retorik ve külliyat kökenlidir.”⁶² Mutua'ya göre,

56 Mickelson, Odumosu and Parmar (n 27) 351.

57 Chimni (n 52) 501.

58 Christopher Weeramantry, *Universalising International Law* (Martinus Nijhoff 2004) 9.

59 Mohamed Bedjaoui, 'Poverty of the International Order', in Richard A Falk, Friedrich V. Kratochwil and Saul H. Mendlovitz (eds), *International Law: A Contemporary Perspective* (Westview Press, 1985) 153.

60 The International Court of Justice, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States)*, 1986, ICJ Rep. 12, para. 269, <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf>, erişim tarihi: 18.11.2020.

61 Bhupinder Singh Chimni, 'Customary International Law: A Third World Perspective' (2018) 112(1), *American Journal of International Law* 1, 27-28. Ayrıca bkz. Vasuki Nesiab, 'Decolonial CIL: TWAIL, Feminism, and an Insurgent Jurisprudence' (2018) 112 *AJIL Unbound*, 313-318

62 Mutua (n 1) 36-37. İnsan hakları hukukunun, TWAIL perspektifinden değerlendirildiği bir çalışma için bkz. Ramina, L., 'TWAIL- Third World Approaches to International Law and Human Rights: Some Considerations' (2018) 5(1) *Revista de Investigacoes Constitucionais*, 261-272.

“Son birkaç yüzyılda dünya, sömürge devletinin yaratılması ve belirli ekonomik, sosyal ve politik modellerin baskınlığı yoluyla Avrupa merkezli normlar ve kültürel formların evrenselleşmesine tanık olmuştur. Uluslararası hukukun kendisi dört spesifik Avrupa varsayımının üstünlüğü üzerine kurulmuştur: merkez coğrafya olarak Avrupa, üstün paradigmalara olarak Hristiyanlık, merkantilist ekonomi ve siyasi emperyalizm.”⁶³

Daha önce de ifade edildiği üzere, TWAIL yaklaşımında görülen bu karşıtlık bizatihi Avrupa'nın kendisine değil, onun uluslararası hukuk aracılığıyla yarattığı kurumlara yöneliktir. Zira aşağıda da belirtildiği gibi Avrupa, bu kurumlar aracılığıyla Avrupa dışı dünyayı uluslararası hukukun belirleyici aktörü olmaktan çıkararak, belirlenen (kurulan) öznesi haline getirmiştir. Bu anlamda uluslararası hukuk, Avrupa tarihi ve tecrübesinin bir sonucu olarak Avrupa'da şekillenmiş olan ve oluşumunda herhangi bir katılımı bulunmasa da Avrupa dışı dünyaya aktarılan (dayatılan) bazı ilke ve doktrinlerden başka bir şey değildir.⁶⁴ Verzijl'in de ileri sürdüğü gibi uluslararası hukuk “Avrupa zihninin bilinçli faaliyetlerinin bir ürünü olmakla kalmaz, aynı zamanda yaşamsal özünü ortak bir inanç kaynağından çeker ve bu yönlerin her ikisinde de çoğunlukla Batı Avrupa kökenlidir.”⁶⁵ Dolayısıyla uluslararası hukuku bir Hristiyan uygarlığı ürünü olarak görmek de pek tabii mümkündür.⁶⁶ Bu anlamda TWAIL, her şeyden önce uluslararası hukukun Avrupa merkeziliğine yönelik bir çeşit başkaldırısıdır.⁶⁷

B. Uluslararası Hukukun Sömürgeciliği Meşrulaştırma Aracı Olması

Uluslararası hukukun ilke ve doktrinlerinin Avrupa dışı dünyaya yayılma süreci, esasında Avrupa için kullanışlı bir araç olarak hizmet etmiştir, zira on altıncı yüzyıla kadar götürülebilecek bu süreç sömürgecilik faaliyetinin kurumsal bir meşruluk zeminine taşınmasındaki boşluğu doldurmuştur. Chimni'nin de belirttiği üzere, uluslararası hukuk özünde bir kolonyal gereksinimi karşılamaktadır: “On altıncı yüzyıldan beri uluslararası hukukun gelişimi sömürgeci projeye bağlantılıdır. Toprak kazanımı, tanınma, devletin sorumluluğu ve halefiyet gibi kritik alanlardaki uluslararası hukuk kuralları sömürgeciliğin gereklilikleriyle şekillenmiştir.”⁶⁸

63 Mutua (n 6) 214.

64 Antony Anghie, ‘The Evolution of International Law: Colonial and Postcolonial Realities’ (2006) 27(5) Third World Quarterly 739, 740; Okafor (n 48) 177; Mohammed Bedjaoui, ‘General Introduction’, in Mohammed Bedjaoui (ed), *International Law: Achievements and Prospects* (Martinus Nijhoff 1991) 5.

65 J.H.W. Verzijl, *International Law in Historical Perspective Vol I* (AW Sijthoff 1968) 435-436.

66 En seçkin uluslararası hukukçulardan Lassa Oppenheim, uluslararası hukukun “köken olarak esasen Hristiyan uygarlığının bir ürünü olduğunu” yazmaktadır. Lassa Oppenheim, *International Law: A Treatise Vol. I* (Longmans, 1905) 3-4.

67 “Uluslararası hukuk, insan uygarlığının zirvesi olarak sunulan Avrupa merkeziliğin yayılmasında belki de en önemli silah olmuştur.” Mutua (n 1) 36. Ayrıca bkz. Gathii (n 2) 38-39.

68 Chimni, (n 52) 501. Ayrıca bkz. Ali Hammoudi, ‘Re-Constituting the Hegemony of Western Law in the Third World: A Postcolonial Critique of Twining’s ‘General Jurisprudence’ (2013) 4(4) Transnational Legal Theory, 527, 532.

Uluslararası hukukla sömürgecilik arasında kurulan ilişki gelişi güzel veya tesadüfi tarihi olaylar sonucunda oluşmamıştır. Tersine, bu asimetrik ilişki bizatihi Avrupa'nın Avrupa dışı dünyaya bilinçli ve sistematik bir tahakkümü sonunda ortaya çıkmıştır. Bu ilişkide bir taraf soyut, süreçten dışlanmış ve edilgen bir konumda bulunurken, diğer taraf belirleyici ve aktif bir pozisyona sahip olmuştur. Chimni de uluslararası hukuk-sömürgecilik ilişkisini analitik bir şekilde ortaya koymaktadır:

“Uluslararası hukukun Üçüncü Dünya halklarından soyutlanması, onları ve topraklarını uluslararası hukuk nesnelere dönüştüren medeniyet/barbarlık ayrımının en uygun örneklerindedir. Üçüncü dünya halkları bir şekilde uluslararası hukukun öznesi haline dönüştürülmüşse, bu [yalnızca geçici bir süre ve] egemenliklerini sömürgeci efendilerine teslim etmek için olmuştur [...] Üçüncü Dünya halklarının uluslararası hukuktan mutlak olarak soyutlandığı bir zaman olmuştur. Ölüm, yıkım, talan, yağmalama ve aşağılama bu dönemde Üçüncü Dünya halkları ve uluslararası hukuk arasındaki ilişkiyi en iyi anlatan anahtar kelimelerdir.”

Bu anlamda sömürgecilik tarihini öğrenmek isteyen birinin uluslararası hukuk tarihini okuması – yeterli olmasa bile – faydalı olacaktır, zira ikisi arasında kurulan ortaklığın en belirgin hedefi dünyanın tek bir pazar olarak birleştirilmesi olmuştur. Sömürgecilik projesini uluslararası hukukun merkezine yerleştiren diğer TWAIL akademisyenleri gibi Chimni de uluslararası hukuk tarihi ile sömürgecilik arasındaki suç ortaklığı ile sömürgeci uluslararası hukuku herkes için geçerli evrensel uluslararası hukuk olarak sürdürme çabası üzerinde durmaktadır. Chimni'ye göre *“ulusal kapitalist sınıfların ulus-aşan kesimlerinin oluşturduğu ulus-ötesi bir kapitalist sınıf, dünya pazarını uluslararası hukuk aracıyla birleştirmeyi amaçlamaktadır. Ulus-ötesi kapitalist sınıf, uluslararası hukukun yardımıyla hedefini gerçekleştirme yolunda ilerlemektedir.”*⁶⁹

Chimni'nin tespiti Mutua tarafından hatta daha da keskin bir biçimde paylaşılmaktadır:

*“Uluslararası hukuk rejimi gayrimeşrudur. Uluslararası hukuk sistemi Üçüncü Dünya'nın Batı tarafından yağmalanması ve tebaalaştırılmasını meşrulaştıran, yeniden üreten ve sürdürülebilir kılan yağmacı bir sistemdir. Uluslararası hukukun ne evrensellik ne de küresel düzen ve istikrar vaadi onu Üçüncü Dünya için küresel yönetişimin adil, insaflı ve meşru bir kılavuzu haline getirmektedir. Uluslararası hukukun inşası ve evrenselleştirilmesi, Avrupalı olmayan halk ve toplulukları Avrupa'nın fetih ve tahakkümü altında tebaalaştıran emperyalist yayılcılık için elzemdir. Tarihi olarak Üçüncü Dünya, uluslararası hukuku genellikle direniş ve kurtuluşun değil, tahakküm altına alma ve tebaalaştırmanın bir rejimi ve dili olarak görmüştür.”*⁷⁰

Bu bağlamda uluslararası hukuk, Avrupa'nın bilinç altında yatan üstünlük algısının açığa çıkarılması açısından da öğreticidir. “Şaşmaz ve yanılmaz” bir Avrupa dünyası karşısında medeniyetten yoksun bir dünya varken, buralardan faydalanılmasının gayri ahlaki ve hukuk dışı olarak değerlendirilmesi imkânsız olmuştur. Örneğin Mutua'ya göre, Avrupalılar sömürgeciliği kaderlerinin bir parçası ve her durumda Avrupalı

69 ibid 503.

70 Mutua (n 1) 31.

olmayanlar için “iyi” olarak kabul ettikleri için, tüm yöntemleri hem ahlaki hem de yasal olarak kabul etmişlerdir: “*Hayal edilebilecek en barbar eylemler de dahil olmak üzere tüm acımasız yöntemler, Avrupalılar tarafından [muhlis olan] sömürgecilğin ilerletilmesi için uygulanmıştır.*”⁷¹

Belirtmek gerekir ki TWAIL literatürünün bu tespiti yalnızca klasik uluslararası hukuk özelinde yapılmış tarihi bir belirleme değil, tersine modern zamanlara da sirayet eden bir gerçekliktir. Örneğin Mutua, uluslararası hukuk ve sömürgecilik arasındaki bağlantının modern uluslararası kurumlar aracılığıyla sürdürüldüğünü ifade etmektedir. Buna göre, “*hem Milletler Cemiyeti hem de halefi BM, Avrupa/ Amerika’nın uluslararası ilişkilere hâkimiyetini canlandırmış ve onaylamıştır. Savaş sonrası dönemde Avrupalı olmayan devletler, Batılı güçlerce himaye edilmiş, manda altına alınmış ya da Batılı bir devletin bağımlı devletleri haline getirilmişlerdir.*”⁷² Bugün uluslararası hukuk kurallarının belirlenmesinde her bir maddesine özel önem verilen BM Şartı’nda Uluslararası Vesayet Rejimi altında düzenlenen bir sistemin varlığı Mutua’yı destekler niteliktedir.

Mutua’ya benzer şekilde Fakhri de uluslararası hukuk-sömürgecilik ilişkisinin post-kolonyal dönemde ortadan kalkmadığını, sadece görüntü değiştirdiğini vurgulamaktadır. Ona göre emperyalizmin, tarihsel sömürgecilik ve bölgesel genişlemeden, savaş sonrası neo-kolonyalizme ve sömürge sonrası egemen devletlerin sömürülmesine, oradan da ulus-ötesi bir kapitalist sınıf ve uluslararası kurumların yönlendirdiği çağdaş küresel emperyalizme geçiş yaptığı dikkate alınması gereken bir ihtiyaktır.⁷³

Bu noktada TWAIL, Avrupa’nın Avrupalı olmayanları doğrudan sömürge olarak yönetiminin sona ermesine ve dekolonizasyon sürecine verilen hem reaktif hem de proaktif bir reaksiyon olarak ortaya çıkmıştır. “*Reaktif oluşu uluslararası hukukun emperyalist bir proje oluşuna cevap vermesindedir. Proaktif oluşu ise, Üçüncü Dünya’nın şartlarını içerden dönüştürmek istemesindedir.*”⁷⁴ Parmar tarafından da belirtildiği gibi, “*TWAIL bağlamında ‘Üçüncü Dünya’, uluslararası toplumun hiyerarşik düzeninin tarihsel-kültürel köklerini sömürgecilik ve emperyalizmin tarihsel deneyimindeki uluslararası toplumun hiyerarşik düzeninde bulan bir terimdir.*”⁷⁵

C. Medenileştirme Misyonu

Bir diğer açıdan TWAIL, Avrupa zihninin hem uluslararası hukuka yüklediği misyonu hem de Avrupa dışı dünyayı Şarkiyatçılık temelinde ele alış biçimini göstermesi açısından oldukça öğreticidir. Bu anlatıda Avrupa medeni, gelişmiş ve üstün

71 ibid 33.

72 Mutua (n 6) 214.

73 Fakhri (n 9) 3.

74 Mutua (n 1) 31.

75 Pooja Parmar, ‘TWAIL: An Epistemological Inquiry’ (2008) 10 International Community Law Review 363, 366-367.

konumda iken, geri kalan dünya barbar, geri kalmış ve düşük konumda bulunmakta ve birincisine ikincisini “yola getirmek” görevi yüklenmektedir. Örneğin Shetty, TWAIL düşünürlerinin sömürgecilik ve emperyalizmle bağlantılı teorik görüşlerin uluslararası hukuk pratiğinin anlaşılması için gerekli olduğunu savunduklarını, sömürgeciliğin kendisinin Üçüncü Dünya devletlerini uygarlaştırmanın daha gelişmiş Batı devletlerine düşen bir “medenileştirme misyonu” olarak meşrulaştırdığını belirtmektedir.⁷⁶ Ona göre, “medenileştirme misyonu anlatısı hem tarihsel hem de modern disiplinin kültürel farklılıklarla etkileşim şeklini belirlemiştir. [Sömürgeciliğin] merkezi argümanlarının belirttiği üzere, Batı'nın, Üçüncü Dünya'yı geri kalmışlığından kurtarmak ve bu geri kalmışlığın medeni bölgeleri tehdit etmesini önlemek için başarısız devleti, haydut devleti ve teröristleri medenileştirme misyonu vardır.”⁷⁷

Bu, hem anlaşılması hem de meşrulaştırılması oldukça kolay bir mantığa dayanmaktadır. Weeramantry'nin da sıklıkla dikkat çektiği üzere,⁷⁸ uluslararası hukukun medenileştirme misyonu oldukça basit bir meşrulaştırma misyonuna sahiptir. “İyilik” tarafının temsilcileri, özünde kötü olmayan, ancak inançlarındaki eksiklik, ticaret yapmadaki bilgisizlik ve devlet inşasındaki tecrübesizlik nedeniyle “kötülüğün” elinden kurtarılmak için bekleyen halkları barbarlıktan çekip çıkarmak gibi kutsal bir misyona sahiptir. “Klasik uluslararası hukuk, beyaz Avrupalı halkların Avrupalı olmayanlar üzerindeki üstünlüğüne ve birincisinin ikincisini medenileştirme ve kontrol etme ‘misyona’ dayanıyordu.”⁷⁹ Anghie ve Chimni'ye göre de “medenileştirme misyonu Batı'nın Üçüncü Dünya toplumlarının işlerine sürekli müdahalesini meşrulaştırmış ve sömürgeciliğin önemli bir parçasını oluşturan Üçüncü Dünya'nın ekonomik sömürüsü için ahlaki bir temel sağlamıştır.”⁸⁰

TWAIL'in medenileştirme misyonu argümanının haklılığı, modern uluslararası hukukun öncülerinden olduğu kabul edilen Francisco de Vitoria'nın, İspanyolların Amerikan yerlilerini “medenileştirmeleri” için doğal hukuk doktrinini eğip bükme çabasında açıkça görülmektedir. Vitoria'ya göre, Kızılderililer de dahil olmak üzere tüm insanlar temel bir “doğal hukuk” ile yönetilmektedir. Kızılderililerin içinde bir düzen olsa da doğal hukuk tarafından belirlenen evrensel kriterleri karşılayamadığı için bu eksik bir düzendir: “Kızılderililer [...] tamamen akıl yoksunu olmasalar da bu durum onlarda biraz kıttır ve bu nedenle, insani ve medeni şartların gerektirdiği standarda göre meşru bir devlet kurmak veya yönetmek için uygun değildirler. Bu nedenle, uygun yasaları veya yöneticileri yoktur ve hatta aile işlerini bile kontrol etmekten acizdirler.”⁸¹

76 Shetty (n 14) 78.

77 ibid.

78 Weeramantry (n 58) 8, 28, 30; Christopher Weeramantry, *Islamic Jurisprudence: An International Perspective* (Macmillan's 1988) 150.

79 Mutua (n 1) 36.

80 Antony Anghie and Bhupinder Singh Chimni, ‘Third World Approaches to International Law and Individual Responsibility in Internal Conflicts’ (2004) 2, *Chinese Journal of International Law* 77, 85.

81 Anghie (n 64) 743.

Sonuç olarak Vitoria, İspanyolların medeni olmayan Kızılderililer üzerinde bir çeşit “emanetçi” olarak hareket etmesini ve bunlar üzerinde uygun hükmetme aracının kurulması gerektiğini savunmuştur.⁸² Vitoria'nın mantık örüntüsü, neden bazı TWAIL yazarlarının uluslararası hukuku gayri meşru ilan ettiği ve disiplinin esaslı bir yapı-söküme tabi tutulması gerektiğini ortaya koymaktadır.

Bu örüntünün dolaylı bir sonucu da bu misyonun yerine getirilmesi için kullanılan tüm araç ve süreçlerin meşru bir zemin kazanmasıdır, zira bu geri kalmış ve kendisi için “iyi” kararlar vermekten aciz “zavallı” topluluğun kurtarılması gereken asıl düşman yine bizatihi kendisidir. Bu anlamda medeni-barbar ayrımı biz-öteki ayırımına eklenerek bu görevin her türlü yol ve yöntemle yerine getirilmesi mümkün kılınmıştır. “*Medenileştirme misyonu*’, *Avrupa dışı halkları ‘öteki’ olarak nitelendirerek işlevini yerine getirmiştir: barbar, geri kalmış, uygar olması, kurtarılması, geliştirilmesi, uysallaştırılması gereken [bir] vahşilik.*”⁸³

D. Uluslararası Hukuk ve Ötekileştirme

Uluslararası hukukun evrensel olarak uygulanan kurallarının belirlenmesinde görülen bir eksiklik, eşitlik temelinde katılımcılıktır. Bir diğer ifade ile, bu kurallar ağırlıklı olarak yalnızca “bazı” egemen eşitler tarafından belirlenmekte, “yeterince eşit olmayanlar” ise dışlanmaktadır. Ancak Sunter’in de ifade ettiği gibi “*TWAIL, eleştirel yapı-söküm için teorik bir bağlılıktan daha fazlasını; marjinal dünya görüşlerini de temsil etmektedir.*”⁸⁴ Parmar da tüm TWAIL literatürünün altında ideolojik bir direniş yattığı konusunu vurgulamakta ve bunun da ana akım uluslararası hukuk teorisindeki “kültürel ve medeniyetsel çoğulculuk” gerçeğine karşı gelişen kayıtsızlığa karşı bir direniş olduğunu öne sürmektedir.⁸⁵

Ana akım teoriler, uluslararası hukukun evrensellik iddiasını fazlasıyla benimsemiş olmaları sebebiyle, Avrupa tarafından sömürülmüş, güçlerinden yoksun kılınmış ve sonuç olarak da marjinalleştirilmiş Avrupa dışı dünyanın itirazlarını görmezden gelmektedir. Parmar’a göre TWAIL bu kayıtsızlığa karşı bir direniş çağrısıdır:

“(...) ana akım uluslararası hukukun belirli bazı tarihsellikleri önemsemeyen tutumu, uluslararası hukuki teorinin evrenselciliğin peşinde olması ve hayali ‘uluslararası topluluklar’ı kutsaması, ve kolonyal geçmiş ile bugün de belirli yerlerdeki belirli insanların hayatlarında belirli şekillerde devam eden bu [kolonyal] geçmişle bağlantılı olarak ‘kendisini ilgilendirmeyen’ ‘ortak küresel iyi’ seçimlerini yapması şeklindeki yöntemdir. Bu, sadece uluslararası hukukun kolonyal kökenini gözardı etmesine olanak veren bir “umursamazlık” değil, [bahsedilen] “göz ardı etme filini” meşrulaştıran, ve aynı zamanda Üçüncü Dünya ile

82 İbid. Ayrıca bkz. Antony Anghie, ‘Francisco De Vitoria and the Colonial Origins of International Law’ (1996), 5(3) Social and Legal Studies 321-336.

83 Anghie and Chimni (n 80) 85.

84 Sunter (n 16) 478.

85 Parmar (n 75) 368.

ilişkili herhangi bir anlamlı yükümlülük/sözleşmeden kendini bertaraf etmesini de sağlayan [bir umursamazlıktır].”⁸⁶

TWAIL’in merkezi argümanlarından biri tam olarak bu noktada ortaya atılmakta ve uluslararası hukukun katılımcılık temelinde yeniden inşası üzerinde durulmaktadır. “[TWAIL literatürünün ortak] kaygıları, geleneksel olarak ‘uluslararası hukukun diğerleri’ olarak konumlandırılmış olan yerleri ve kişileri uluslararası hukukun işleyişine uyumlu hale getirmesidir.”⁸⁷ Anghie ve Chimni de bu gerçeği dile getirmişler:

“Uluslararası hukukun başlangıcından bu yana, sıklıkla tüm şiddetin kaynağı olarak tanımlanan ve bu nedenle de daha yoğun bir şiddet tarafından bastırılması gereken “öteki”, Avrupa dışı kabileler, kafirler ve barbarlar olmuştur. Bununla birlikte bu şiddet, sömürgeci iktidar tarafından uygulandığında meşrudur, zira ya kendini savunma amaçlıdır ya insani bir karaktere sahiptir ya da aslında Avrupalı olmayan insanları bizatihi kendilerinden kurtarmaya çalışmaktadır.”⁸⁸

Üçüncü Dünya’nın bizatihi Üçüncü Dünya’nın kendisinden korunması gibi patolojik bir özelliğe sahip Avrupa tipi uluslararası hukukun dönüştürülmesi için Parmar’ın önerisi, TWAIL’in Üçüncü Dünyacılıkla anlamlı bir ilişki kurması ve uluslararası hukuk teorisi içinde Avrupa-Amerikan dışı düşünce ve epistemolojiye yönelik sergilenen “kayıtsızlığa” meydan okumasıdır.⁸⁹

E. Egemenlik Konseptinin Sömürgeci Emeller İçin Kullanımı

Çoğunlukla olmasa da genellikle, klasik egemenlik kavramının, tüm egemen devletlerin birbirleriyle olan ilişkilerinde eşit konumda oldukları ve bu devletlerin de kendi toprakları üzerinde mutlak bir güce sahip olduğu kabulüne dayanan 1648 Vestfalya Antlaşması’yla ortaya çıktığı kabul edilir.⁹⁰ TWAIL literatürünün odaklandığı merkezi meselelerden birisi de Avrupa tarafından yaratılıp sömürgeciliğin gerekçesi olarak kullanıldığı iddia edilen klasik egemenlik kavramıdır.⁹¹ Uluslararası hukuktaki klasik egemenlik anlayışı, Avrupa tarafından Avrupa dışı dünyaya reddedilemez bir illüzyon olarak satılmaktadır. Bu illüzyonda Avrupa dışı dünya, kendisini uluslararası hukuk kurallarının büyük ölçüde belirleyicisi olan Avrupa ile eşit bir konumda görmektedir. Bu anlamda Üçüncü Dünya’nın, teorik olarak kendisinin de eşit katılımıyla oluşturulan kurallara uymak gibi bir ödevi bulunmaktadır. Ancak eşitlik algısının pratikte ciddi bir yansıması yoktur, zira uluslararası hukukta “[e]gemenlik ve devlet olma durumu, Avrupa dışı toplumları dışlayacak veya tabi kılacak şekilde

86 ibid.

87 Eslava and Pahuja (n 22) 104.

88 Anghie and Chimni (n 80) 85-86.

89 Parmar (n 75) 368.

90 Francis Kofi Abiew, *The Evolution of the Doctrine and Practice Of Humanitarian Intervention* (Brill 1999) 28 (“Egemenlerin kendi aralarında eşit kabul edilerek yönetilen Avrupa toprakları modeli [1648 Vestfalya Barışı ile] onaylanmıştır”).

91 Anghie (n 64) 741.

tanımlanmıştır."⁹² Sömürgecilik yoluyla Vestfalya modeli egemenlik anlayışı yerel farklılıklar dikkate alınmadan Avrupa dışı dünyaya ithal edilirken sömürgeciliğe meşruiyet kazandırılmıştır.⁹³

Mutua da egemenlik kavramının Avrupa ile dünyanın geri kalanı arasındaki karşılaşmada sömürgeciliği meşrulaştırmak için çok yararlı bir araç olduğunu ve "az sayıdaki Avrupa devletinin dünyaya yayılır ve kendi genişlemeleri için dünyanın dörtte üçünden fazlasını devralırken" bu kavramdan fazlasıyla yararlandığını ifade etmektedir.⁹⁴

Benzer şekilde Anghie de sömürgeciliğin egemenlik kavramıyla yakın ilişkisi üzerinde durmaktadır:

*"[Sömürgeci] karşılaşma, egemen devletin, egemen olmayan ve dolayısıyla da herhangi bir yasal iddiayı öne sürebilecek bir tüzel kişiliğe sahip bulunmayan devlete dilediğini yapabileceğini savunarak konuyu temelden çözen pozitivist hukuk düşüncesi için hiçbir kavramsal zorluk yaratmamıştır. Devlet uluslararası hukukun merkezi ve en önemli aktörü olduğundan, Avrupa emperyalist güçleri tarafından kavramlaştırıldığı üzere egemen devlet, bir halkın veya topluluğun özgürlüğü ya da fetih ve işgali arasındaki fark anlamına gelmekteydi. [Böylece], Avrupalı olmayan bağımsız toprakların Avrupalılar tarafından askeri fetih, hile ya da tehdit yoluyla sömürgeleştirilmesi meşrulaştırıldı."*⁹⁵

Görüldüğü üzere klasik egemenlik kavramı devletler arasında eşit ilişki kurulması için bir ön koşul niteliğindedir. Hangi siyasal birimin egemen – ve dolayısıyla da eşit haklara sahip – olduğunu belirleme tekeli elinde tutan Avrupa, Üçüncü Dünya'yı bu haktan yoksun kılmış, dolayısıyla da pozitivist hukuk çerçevesinde bu siyasal birimlerin özgürlüklerini dilediği gibi kısıtlamak konusunda herhangi bir kavramsal zorluk yaşamamıştır.

F. Uluslararası Hukukun Eşitsiz ve Adil Olmayan Düzenin Destekçisi Oluşu

Dünya ulusları arasındaki gelir dağılımı eşitsizliği tartışmaya yer bırakmayacak kadar belirgindir. Şüphesizdir ki bunun sebepleri tek bir olay veya olguyla açıklanamayacak kadar çeşitlidir. Ancak TWAIL literatüründe ileri sürüldüğü üzere, büyümekte olan Kuzey-Güney bölünmesinde açıkça görülen eşitsiz yapıları sürdürmede uluslararası hukukun oynadığı rol de önemli bir yer tutmaktadır. Bir anlamda uluslararası hukuk, bu yapılara güçlü bir payanda sağlamaktadır. Chimni'ye göre de uluslararası hukuk "küreselleşme çağında hâkimiyetin ifade edileceği başlıca dildir."⁹⁶ Onun ifadesiyle uluslararası hukuk,

92 Makau Mutua, 'Critical Race Theory and International Law: The View of an Insider-Outsider' (2000) 45(5) Villanova Law Review 841, 850.

93 Anghie and Chimni (n 80) 80; Chimni (n 45) 501.

94 Mutua (n 1) 33.

95 Antony Anghie, 'Finding the Peripheries: Sovereignty and Colonialism in Nineteenth-Century International Law' 1999 40(1) Harvard International Law Journal 1, 3.

96 Bhupinder Singh Chimni, 'Third World Approaches to International Law: A Manifesto' (2006) 8 International Community Law Review 3, 3.

“(...) her zaman egemen sosyal güçlerin ve devletlerin uluslararası ilişkilerdeki çıkarlarına hizmet etmiştir. Bununla birlikte, tarihin tanıklık ettiği üzere hâkimiyet, üzerlerinde hâkimiyet kurulan devletler için değişen derecelerde bir özerklikle bir arada bulunabilir. Sömürge döneminde, sömürgeleştirilmiş ülkelerin özerkliğinin tamamen ve açık bir şekilde reddedildiği görülmüştür. Küreselleşme çağında hâkimiyet gerçekliği en uygun ifadeyle daha gizli, karmaşık ve kümülatif bir süreç olarak kavramsallaştırılır. Giderek çoğalmakta olan uluslararası yasalar, kurumlar ve uygulamalar kalabalığı, Üçüncü Dünya ülkelerinin uluslar-üstü sermaye ve güçlü devletler karşısında bağımsızlığını aşındırmak için bir araya gelmektedir. Diğer yandan, Üçüncü Dünya’nın yönetici eliti, Üçüncü Dünya halklarının çıkarlarını korumak için etkili siyasi ve yasal stratejiler tasarlamak, uygulamak ve sürdürmek konusunda aciz ve/veya isteksizdir.”⁹⁷

Klasik sömürgecilik döneminde bir “conquistador” için bir devletin egemenliğinin görmezden gelinmesi mümkün – ve normal – iken, küreselleşme çağında bu üstünlük uluslararası hukukun hâlâ ağırlıklı olarak Birinci Dünya tarafından belirlenen ve yaratılan kuralları ve kurumları aracılığı ile sürdürülmektedir. Bir diğer ifadeyle klasik dönem sonrası uluslararası hukuk yeniden inşa edilmiş, ancak bu inşa sürecinde değişen sadece uygulama biçimleri olurken özü sabit kalmıştır. Uluslararası hukukun yeniden inşasıyla ilgili olarak Anghie ve Chimni de şüpheli bir yaklaşım önermektedir. Onlara göre, uluslararası hukukun neo-sömürgecilik olgusu ile çeşitli şekillerde devam etmekte olan sömürgecilikle olan suç ortaklığı nedeniyle, disiplin Kuzey’in ekonomik, askeri ve politik üstünlüğünü öne sürmeye ve sürdürmeye çalıştığı sistematik bir model halini almıştır.⁹⁸ Shetty’nin de belirttiği üzere, “gerçekte uluslararası hukuk rejimi, egemen devletlerle ilgili olarak evrensel ve tarafsız değildir. TWAIL akademisyenleri, Birinci Dünya uluslarının eylemlerini meşrulaştırır ve desteklerken, Üçüncü Dünya’daki muadillerinin eylemlerini suç sayan iki katmanlı bir ‘uluslararası’ hukuk sistemine işaret etmektedir.”⁹⁹

Küreselleşme süreci, zaten büyümekte olan Kuzey-Güney ayrımını daha da genişletmiş ve bu asimetride uluslararası hukuk, eşitsiz yapıları meşrulaştırmak için yardımcı bir rol üstlenmiştir.¹⁰⁰ En önemli katkısının uluslararası ilişkilerde barış, düzen ve istikrarın sağlanmasına katkı olarak ifade edilen uluslararası hukuk, tersine halihazırda kırılğan olan siyasi ve ekonomik temelleri, Birinci Dünya’nın yarattığı uluslararası normlar ve egemen olduğu uluslararası finans kuruluşları ile daha da zayıflatmaktadır.¹⁰¹ Kapitalist piyasalardaki görece zayıf konumları nedeniyle Üçüncü Dünya devletleri uluslararası finans kuruluşları ile tek taraflı bağımlılık yaratan bir ilişki kurmak zorunda kalmaktadır. Uluslararası hukuk ayrıca Üçüncü Dünya devletlerini – bundan nadiren bir yarar görseler de – uluslararası mülkiyet

97 ibid 26.

98 Anghie and Chimni (n 80) 96.

99 Shetty (n 14) 71-72.

100 Chimni (n 96) 3.

101 ibid; Anghie (n 65) 749.

haklarına ilişkin yasal önlemlere saygı göstermeye zorlamaktadır.¹⁰² Diğer bir ifadeyle uluslararası hukuk, zenginlerin daha fazla zenginleştiği ve yoksulların da daha fazla yoksullaştığı statükonun yorulmaz bir koruyucusu olmuştur.

G. Uluslararası Hukukun Evrensellik İddiası

Uluslararası hukukun evrensel kurallara sahip olduğu iddiası yukarıda bahsedilen eşitsiz yapıları destekleyen bir başka illüzyondur, zira bu kuralların yaratılma süreci gerçekte var olmayan bir “uluslararası toplum” fikrine dayanılmaktadır. Örneğin uluslararası teamül hukuku kurallarının oluşumunda gerekli olan istikrarlı devlet uygulamaları ve bu uygulamaların hukuk kuralı olduğuna dair inancın (opinio juris) varlığının tespiti için ilk aşamada bakılacak devletler Birinci Dünya’dan mı yoksa Üçüncü Dünya’dan mı olacaktır? İyi niyetli bir spekülasyon olarak söylenebilir ki uluslararası hukukçu, Doğu Afrika Topluluğu veya Batı Afrika Devletleri Ekonomik Topluluğu’nun üyelerinden çok daha önce BM Güvenlik Konseyi daimî üyelerini inceleyecektir. Bu inceleme, modern uluslararası hukukun “uluslararası toplumu” hangi ölçüde temsil ettiği sorusunun sorulmasını gerekli kılmaktadır. Sunter de TWAIL’in çağdaş uluslararası hukuk rejiminin bir eleştirisini sağlamadaki önemli katkısına dikkat çekerken, uluslararası hukukun ana akım doktrinlerinin fazlasıyla Avrupa merkezci olduğunu ve bu nedenle de dünya nüfusunun büyük bir kısmını temsil etme kabiliyetinden yoksun olduğunu vurgulamaktadır.¹⁰³

TWAIL düşünürleri, uluslararası hukukun evrenselliği ile ilgili olarak büyük bir paradoksun bulunduğunu, zira yaratıcılarının her zaman disiplinin Avrupa ve Hristiyan kökenlerine vurgu yaptıklarını belirtmektedirler. Bu tespit, uluslararası hukukun babası olarak kabul edilen Hollandalı bilim adamı Hugo Grotius ve yukarıda anılan on altıncı yüzyıl İspanyol-Hristiyan teoloğu ve hukuk bilgini Francisco de Vitoria’nın büyük katkısı vardır.¹⁰⁴ Makau Mutua’ya göre, “*TWAIL literatürü, küresel düzeni, barışı ve güvenliği tesis etme kisvesi altında [faaliyet gösteren] belirli kültürlerin evrenselleşmesini reddetmektedir. TWAIL bunun yerine, gerektiğinde evrensel olarak kabul edilebilir normların içeriğini oluşturmak için kültürler arası diyalog girişimleri çağrısında bulunmaktadır.*”¹⁰⁵

Söz konusu evrensellik iddiası iki katmanlı bir yapıya işaret etmektedir. İlk katmanda yalnızca Avrupa tarafından yaratılan kurallar ve kurumlar bulunmaktadır. İkinci katmandaki evrensellik iddiası ise, herkesin uyması zorunlu olan bu kural ve kurumların yaratılma amacı olan Üçüncü Dünya’ya yayılma için her türlü aracın kullanılmasını

102 Chimni (n 96) 8; Bhupinder Singh Chimni, ‘Capitalism, Imperialism, and International Law in the Twenty-First Century’ (2012) 14 Oregon Review of International Law 17, 29.

103 Sunter (n 16) 476.

104 Mutua (n 1) 33.

105 ibid 36.

meşru bir zemine oturtmaktadır. Mutua'nın da belirttiği üzere, “uluslararası hukukunun inşası ve evrenselleştirilmesi, Avrupalı olmayan halk ve toplumları Avrupa'nın fetih ve tahakkümü altında tebaalaştıran emperyalist yayılcılık için gerekliydi.”¹⁰⁶ Anghie'nin de işaret ettiği üzere, “on dokuzuncu yüzyılın sonunda uluslararası hukuk, emperyalist fetihler ve Afrika, Asya ve Pasifik'in Avrupa güçlerine maruz kalmasıyla evrensel bir hale gelmiştir.”¹⁰⁷ Sömürü ve istismar, Avrupalı olmayan halkların uluslararası hukuka zorla adapte edilmesi ve Avrupa deneyimlerinin evrenselleşmesini de beraberinde getirmiştir. Uluslararası hukukun evrenselliği tartışılmazdır. Küresel kontrol rejimi “tüm devletlere kendi özgül kültürlerine, inanç dünyalarına, siyasi örgütlenmelerine bakılmaksızın” zorla uygulanır.¹⁰⁸

H. Odak Noktasının Günlük Yaşamlar Olması

Yukarıda da ifade edildiği üzere TWAIL, uluslararası hukuku tamamen reddetmemekte, hatta adil ve eşitlikçi bir uluslararası hukukun Üçüncü Dünya için faydalı olabileceğini vurgulamaktadır. Dolayısıyla uluslararası hukukun ortadan kaldırılması değil, dönüştürülmesi gerekmektedir. TWAIL akademisyenleri için uluslararası hukuk, yalnızca Üçüncü Dünya halklarının yaşanmış tarihi bağlamında anlamlıdır. Anghie ve Chimni'ye göre buradan TWAIL düşüncesinin iki önemli özelliği ortaya çıkar:

“Birincisi, sömürgecilik ve neo-sömürgecilik deneyimi Üçüncü Dünya halklarını devletler arasındaki güç ilişkileri ve önerilen herhangi bir uluslararası kural veya kurumun aslında devletler ve halklar arasındaki güç dağılımını etkileme biçimleri konusunda aşırı derecede duyarlı yapmıştır. İkincisi, uluslararası hukuk kurallarının değerlendirileceği yorumlayıcı prizma, yalnızca uluslararası forumlarda kendilerini temsil eden devletlerin değil, bu halkların gerçekleştirmiş deneyimleridir. Bunun nedeni Üçüncü Dünya devletlerinin genellikle halklarının çıkarlarına aykırı davranışlarda bulunmasıdır. O zaman bize düşen, Üçüncü Dünya halklarının hayatlarını etkileyen uluslararası kurallara ve uygulamalara direnmesi ya da kabul etmesi konusunda, bu kural ve uygulamaların adaleti veya adaletsizliğine ilişkin güçlü kanıtlar sunmaktır.”¹⁰⁹

Belirli uygulamalar sonucunda meşruiyet statüleri ellerinden alınan Üçüncü Dünya halklarının yaşamlarına odaklanmak, uluslararası hukukun tarihini, teorilerini, doktrinlerini, kurumlarını ve uygulamalarını TWAIL'in ayrılmaz bir parçası haline getirmektedir. Chimni'ye göre, “TWAIL acilen eleştirel bilgi kaynaklarını küreselleştirmenin ve Üçüncü Dünya halklarının maddi ve etik kaygılarını ele almanın yollarını ve araçlarını” bulmalıdır.¹¹⁰ Parmar'a göre, bu tür bir bilgiyi

106 Mutua (n 1) 31. Ayrıca bkz. Ali Hammoudi, 'Re-Constituting the Hegemony of Western Law in the Third World: A Postcolonial Critique of Twining's 'General Jurisprudence' (2013) 4(4) Transnational Legal Theory, 527, 531.

107 Anghie (n 95) 40.

108 ibid 1.

109 Anghie and Chimni (n 80) 78.

110 Chimni (n 96) 4.

ortaya çıkarmak halkların “*gündelik yaşamlarına*”¹¹¹, özellikle de Üçüncü Dünya halklarına odaklanmayı gerektirmektedir. Bu ise “[...] *çıkarları, kaygıları, tarihleri ve mücadeleleri, öncelikle sömürgecilik ve emperyalizmin bir sonucu olarak uluslararası hukuk teorisinin sınırlarının dışına çıkmaya zorlanmış halkların yaşamlarıyla anlamlı bir ilişki [kurmak] için çabalamakla*” mümkün olacaktır.¹¹²

Sonuç olarak, TWAIL’in hedefleri, Üçüncü Dünya halklarının yaşanmış deneyimlerine dayanarak, yani devletlerden ziyade halkların ihtiyaç ve çıkarlarını göz önünde bulundurarak, uluslararası hukukun dönüşümünden geçmektedir, ki bu dönüşüm “*baskı dilinden özgürleştirme diline, Üçüncü Dünya halklarının mücadelelerini ve isteklerini yansıtan ve somutlaştıran ve böylece gerçekten küresel adaleti teşvik eden bir kurallar ve uygulamalar bütününe*” doğru olmalıdır.¹¹³ Shetty de uluslararası hukukun yalnızca devletlerin ilişkisi yerine bireyin hayatı üzerindeki etkilerine odaklanması gerektiğini ileri sürmektedir.¹¹⁴

IV. Sonuç ve Genel Değerlendirme

Bu çalışmada TWAIL’in farklı algılanışları üzerinde durulmuş ve yaklaşımın ana temaları açıklanmıştır. Çalışmanın benimsediği “TWAIL” ise bunların kümülatif bir toplamıdır. TWAIL’i sadece entelektüel bir akademisyenler ağı olarak algılamak, onun taşıdığı yapı-söküm misyonunun pratikte asla gerçekleşmeyeceği riskini taşımaktadır. TWAIL, adaletsiz ve eşitsiz uluslararası hukuk rejimini dönüştürmek üzerine kurulu entelektüel bir bilince sahip, bir akademisyenler ağı tarafından harekete geçirilen, devletlere ve uluslararası kuruluşlara uluslararası hukukun özgürleştirici bir versiyonunun yaratılması için çağrıda bulunan siyasi ve ideolojik bir harekettir.

TWAIL uluslararası hukukun yerleşik pratik ve doktrinlerine karşı esaslı argümanlar ortaya koyarken, yaklaşım belki de en güçlü yanını kolay anlaşılır bir mantık ve tarihsel olaylar akışı üzerine inşa edilmiş olmasından almaktadır. Bu mantığın çıkış noktası uluslararası hukuk ile sömürgecilik arasında kurulan bağıdır. Buna göre, on altıncı yüzyıldan itibaren sistematik bir hal alan modern sömürgecilik meşrulaştırılırken, uluslararası hukuk kilit bir rol oynamıştır. Yukarıda da ifade edildiği üzere, TWAIL modern uluslararası hukukun Avrupa merkezci olduğunu – oldukça kuvvetli tarihsel çıkarımlar ve hatta disiplinin Avrupalı kurucularına referansla – ısrarlı şekilde savunmaktadır. Söz konusu tek yönlü bakış açısının bir sonucu olarak, Avrupa’nın entelektüel, tarihi ve kültürel deneyimlerine dayanan, merkez coğrafya olarak Avrupa’yı önceleyen, Hristiyanlığı medeniyetin temeli olarak gören, kapitalizmin

111 Parmar (n 75) 365.

112 ibid.

113 Anghie and Chimni (n 80) 79.

114 Shetty (n 14) 81. Ayrıca bkz. Muhammad Azeem, ‘Theoretical Challenges to TWAIL with the Rise of China: Labor Conditions under Chinese Investment in Pakistan’ (2019) Oregon Review of International Law 20(2) 395-436.

değerlerini insani değerlerden üstün kabul eden ve emperyalizmi de küresel gelişme için bir gereksinim olarak değerlendiren bir uluslararası hukuk yaratılmıştır. Dahası bu uluslararası hukuk, medeni-barbar, iyi-kötü, biz-öteki ayrımları üzerinden meşrulaştırılan bir “medenileştirme misyonu” üstlenen Avrupalı devletlerin faaliyetleri ile Avrupa dışı dünyaya yayılmıştır.

TWAIL uluslararası hukukun tarihsel kökenlerini açıklamadaki kabiliyetini, kolonyal ilişkinin değişen ve bugüne taşınan karakterini ortaya koyarken de kullanmaktadır. Bu anlamda TWAIL literatürü post-kolonyal süreçten de memnun değildir, zira kavramdaki “post”, sömürgecilik sonrası bir durumu veya sömürgeciliğe karşı kazanılan bir zaferi değil, klasik sömürgeciliğin görüntü değiştirmiş bir halini ifade etmektedir, ki Avrupa merkezci uluslararası hukuk burada evvelce oynadığından daha sinsî bir rol oynamaktadır. Bir taraftan klasik sömürgecilik döneminde hayali sınırlar ile böldüğü ve aşırı heterojen nüfus nedeniyle iç karışıklıklara sürüklediği Üçüncü Dünya’yı şimdi de “self-determinasyon hakkı” gibi göz boyayan pratiklerle daha da karmaşık bir hale getirmekte ve uluslararası hukukun temelini oluşturduğu iddia edilen “egemen eşitlik” prensibiyle de diğer tüm devletler – ve bu arada gelişmiş Kuzey devletleri ile – eşit bir konumda olduğu halüsinasyonunu görmesini sağlamaktadır. Diğer taraftan ise, İkinci Dünya Savaşı sonrası uluslararası örgütler marifetiyle kurulan uluslararası sistem Üçüncü Dünya’yı ötekileştirmeye, BM Güvenlik Konseyi örneğinde olduğu gibi siyasi/askeri alanda ve Bretton Woods örneğinde görüldüğü üzere de ekonomik alanda tahakküm altında bulundurmaya devam etmektedir. Üçüncü Dünya devletlerinin genellikle halklarının çıkarlarına aykırı davranışlarda bulunması da tabiri caizse Kuzey’in ekmeğine yağ sürmektedir.

İkinci Dünya Savaşı sonrasında artık “Kuzey merkezci” hale gelen uluslararası hukukun evrensellik iddiası da arkada yatan sömürgeciliğin devamı emellerine makyaj malzemesi sağlamaktadır. Oluşumunda neredeyse hiç söz sahibi olmadığı bir yasal rejim, şimdi Üçüncü Dünya’nın tüm dezavantajlarına rağmen “herkesin uyması gereken kurallar dizisi” olarak takdim ve tasdik edilmektedir. Üçüncü Dünya’nın taleplerine karşılık vermeyen bir uluslararası hukuk gayrimeşru olmaya yakın küresel adaleti sağlamaya uzak olacaktır.

TWAIL, uluslararası hukukun birçok alanını kapsayan ve hâlâ büyümekte olan – ve ciddi eleştirilerle¹¹⁵ karşılaşan – geniş bir literatüre sahiptir. Literatürdeki heterojenlik, yaklaşımın zayıflığı değil, zenginliği olarak görülmelidir. TWAIL, merkezi bir komuta altında ve önceden belirlenmiş amaçlar çerçevesinde faaliyet gösteren bir

115 TWAIL’e yönelik pek çok teorik ve pratik eleştiri bulunmaktadır. Ancak çalışmanın sınırlılığı kapsamında bu eleştirilere metin içinde yer verilememiştir. TWAIL’e yönelik eleştiriler içeren birkaç çalışma için bkz. Azeem (n 105); John Haskell, ‘TRAIL-ing TWAIL: Arguments and Blind Spots in Third World Approaches to International Law’, (2014) 27(2) Canadian Journal of Law & Jurisprudence 383; S. G. Sreejith, ‘An Auto-Critique of TWAIL’s Historical Fallacy: Sketching an Alternative Manifesto’ (2016) 38(7) Third World Quarterly 1511; Srinivas Burra, ‘TWAIL’s Others: A Caste Critique of TWAILers and Their Field of Analysis’ (2016) 33(3) Windsor Yearbook of Access to Justice 111; Antonius R. Hippolyte, ‘Correcting TWAIL’s Blind Spots’ (2016) 18(1) International Community Law Review 34.

akademisyenler ağı değildir. Bu ağ, modern uluslararası hukuka yönelttiği gerçekçi itirazları ile onu küresel olarak adil bir rejim olması için dönüştürmeye çalışmaktadır. TWAIL'in amaçladığı yapı-söküm yukarıda Mutua'dan aktarıldığı üzere, Üçüncü Dünya'ya karşı zararlı olan belirli bir olguyu ifşa etmeye, bu olguya saldırmaya veya en azından onu çözümlenmiş olmaya odaklanmalıdır. Bu itibarla, TWAIL literatüründe yapılacak bir çalışma, ancak bir Üçüncü Dünya devletinin Kuzey'in uluslararası hukuku araçsallaştırmasına karşı çıkışını destekler veyahut da uluslararası hukukun bir Üçüncü Dünya halkının gündelik yaşamını tehdit edişine itiraz ederse anlamlı olacaktır.

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

- Abiew, FK, *The Evolution of the Doctrine and Practice Of Humanitarian Intervention* (Brill 1999).
- Amin, S, 'The Social Movements in the Periphery: An End to National Liberation' in Samir Amin, Giovanni Arrighi, Andre G. Frank, Immanuel M. Wallerstein (eds.), *Transforming the Revolution: Social Movements and the World-System* (Monthly Review Press 1990) 96-138.
- Anghie, A, 'Finding the Peripheries: Sovereignty and Colonialism in Nineteenth-Century International Law' (1999) 40(1) Harvard International Law Journal, 1-71.
- Anghie, A, 'Francisco De Vitoria and the Colonial Origins of International Law' (1996), 5(3) Social and Legal Studies 321-336.
- Anghie, A, 'LatCrit and TWAIL' (2012) 42(2) California Western International Law Journal 311-319.
- Anghie, A, 'The Evolution of International Law: Colonial and Postcolonial Realities' (2006) 27(5) Third World Quarterly 739-753.
- Anghie, A and Chimni, BS, 'Third World Approaches to International Law and Individual Responsibility in Internal Conflicts' (2004) 2, Chinese Journal of International Law, 77-103.
- Azeem, M, 'Theoretical Challenges to TWAIL with the Rise of China: Labor Conditions under Chinese Investment in Pakistan' (2019) Oregon Review of International Law 20(2) 395-436.
- Bedjaoui, M, 'General Introduction', in Mohammed Bedjaoui (ed), *International Law: Achievements and Prospects* (Martinus Nijhoff 1991).
- Bedjaoui, M, 'Poverty of the International Order', in Richard A Falk, Friedrich V. Kratochwil and Saul H. Mendlovitz (eds), *International Law: A Contemporary Perspective* (Westview Press, 1985).
- Berger, MT, 'The End of the 'Third World'?' (1994) 15(2) Third World Quarterly 257-275.
- Burra, S, 'TWAIL's Others: A Caste Critique of TWAILers and Their Field of Analysis' (2016) 33(3) Windsor Yearbook of Access to Justice 111-128.

- Chimni, BS, 'The Past, Present and Future of International Law: A Critical Third World Approach' (2007) 8 *Melbourne Journal of International Law* 499-515.
- Chimni, BS, 'Capitalism, Imperialism, and International Law in the Twenty-First Century' (2012) 14 *Oregon Review of International Law* 17-46.
- Chimni, BS, 'Customary International Law: A Third World Perspective' (2018) 112(1), *American Journal of International Law* 1-46. Chimni, B. S., 'The World of TWAIL: Introduction to the Special Issue (2011) 3(1) *Trade, Law and Development* 14-25.
- Chimni, BS, 'Third World Approaches to International Law: A Manifesto' (2006) 8 *International Community Law Review* 3-27.
- Çelebi, H ve Özdemir, AM, 'Uluslararası Hukukta Eleştirel Yaklaşımlar' (2010), 7(25), *Uluslararası İlişkiler* 69-90.
- Eslava, L, and Pahuja, S, 'Between Resistance and Reform: TWAIL and the Universality of International Law' (2011) 3 *Trade Law & Development* 103-130.
- Fakhri, M, 'Introduction - Questioning TWAIL's Agenda' (2012) 14(1) *Oregon Review of International Law* 1-15.
- Galindo, GRB., 'Splitting TWAIL' (2016) 33(3) *Windsor Yearbook of Access to Justice* 37-56.
- Gathii, JT, 'Alternative and Critical: The Contribution of Research and Scholarship on Developing Countries to International Legal Theory' (2000) 41 *Harvard International Law Journal* 263-275.
- Gathii, JT, 'Neoliberalism, Colonialism and International Governance: Decentering the International Law of Governmental Legitimacy' (2000) 98(6) *Michigan Law Review* 1996-2055.
- Gathii, JT, 'TWAIL: A Brief History of its Origins, its Decentralized Network, and a Tentative Bibliography' (2011) 3(1) *Trade Law and Development* 26-65.
- Gupta, J, 'Climate Change: A GAP Analysis Based on Third World Approaches to International Law' (2010) 53 *German Yearbook of International Law* 341-370.
- Hammoudi, A, 'Re-Constituting the Hegemony of Western Law in the Third World: A Postcolonial Critique of Twining's 'General Jurisprudence'' (2013) 4(4) *Transnational Legal Theory* 527-548.
- Haskell, J, 'TRAIL-ing TWAIL: Arguments and Blind Spots in Third World Approaches to International Law' (2014) 27(2) *Canadian Journal of Law & Jurisprudence* 383-414.
- Hippolyte, AR, 'Correcting TWAIL's Blind Spots' (2016) 18(1) *International Community Law Review* 34-52.
- Kanwar, V, 'Not a Place, but a Project: Bandung, TWAIL, and the Aesthetics of Thirdness', in Luis Eslava, Michael Fakhri and Vasuki Nesiah (eds), *Bandung, Global History, and International Law: Critical Pasts and Pending Futures* (Cambridge University Press 2017) 140-158.
- Kelleci, T ve Bodur Ün, M, 'TWAIL ve Yeni Bir Hâkimiyet Aracı Olarak Koruma Sorumluluğu (R2P): Libya Örneği', (2017) 14(56) *Uluslararası İlişkiler*, 89-104.
- Lone, FN, "Cross-Fertilization of Westphalian Approaches to International Law: Third World Studies and a New Era of International Law Scholarship" (2020) 34(4) *Emory International Law Review* 955-996.
- Mickelson, K, 'Rhetoric and Rage: Third World Voices in International Legal Discourse' (1997), 16(2) *Wisconsin International Law Journal*, 353-420.
- Mickelson, K, Odumosu, I and Parmar, P, 'Situating Third World Approaches to International Law (TWAIL): Inspirations, Challenges and Possibilities' (2008) 10 *International Community Law Review* 351-354.

- Mortimer, RA, *The Third World Coaliton in International Politics* (Westview Press 1984).
- Mutua, M, 'Critical Race Theory and International Law: The View of an Insider-Outsider' (2000) 45(5) Villanova Law Review 841-853.
- Mutua, M, 'Critical Race Theory and International Law: The View of an Insider-Outsider' (2000) 45(5) Villanova Law Review 841-853.
- Mutua, M, 'Savages, Victims and Saviours: The Metaphor of Human Rights' (2001) 42(1) Harvard International Law Journal 201-245.
- Mutua, M, 'What is TWAIL?' (2000) 94 Proceedings of the 94th Annual Meeting (American Society of International Law) 31-38.
- Nesiab, V, 'Decolonial CIL: TWAIL, Feminism, and an Insurgent Jurisprudence' (2018) 112 AJIL Unbound, 313-318.
- Okafor, OC, 'Critical Third World Approaches to International Law (TWAIL): Theory, Methodology, or Both?' (2008), 10 International Community Law Review 371-378.
- Okafor, OC, 'Newness, Imperialism, and International Legal Reform in our Time: A TWAIL Perspective' (2005) 43(1) Osgoode Hall Law Journal, 171-191.
- Oppenheim, L, *International Law: A Treatise Vol. 1* (1st edition, Longmans, 1905).
- Orakhelashvili, A, 'The Idea of European International Law' (2006) 17(2), The European Journal of International Law, 315-347.
- Özdemir, A. M., *Güç Buyruk Düzen* (İmge Kitabevi 2011).
- Özdemir, AM, Uğurlu, G ve Aykut, E, 'Üçüncü Dünyacılık Küreselleşirken?: Uluslararası Düzenlemenin Değişen Eleştirisi' (2012) 45(1) Amme İdaresi Dergisi, 21-50.
- Parmar, P, 'TWAIL: An Epistemological Inquiry' 2008 10 International Community Law Review 363-730.
- Rajagopal, B, 'International Law and Its Discontents: Rethinking the Global South' (2012) 106 American Society International Law Proceedings, 176-181.
- Ramina, L, 'TWAIL - "Third World Approaches to International Law" and Human Rights: Some Considerations' 2018 5(1), Revista de Investigações Constitucionais 261-272.
- Ramina, L, 'Framing the concept of TWAIL: "Third World Approaches to International Law"' (2018) 32 Justiça Do Direito 5-26.
- Rothstein, RL, 'Limits and Possibilities of Weak Theory: Interpreting North-South' (1990) 44(1) Journal of International Affairs 159-181.
- Sharafudeen, M, '2010 - 2011: Taking the road less travelled' (2011) 3 Trade, Law and Development 6-13.
- Shetty, VD, 'Why TWAIL Must Not Fail: Origins and Applications of Third World Approaches to International Law' (2012) 3 King's Student Law Review 68-82.
- Solarz, MW, "'Third World': The 60th Anniversary of a Concept that Changed History' (2012) 33(9) Third World Quarterly 1561-1573.
- Sreejith, SG, 'An Auto-Critique of TWAIL's Historical Fallacy: Sketching an Alternative Manifesto' (2016) 38(7) Third World Quarterly 1511-1530.
- Sunter, AF, 'TWAIL as Naturalized Epistemological Inquiry' (2007) 20 Canadian Journal of Law and Jurisprudence, 475-510.
- The International Court of Justice, *Military and Paramilitart Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States, 1986, ICJ Rep. 12, <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf>, erişim tarihi: 18.11.2020.*

Uğurlu, G, ‘Uluslararası Hukuka Üçüncü Dünya Yaklaşımları’, (Yayımlanmamış yüksek lisans tezi). Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı, Ankara, 2012.

Weeramantry, C, *Islamic Jurisprudence: An International Perspective* (Macmillan’s 1988)

Weeramantry, C, *Universalising International Law* (Martinus Nijhoff 2004).

Verzijl, JHW., *International Law in Historical Perspective Vol I* (AW Sijthoff 1968).

Çok Uluslu Şirketlerin Sınır Ötesi Faaliyetleri ve Haksız Fiil Sorumluluğu: *Vedanta v Lungowe* ve *Okpabi v Shell* Kararları Çerçevesinde İngiliz Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi

Cross-Border Activities of Multinational Companies and Tort Liability: International Jurisdiction of English Courts within the Framework of *Vedanta v Lungowe* and *Okpabi v Shell* Decisions

Meltem Ece Oba* 

Öz

Küreselleşme ile beraber çok uluslu şirketlerin özellikle gelişmekte olan ülkelerdeki sınır ötesi faaliyetleri arttıkça bu şirketlerin sınır ötesi insan hakları ihlallerine ilişkin tartışmalar da yoğunlaşmıştır. Uluslararası hukuk doktrinindeki farklı görüşler karşısında çok uluslu şirketlerin insan hakları ihlallerinden doğrudan sorumlu tutulması henüz mümkün görünmemektedir. Buna bağlı olarak, çok uluslu şirketlerin sınır ötesi insan hakları ihlallerinden doğan zararın giderilmesinde şirketlerin haksız fiil sorumluluğuna dayanılması gündeme gelmiştir. Hâkim şirketin merkezinin İngiltere’de bulunduğu, bağlı şirketin ise yabancı bir ülkede tescil edildiği çok uluslu şirketlerde, bağlı şirketin faaliyetlerinden zarar gören kişiler İngiliz mahkemelerinde hem bağlı şirkete hem de hâkim şirkete karşı haksız fiile dayalı tazminat talepleri ileri sürebilmektedir. Bu çalışmada söz konusu ihtilaflar kapsamında İngiliz mahkemelerinin milletlerarası yetkisi incelenmiştir. Bu kapsamda, öncelikle çok uluslu şirketlerin sorumluluğuna ilişkin uluslararası hukuktaki tartışmalara kısaca değinilmiş, ardından İngiliz Medeni Usul Kuralları ele alınmış ve son olarak *Vedanta v Lungowe* ve *Okpabi v Shell* kararları incelenerek İngiliz mahkemelerinin bu tür uyumsuzlardaki yetkiye ilişkin yaklaşımı incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler

Çok uluslu şirket, milletlerarası yetki, Uygulama Talimatı 6B, özen yükümlülüğü, forum non conveniens

Abstract

The increase in overseas activities of multinational corporations due to globalisation has also augmented the discussions over overseas human rights violations of such corporations. According to the discussions under international law, holding corporations directly liable for human rights violations remains yet a disputed issue. Against the backdrop of debates under international law, the liability of multinational corporations arising from tort law has become an alternative legal ground for holding multinational corporations accountable for their overseas wrongs. In a dispute where the parent company is domiciled in England and its subsidiary is domiciled in a foreign country, victims who suffer from the activities of the subsidiary may file compensatory claims against both the subsidiary and the parent company before English courts based on principles of tort law. This article examines civil jurisdiction of English courts about such disputes. In this context, initially the debates in international law regarding the human rights liabilities of multinational companies are briefly touched upon, then the Civil Procedure Rules are examined followed by an analysis of the *Vedanta v Lungowe* and *Okpabi v Shell* decisions.

Keywords

Multinational Corporations, Practice Direction 6B, international jurisdiction, duty of care, forum non conveniens

* Sorumlu Yazar: Meltem Ece Oba (Arş. Gör.), Koç Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: meoba@ku.edu.tr ORCID: 0000-0001-5492-7352

Atf: Oba ME, “Çok Uluslu Şirketlerin Sınır Ötesi Faaliyetleri ve Haksız Fiil Sorumluluğu: *Vedanta v Lungowe* ve *Okpabi v Shell* Kararları Çerçevesinde İngiliz Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi” (2021) 41(1) PPIL 159. <https://doi.org/10.26650/ppil.2021.41.1.821956>

Extended Summary

International legal personality of corporations and their human rights responsibilities have long been debated under international law. Under the traditional state-centric international law approach, holding corporations directly liable for human rights violations is not possible as non-state actors are not viewed as subjects of international law. Against the backdrop of debates under international law, tort law has become an alternative legal ground for holding multinational corporations accountable for their overseas activities.

In recent years, victims of overseas corporate wrongs have brought personal injury claims before English courts through tort of negligence against parent companies domiciled in England and their subsidiaries which are usually domiciled in developing countries. This paper focuses on international civil procedural rules applied in establishing jurisdiction of English courts regarding such disputes with a focus on *Vedanta Resources Plc v Lungowe* [2019] UKSC 20 and *Okpabi and others v Royal Dutch Shell Plc and another* [2021] UKSC 3.

Under English jurisdictional rules, according to Civil Procedure Rules 6.36 and 6.37 the claimant may serve a claim form out of the jurisdiction with the permission of the court based on certain conditions. In the context of disputes relating to overseas corporate wrongs, claimants usually file a case against the parent company before English courts and the foreign subsidiary is served out of jurisdiction under “the necessary and proper party” gateway with the permission of the court according to Practice Direction 6B 3.1.3. Accordingly, the claimant initially needs to serve the claim form on the parent company domiciled in England. Secondly, the claimant needs to establish that between the claimant and the parent company there is a “real issue which is reasonable for the court to try” (Practice Direction 6B 3.1.3.a). In determining whether there is a real issue to be tried between the parties, the duty of care doctrine is usually applied according to which the parent company may be held liable for the overseas wrongs of its subsidiary. Thirdly, the claimant needs to show that its claim has “a reasonable prospect of success” against the foreign subsidiary (Civil Procedure Rules 6.37.1.b). Finally, the claimant needs to show that England is the “proper place” to bring this claim (Civil Procedure Rules 6.37.3) which brings in the application of the *forum non conveniens* doctrine.

In this study, along with the aforementioned Civil Procedure Rules, *Vedanta v. Lungowe* and *Okpabi v Shell* decisions are examined. These decisions are especially significant in examining the English courts’ interpretation of what constitutes a real issue to be tried in the context of the duty of care doctrine between the victims of corporate overseas wrongs and the parent company domiciled in England. Through the examination of English Civil Procedure Rules and the case law, it is concluded that

until a binding international instrument is implemented, the possibility of advancing civil claims based on tort law against multinational corporations offers a pragmatic alternative of access to remedy to the victims of corporate human rights violations.

Çok Uluslu Şirketlerin Sınır Ötesi Faaliyetleri ve Haksız Fiil Sorumluluğu: *Vedanta v Lungowe* ve *Okpabi v Shell* Kararları Çerçevesinde İngiliz Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi

I. Giriş

Küreselleşme ile beraber çok uluslu şirketler devlet politikalarını etkileyebilecek ekonomik güce erişmekte¹; buna karşın, söz konusu şirketlerin faaliyetlerinin toplum ve çevre üzerindeki olumsuz etkilerinin² giderilmesinde ve meydana gelen zarardan sorumlu tutulabilmelerinde çeşitli güçlüklerle karşılaşabilmektedir.

Belirtmek gerekir ki çok uluslu şirket kavramına ilişkin henüz üzerinde herkesçe mutabık kalınmış bir tanım bulunmamaktadır.³ Bu çalışma kapsamında, çok uluslu şirket birbirinden ayrı hukuki kişiliğe sahip olacak biçimde farklı devletlerde kurulmuş olan ancak tek bir ekonomik birim halinde hareket eden ve ulus-ötesi faaliyetlerini bu şekilde sürdüren şirketleri⁴ ifade edecek şekilde kullanılmıştır. Bu tanımdan hareketle bu çalışmada, bir hâkim şirket ve farklı ülkelerde kurulmuş olan bağlı şirketlerden oluşan, “faaliyetlerini ve ekonomik değerlerin dağıtımını sınır aşan biçimde koordine edebil[en]”⁵ bir şirketler topluluğu çok uluslu şirket olarak ele alınmaktadır.

Çok uluslu şirketlerin uluslararası hukuk kişiliği ve bu kapsamda insan hakları sorumluluğu, devletlerin şirketlerin insan hakları ihlallerine neden olan faaliyetlerine yönelik pozitif yükümlülükleri ve bu kapsamda temel hakların yatay etkisi uluslararası hukuk doktrininde tartışılmaktadır. Bununla beraber şirketlerin sınır ötesi insan hakları ihlallerine ilişkin bağlayıcı bir milletlerarası andlaşma ya da etkili bir yaptırım mekanizması henüz bulunmamaktadır. Bu nedenle, çok uluslu şirketlerin sınır ötesi insan hakları ihlallerine yol açan faaliyetlerinin devletlerin iç hukuklarında bir özel hukuk konusu olarak düzenlenen haksız fiil sorumluluğu çerçevesinde ele alınarak milli mahkemeler önüne taşınması fikri gündeme gelmiştir. Diğer bir ifadeyle, çok uluslu şirketlerin insan hakları ihlallerine sebep olan faaliyetlerinin koşullarının

1 Sarah Joseph, *Corporations and Transnational Human Rights Litigation* (Hart Publishing 2004), 1; Shell Plc şirketi gelirleri ile Nijerya'nın gayri safi milli hasılasının karşılaştırması örneği için bkz. Cees van Dam, 'Tort Law and Human Rights: Brothers in Arms on the Role of Tort Law in the Area of Business and Human Rights' (2011) 3 JETL 221, 222.

2 Örneğin, Rana Plaza faciası (*Rana Plaza disaster*) olarak anılan olayda, 2013 senesinde Bangladeş'te bulunan ve aralarında Walmart, Benetton, Primark, Mango'un da bulunduğu dünyaca ünlü markalar için üretim yapan bir tekstil fabrikasının çökmesi sonucu sayıları bini aşkın işçi hayatını kaybetmiştir; bkz. Barnali Choudhury and Martin Petrin, *Corporate Duties to the Public* (Cambridge University Press 2019) 206. 2015 yılında Brezilya'da meydana gelen ve Mariana Dam felaketi (*Mariana Dam disaster*) olarak anılan bir diğer olayda ise maden atık barajının çökmesi sonucu zehirli atıklar bölgedeki akarsulara ve Atlantik Okyanusu'na karışmış, 17 kişi hayatını kaybetmiş ve bu olay bölgedeki ekosistem üzerinde geri çevrilemez hasarlar meydana getirmiştir. Barajın sahibi, biri Brezilya merkezli diğeri ise Avustralya merkezli bir şirketten oluşan bir ortak girişimdir. Söz konusu olaya ilişkin bkz. Samvel Varvastian and Felicity Kalunga, 'Transnational Corporate Liability for Environmental Damage and Climate Change: Reassessing Access to Justice after *Vedanta v Lungowe*' (2020) 9(2) *Transnational Environmental Law* 323, 330.

3 Deniz Baran, *Çok Uluslu Şirketlerin Uluslararası Hukuk Kişiliği* (On İki Levha Yayıncılık 2020) 8.

4 Dalia Palombo, *Business and Human Rights: The Obligations of the European Home States* (Hart Publishing, 2020) 6; Baran (n 3) 7.

5 Baran (n 3) 12.

sağlanması şartıyla bir haksız fiil olarak ele alınıp, tazminat davasına konu olunması mümkün olabilmektedir.

Devletlerin iç hukuklarında bir özel hukuk meselesi olarak düzenlenmiş olan haksız fiil sorumluluğunun amacı insan haklarının korunması olmasa da çok uluslu şirketlerin insan hakları ihlallerine sebebiyet veren faaliyetlerinin haksız fiil hukuku çerçevesinde değerlendirilmesi ihtimali meydana gelen zararın tazminin sağlanmasında pragmatik bir araç olarak düşünülebilir. Ancak, bu ihtimalde çok uluslu şirketlerin uluslararası hukuk kişiliği veyahut insan hakları sorumluluğuna ilişkin tartışmaların getirdiği güçlükler aşmakta ise de bu kez milli mahkemelerin çok uluslu şirketlere yönelik haksız fiile dayalı milletlerarası yetkisinin tesisi sorunu gündeme gelmektedir.⁶ Zira çok uluslu şirketi meydana getiren şirketler topluluğundaki hâkim şirket çoğunlukla gelişmiş ülkelerde kurulmuş olup faaliyetlerini bağlı şirketleri aracılığıyla geliştirmekte olan ülkelerde sürdürmekte ve haksız fiil kapsamında ele alınacak faaliyetler bağlı şirketin bulunduğu ülkede gerçekleşmektedir. Dolayısıyla, zarar görenler ancak haksız fiilin meydana geldiği, bağlı şirketin merkezinin bulunduğu yabancı ülke mahkemelerinde dava açabilmekte; bağlı şirketin genellikle oldukça sınırlı olan finansal kaynakları ise zararın tazmin edilmesinde yeterli olmayabilmektedir.⁷ Öte yandan, bağlı şirketin merkezinin bulunduğu ülkelerin geliştirmekte olan ülkelere olması, adil yargılanma hakkına ilişkin bazı sorunları da beraberinde getirebilmektedir.⁸

Bu çalışma çok uluslu şirketlerin haksız fiil sorumluluğuna dayalı davalarda milletlerarası yetki tesisi sorununu İngiliz milletlerarası yetki kuralları perspektifinden ele almaktadır. Çalışmanın İngiliz milletlerarası yetki kuralları perspektifinden ele alınmasının sebebi son yıllarda çok uluslu şirketlerin haksız fiil sorumluluğuna ilişkin uyuşmazlıkların İngiliz mahkemeleri⁹ önüne gelmiş olması ve İngiliz mahkemelerinin bu tür ihtilaflarda sıklıkla başvurulmuş bir *forum* haline gelmekte olduğunun gözlemlenmiş olmasıdır.¹⁰ Bunun yanı sıra, İngiliz hukukunda hâkim şirketin bağlı şirket üzerindeki özen yükümlülüğünü doğuran *duty of care* doktrini de İngiliz mahkemelerini çok uluslu şirketlerin haksız fiil sorumluluğuna dayanan

6 Ayrıca, zarar görenin önünde maddi hukuk bakımından da bazı engeller bulunmaktadır. Örneğin, bağlı şirketin hâkim şirketten farklı bir hukuki kişiliği bulunması ve sınırlı sorumluluk prensibi, zarar görenin hâkim şirketin sorumluluğuna başvurulabilmesinde önemli bir engel teşkil edebilir. Ancak, bu çalışma kapsamında İngiliz mahkemeleri ile sınırlı olmak üzere yalnızca milletlerarası yetki tesisi sorunu incelenecek olup maddi hukuka ilişkin açıklamalara yalnızca yetkiye ilişkin kurallar ile de ilgili olduğu ölçüde hâkim şirketin özen yükümlülüğü (*duty of care* doktrini) kapsamında değinilecektir.

7 Joseph (n 1) 20.

8 Söz konusu güçlükler kapsamında adli yardım imkânları, ispat vasıtaları kapsamında başvurulması gereken teknik altyapıdaki eksiklikler veya bağlı şirketin tescil edildiği devlet tarafından korunmak istenmesi, yolsuzlukla mücadeledeki güçlükler gibi engeller akla gelmektedir; bkz. Cees Van Dam (n 1) 228-31; Peter Nygh, 'The Liability of Multi-national Corporations for the Torts of their Subsidiaries' (2002) 3(1) European Business Organization Law Review, 55, 57; Jane Rooney, 'Extraterritorial Corporate Liability for Environmental Harm: *Okpabi v Royal Dutch Shell*' (2019) 70(1), Northern Ireland Legal Quarterly 157, 160.

9 Bu çalışmada İngiliz mahkemeleri ifadesi, İngiltere ve Galler mahkemelerini ifade edecek şekilde kullanılmıştır.

10 Ekaterina Aristova, 'Tort Litigation against Transnational Corporations in the English Courts: The Challenge of Jurisdiction' (2018) 14(2) Utrecht Law Review (Special Issue: Accountability of Multinational Corporations for Human Rights Abuses) 6, 7.

davalarda zarar görenler açısından çekici bir *forum* haline getirmektedir.¹¹ Zira bu doktrin ile hâkim şirketin bağlı şirket üzerindeki özen yükümlülüğü bulunduğu tespit edilebilirse, hâkim şirket bağlı şirketin faaliyetlerinden sorumlu tutulabilmekte; İngiliz mahkemelerinin hem hâkim şirket hem de bağlı şirket üzerinde yetki tesis etmesi ihtimali gündeme gelebilmektedir. Son olarak, İngiltere Yüksek Mahkemesi'nin (*Supreme Court*) *Vedanta v Lugowe*¹² ve *Okpabi v Shell*¹³ kararları çok uluslu şirketlerin haksız fiil sorumluluğu meselesi kapsamında önem arz eden ve doktrinde sıklıkla atf yapılan kararlardandır. İngiliz mahkemelerinin milletlerarası yetkisi bu bakımından da önem arz etmektedir.

Anılan gelişmeler ışığında bu çalışmada ilk olarak, çok uluslu şirketlerin uluslararası hukuk kişiliği ve insan hakları sorumluluğu tartışmalarına kısaca değinilerek uygulamada çok uluslu şirketlerin haksız fiil sorumluluğuna başvurma gereğinin gündeme gelmesinin ardında yatan uluslararası hukuk doktrinindeki tartışmalı hususlar açıklanacaktır (II). Ardından İngiliz mahkemelerinin çok uluslu şirketlerin tarafı olduğu haksız fiil sorumluluğuna ilişkin davalar bakımından milletlerarası yetkisi incelenecektir. Bu kapsamda ilk olarak İngiliz milletlerarası yetki kuralları açıklanacak (III); ardından *Vedanta v Lugowe*¹⁴ ve *Okpabi v Shell*¹⁵ kararları üzerinden İngiliz mahkemelerinin yetki tesisi kapsamında vardığı sonuçlar incelenerek (IV) sonuç kısmında anılan İngiliz mahkeme kararları çerçevesinde haksız fiil sorumluluğuna dayalı taleplerin çok uluslu şirketlerin sınır ötesi faaliyetlerinin denetimi kapsamında etkinliği tartışılacaktır (V).

II. Çok Uluslu Şirketlerin Uluslararası Hukuktan Doğan İnsan Hakları Yükümlülükleri Tartışmaları ve Haksız Fiil Hukuku ile İlişkisi

Çok uluslu şirketlerin insan hakları ihlallerinden doğan sorumluluğu meselesi, devlet dışı aktörlerin uluslararası hukuk kişiliği hakkındaki tartışmaların bir bölümünü oluşturmakta olan çok uluslu şirketlerin uluslararası hukuk kişiliği konusu ile ilişkilidir. Çok uluslu şirketlerin uluslararası hukuk kişiliği tartışmalı bir konu olup, uluslararası hukuk kişiliği teorileri kapsamında bu konuda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür.¹⁶ Bu kapsamda, geleneksel görüş yalnızca devletlerin uluslararası hukukun öznesi olabileceği ve devlet dışı aktörlerin uluslararası hukuk kişiliğinin bulunmadığı

11 ibid.

12 *Vedanta Resources plc v Lungowe* [2019] UKSC 20. Yüksek Mahkeme kararı için bkz: <<https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2017-0185-judgment.pdf>> Erişim Tarihi 30 January 2021.

13 *Okpabi and others v Royal Dutch Shell Plc and another* [2021] UKSC 3. Yüksek Mahkeme kararı için bkz. <<https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2018-0068-judgment.pdf>> Erişim Tarihi 6 March 2021.

14 *Vedanta* (n 12).

15 *Okpabi* (n 13).

16 Jose E. Alvarez, 'Are Corporations "Subjects" of International Law?' (2011) 9 Santa Clara Journal of International Law, 1, 1; Choudhury and Petrin (n 2) 209-210. Bu tartışmaya ilişkin olarak ayrıca bkz. Jonathan I. Charney, 'Transnational Corporations and Developing Public International Law' (1983) 32(4) Duke Law Journal, 748, 753; ayrıca bkz. Baran (n 3) 38-58.

yönündedir.¹⁷ Dolayısıyla bu geleneksel yaklaşımda devlet dışı aktörlerden olan çok uluslu şirketler uluslararası hukukun ancak bir nesnesi olabilir ve yalnızca devletlerin iç hukukları uyarınca bir tüzel kişiliğe sahip olabilir.¹⁸ Ancak, doktrinde söz konusu geleneksel görüşe katılmayan, devlet-dışı aktörleri uluslararası hukukun yalnızca bir nesnesi olarak gören geleneksel yaklaşımdan ayrılmakta olan bir yaklaşım da bulunmaktadır. Bu yaklaşım, doktrinde ulus-ötesi hukuki süreç (*transnational legal process*) olarak da tanımlanan süreçte uluslararası hukuktaki geleneksel devlet odaklı yaklaşımın farklılaşmakta ve devlet dışı aktörlerin de uluslararası politik karar alma mekanizmalarına katılmakta olduğuna dikkat çekmektedir.¹⁹ Bu yaklaşım çerçevesinde çok uluslu şirketlerin de sınırlı olmakla beraber bir uluslararası hukuk kişiliğinin bulunduğu yönünde görüşler ortaya konulmuştur.²⁰

Çok uluslu şirketlerin uluslararası hukuk kişiliğinin ve bu bağlamda insan hakları ihlallerinden doğan sorumluluğunun bulunup bulunmadığına ilişkin tartışmalar çerçevesinde şirketlerin insan hakları ihlallerinden doğan sorumluluğunun dayanağı olabilecek hukuki kaynakların neler olacağı meselesi hakkında da farklı yaklaşımlar bulunmaktadır.

Bu kapsamdaki yaklaşımlardan biri, çok uluslu şirketlerin insan haklarına saygılı davranma yönünde gönüllülük esasına dayalı bazı yumuşak hukuk (*soft law*) ilkelerinin ortaya konması gerektiği yönündedir. Nitekim bu alanda pek çok yumuşak hukuk kuralı oluşturulmuş olup bunlar şu şekilde sıralanabilir: İktisadi İşbirliği ve Gelişme Teşkilatı (OECD) Çok Uluslu İşletmeler için Rehber İlkeleri²¹ (*The Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) Guidelines for Multinational Enterprises*), Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) Çok Uluslu Şirketler ve Sosyal Politika ile İlgili İlkeler Üçlü Bildirgesi²² (*The Tripartite Declaration of Principles Concerning Multinational Enterprises and Social Policy*), Birleşmiş Milletler Küresel

17 Bu yöndeki görüşler için bkz. Ian Brownlie, *Principles of Public International Law* (4th edn, Oxford University Press 1995) 58-70; James Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law* (Oxford University Press 2015) 5; Peter Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law* (8th edn, Routledge 2007) 1; Lassa Oppenheim, "International Law: A Treatise" (H. Lauterpacht ed., 8th edn, Longmans, Green & Co. 1955) 636.

18 ibid.

19 Harold Hongju Koh, 'Transnational Legal Process' (1996) 75(1) *Nebraska Law Review* 181, 191. Uluslararası hukuktaki sığe – obje ayrımının eleştirisi hakkında bkz. Rosalyn Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use It* (Clarendon Press 1994) 49. Yenilikçi yaklaşım kapsamında ayrıca bkz. Jeffrey L. Dunoff, Steven R. Ratner and David Wippman, *International Law Norms, Actors, Process: A Problem Oriented Approach* (2d edn, Aspen Publishers 2006) 177; Charney (n 16) 754 vd; Emeka Duruigbo, 'Corporate Accountability and Liability for International Human Rights Abuses: Recent Changes and Recurring Challenges' (2008) 6(2) *Northwestern Journal of International Human Rights*, 222; Alvarez (n 16) 31; Palombo, *Business and Human Rights* (n 4) 3; Zerrin Başaran, 'Değişen/Dönüşen Uluslararası Hukuk' (2019) 50 *The Turkish Yearbook of International Relations* 19, 31.

20 Charney (n 16) 748; Baran (n 3) 55. Çok uluslu şirketlerin de insan hakları sorumluluğu olması gerektiğine ilişkin ayrıca bkz. Andrew Clapham, *Human Rights Obligations of Non-State Actors* (Oxford University Press 2006) 58.

21 İktisadi İşbirliği ve Gelişme Teşkilatı Çok Uluslu İşletmeler için Rehber İlkeler Türkçe metni için bkz. <<https://www.oecdwatch.org/wp-content/uploads/sites/8/2012/06/OECD-Watch-brochure-Turkish.pdf>> Erişim Tarihi 5 October 2020.

22 Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) Çok Uluslu Şirketler ve Sosyal Politika ile İlgili İlkeler Üçlü Bildirgesi İçin (İngilizce) bkz. <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_ent/---multi/documents/publication/wcms_094386.pdf> Erişim Tarihi 1 February 2021.

Paktı²³ (*United Nations Global Compact*) ve 2011 tarihli Birleşmiş Milletler İş Dünyası ve İnsan Hakları Rehber İlkeleri²⁴ (*United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights*) olarak sıralanabilir. Anılan yumuşak hukuk kaynaklarının olumlu etkiler yaratmakta olduğu savunulabilecek ise de bu kaynakların bağlayıcı hukuki normlar kadar etkili olamayacağı yadsınmaz.²⁵ Ayrıca, önemle belirtmek gerekir ki bu alanda henüz bağlayıcı bir uluslararası andlaşma bulunmamaktadır.²⁶ Öte yandan, doktrinde tartışmalı olmakla beraber, çok uluslu şirketlerin uluslararası hukukun genel ilkeleri ve uluslararası teamül hukuku ile bağlı olduğunu savunan bir yaklaşım da bulunmaktadır.²⁷

Çok uluslu şirketlerin uluslararası teamül hukukundan doğan insan hakları sorumluluğuna ilişkin görüşe değinilmişken, Amerika Birleşik Devletleri (ABD) hukukundaki yer alan *Alien Tort Claims Act* (ATCA)²⁸ veya diğer ismiyle *Alien Tort Statute* isimli düzenlemeyi de anmak gerekir. 1789 tarihli ATCA uyarınca, ABD mahkemeleri bir yabancı tarafından işlenen ve “milletler hukuku veya ABD’nin taraf olduğu andlaşmaları ihlal eden haksız fiillerin konu edildiği hukuk davaları bakımından yetkilidir.”²⁹ Anılan hükümde yer verilen “milletler hukuku” ifadesi uluslararası teamül hukuku kavramına karşılık gelmektedir³⁰. Kanunun ortaya çıkış amacı korsanlık faaliyetleri ve ABD’li diplomatların yabancı devletlerde karşılaşabileceği kötü muameleye karşı bir yaptırım mekanizması öngörebilmek³¹ olsa da, ATCA’nın

23 Birleşmiş Milletler Küresel Paktı ilkeleri için bkz. <<https://www.globalcompactturkiye.org/10-ilke/>> Erişim Tarihi 10 October 2020.

24 Birleşmiş Milletler İş Dünyası ve İnsan Hakları Rehber İlkeleri için (İngilizce) bkz. <https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf> Erişim Tarihi 1 February 2021. “Ruggie Prensipleri” olarak da anılan söz konusu ilkeler hakkında bkz. John Gerard Ruggie, ‘Protect, Respect and Remedy: A United Nations Policy Framework For Business and Human Rights’ (2009) 103 Proceedings of the American Society of International Law (ASIL) Annual Meeting 282, 282.

25 Matthias Weller and Alexia Patoy, ‘Local parents as ‘anchor defendants’ in European courts for claims against their foreign subsidiaries in human rights and environmental damages litigation: recent case law and legislative trends’ (2018) 23 Unif. L. Rev. 397, 398; Baran (n 3) 102.

26 Engin Yıldırım, ‘Birleşmiş Milletler İş Hayatı ve İnsan Hakları Rehber İlkelerinin Eleştirel Bir Değerlendirmesi’ (2014) VI. Sosyal İnsan Hakları Ulusal Sempozyumu Kitabı, <www.sosyalhaklar.net> Erişim Tarihi 30 January 2021, 3, 21; Baran (n 3) 2. Önemle eklemek gerekir ki, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyi bünyesinde 2014 yılından bu yana sürmekte olan çalışmalar kapsamında çok uluslu şirketlerin uluslararası hukuk alanındaki yükümlülüklerine ilişkin bağlayıcı olması öngörülen bir andlaşma metni hazırlanmaktadır. Bu çalışmalar çerçevesinde 2018, 2019 ve son olarak 2020 yıllarında yayınlanmış olan üç taslak metin için bkz. <<https://www.business-humanrights.org/en/big-issues/binding-treaty/>> Erişim Tarihi 2 February 2021. Ayrıca Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyi nezdindeki çalışmalar hakkında daha detaylı bilgi için bkz. Baran (n 3) 95-98.

27 Olivier ‘The Accountability of Multinationals for Human Rights Violations in European Law’ in Philip Alston (ed) *Non-State Actors and Human Rights* (Oxford University Press 2005) 235-240; Aktaran: Baran (n 3) 106-107.

28 Alien Tort Claims Act (ATCA), 28 U.S.C. §1350.

29 “The district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States.” Türkçesi için bkz. Merve İspirli Armağan, ‘Uluslararası Hukukta Çok Uluslu Şirketler ve İnsan Hakları Yükümlülükleri’ (LLM Thesis, İstanbul University Institute of Social Sciences 2019) 95.

30 İspirli Armağan (n 29) 97 and 109. Ancak, ATCA’da öngörülen milletler hukukunun ihlali kapsamına hangi fiillerin gireceği açıkça düzenlenmemiştir; *Filartigav Pena Irala* kararında işkence fiili bu kapsamda görülmüştür; ATCA kapsamına giren ihaller hakkında bkz. Nathan J. Miller, ‘Human Rights Abuses as Tort Harms: Losses in Translation’ (2016) 46(361) Seton Hall Law Review 506, 508; İspirli Armağan (n 29) 96-101.

31 Elif Oral, ‘Legal Grounds For Holding Transnational Corporations Directly Responsible For Human Rights Violations Under Public International Law’ (Doctorate Thesis, Galatasaray University Social Sciences Institute 2015), 72; Michael Koebeler, *Corporate Responsibility under the Alien Tort Statute: Enforcement of International Law through US Torts Law*, (Martinus Nijhoff Publishers 2009) 5.

uygulanması, 1990'lı yılların ortalarından itibaren çok uluslu şirketlerin insan hakları ihlallerinin özel hukuk davası yolu ile milli mahkemelere taşınması fikri kapsamında da gündeme gelmiştir.³² Şirketlerin faaliyetlerinin ATCA'ya dayanılarak ABD eyalet mahkemelerine taşındığı davalar arasından *Kiobel v Royal Dutch Petroleum*³³ ve *Jesner v Arab Bank*³⁴ kararları önem arz etmektedir.

Kiobel v Royal Dutch Petroleum kararına konu olan olayda Nijer Deltası'nda yaşamakta olan Ogoni halkı, Ogoni bölgesinde çıkarılan petrolün yarattığı ekolojik zarara dikkat çekerek, bölgede faaliyet gösteren Hollanda merkezli *Royal Dutch Shell Plc (RDS)* şirketini çevrenin kirletilmesi kapsamında protesto etmiş; bu protestolar Nijerya ordusu tarafından bastırılmış; davacılar Nijerya ordusunun ağır insan hakları ihlallerinde bulunduğunu; *RDS*'nin ise Nijerya ordusunun bu faaliyetlerine destek verdiğini iddia etmiştir.³⁵ ABD Yüksek Mahkemesi (*Supreme Court of the United States*), davalı ve davacının yabancı olduğunu ve olayın ABD dışında gerçekleştiğini gözeterek hâkim şirketin ABD sınırları dâhilinde olmasının tek başına ATCA uyarınca Amerikan mahkemelerinin yetkisinin tesis edilebilmesi için yeterli olmadığına; ACTA'ya dayanılabilmesi için olayın ABD "topraklarına etki eden ve ABD'yi ilgilendiren"³⁶ bir bağlantısının bulunması gerekip somut olayda bu bağlantının sağlanamadığına hükmetmiştir.³⁷ Bu gerekçe ile yetkisizlik kararı veren Yüksek Mahkeme, kararında ATCA'nın çok uluslu şirketler bakımından da uygulanıp uygulanmayacağı konusunda sessiz kalarak bu meseleye ilişkin bir hüküm kurmamıştır. Ne var ki daha sonra Yüksek Mahkeme ATCA'ya dayalı olarak yabancı bir şirketin haksız fiil sorumluluğuna³⁸ ilişkin taleplerin öne sürüldüğü *Jesner v. Arab Bank* davasında siyasi sebepleri gözeterek³⁹ yetkisizlik kararı vermiştir.⁴⁰ Bu karar neticesinde, yabancı bir şirketin insan hakları ihlallerinden doğan taleplerin ATCA'ya dayalı olarak ABD mahkemelerine taşınması ihtimali oldukça sınırlanmış durumdadır.⁴¹

32 Miller (n 30) 506.

33 *Kiobel v Royal Dutch Petroleum Co.*, 133 S. Ct. 1659, 1669 (2013) (USSC).

34 *Jesner v Arab Bank, PLC* 138 S. Ct. 1386 (2018). Karar için bkz. <https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/16-499_1a7d.pdf> Erişim Tarihi 1 February 2021.

35 Varvastian and Kalunga (n 2) 337; Anthonyj Colangelo, *The Alien Tort Statute and the Law of Nations in Kiobel and Beyond*, *Georgetown Journal of International Law*, Vol. 44, 2013, 1329, 1331.

36 "touch and concern the territory of the US"; Türkçesi için bkz. İspirli Armağan (n 29) 108-109.

37 *Kiobel*, para. 125; *Varvastian and Kalunga* (n 2) 337; Anthonyj Colangelo, 'The Alien Tort Statute And The Law of Nations In *Kiobel and Beyond*' (2013) 44 *Georgetown Journal of International Law*, 1329,1331.

38 Önemle vurgulamak gerekir ki ATCA'nın uygulandığı davalarda çok uluslu şirketlerin haksız fiil sorumluluğu doğmakta ise de burada doğrudan milletler hukuku, yani uluslararası teamül hukukunun ihlaline dayalı bir talep milli mahkemeler önüne taşınmaktadır. Dolayısıyla, ATCA bu yönüyle bu çalışmanın esasını teşkil eden çok uluslu şirketlerin insan hakları ihlali oluşturan nitelikteki faaliyetlerinin özel hukuk alanında düzenlenen haksız fiil sorumluluğu kapsamında ele alınarak milli mahkemelere taşınması meselesinden ayrılmaktadır. Doktrinde Koh, ATCA'ya dayalı olarak çok uluslu şirketlere yöneltilen davaları *transnational public law litigation* olarak isimlendirmiştir; bkz. Harold Hongju Koh, 'Transnational Public Law Litigation' (1991) 100 *Yale Law Journal* 2347, 2347.

39 Kararda, yabancı şirketlerin uluslararası hukuk alanındaki sorumluluklarına ilişkin yaptırımlar bakımından devlet politikalarına belirleyici olması gerektiği ifade edilmiştir; bkz. *Jesner v Arab Bank* (n 29), 29: "any imposition of corporate liability on foreign corporations for violations of international law must be determined in the first instance by the political branches of the Government".

40 *Jesner v Arab Bank*, 1410; *Varvastian and Kalunga* (n 2) 338.

41 *Choudhury and Petrin* (n 2) 221.

Çok uluslu şirketlerin uluslararası hukuk kişiliği tartışmaları ve ATCA'nın uygulama alanına ilişkin sınırlamalar düşünüldüğünde çok uluslu şirketlerin insan hakları sorumluluğuna başvurabilmenin oldukça güç olduğu görülmektedir. Bu durumda, insan haklarının muhatabının yalnızca devlet olduğu geleneksel yaklaşımdan hareket ederek devletlerin özel hukuk kişilerinin sebep olduğu hak ihlallerinden diğer bireyleri koruma yönündeki pozitif yükümlülüğü⁴² dolayısıyla çok uluslu şirketlerin faaliyetleri kapsamında sorumlu tutulması akla gelebilir. Zira temel hakların yatay etkisi⁴³ kapsamında bir özel hukuk kişinin -örneğin, sermaye şirketinin- faaliyetlerinin neden olduğu insan hakları ihlalinde devletin sorumluluğu gündeme gelebilmektedir.⁴⁴ Örneğin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Tatar v. Romania*⁴⁵ ve *Wilson v UK*⁴⁶ kararlarında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne (AİHS) taraf devletin özel hukuk kişileri arasındaki ilişkiler bakımından da bireyin AİHS ile güvence altına alınmış olan haklarını koruma pozitif yükümlülüğü altında olduğunu vurgulamıştır.⁴⁷

Ancak, önemle eklemek gerekir ki AİHS'de güvence altına alınmış bir hak ihlaline ilişkin şikâyetin AİHM tarafından denetlenebilmesi için AİHS m.1 uyarınca şikâyet konusu teşkil eden işlem veya eylemin taraf devletin yetki alanı içinde (*within their jurisdiction*) olması gerekir.⁴⁸ Bu kapsamda, kural olarak devletler ulusal sınırları dışında meydana gelen işlem ve eylemlerin sebep olduğu ihlaller bakımından sorumlu değildir; ancak, istisnai olarak taraf devletlerin konu bakımından AİHS'in kapsamına giren fakat taraf devletin ulusal sınırları dışında meydana gelen ihlallerden sorumluluğu gündeme gelebilmektedir. Buna göre, bir taraf devletin AİHS m.1 kapsamında üçüncü bir ülkedeki kişi üzerindeki sorumluluğunun doğabilmesi için söz konusu taraf devletin ulusal sınırları dışında bir bölge üzerinde veya bölgede yaşayan kişiler üzerinde "etkili kontrol"⁴⁹ sahibi olması gerekir.⁵⁰ Söz konusu etkili kontrol taraf devletin askeri operasyon ya da işgal gibi askeri müdahaleleri⁵¹ sonucu vuku bulabilir.

42 İlyas Arslan, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Milletlerarası Hukuka Etkisi* (Adalet Yayınevi 2019) 57-58.

43 ibid 57-58.

44 ibid, 58; Palombo, *Business and Human Rights* (n 4) 15; Rooney (n 8) 159; Oral (n 31) 68.

45 *Tatar v Romania* App No 67021/01, ECtHR, 27 January 2009.

46 *Wilson v UK* (2002) ECHR 552.

47 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin yatay etkisi hakkında bkz. Stéfanie Khoury, 'Transnational Corporations and the European Court of Human Rights: Reflections on the Indirect and Direct Approaches to Accountability' (2010) 4(1) *Oñati Journal of Emergent Socio-legal Studies* 68; Dorota Leczykiewicz, 'Horizontal Application of the Charter of Fundamental Rights' (2013) 4 *European Law Review* 479.

48 Arslan (n 42) 27.

49 *Bankovic and others v Belgium and Others* App no. 52207/99 (ECtHR, 12 December 2001), para. 62.

50 Alka Pradhan, 'Introductory Note to the European Court of Human Rights (Gc): Al-Jeddav United Kingdom and Al-Skeini & Others v United Kingdom', *International Legal Materials*, Vol. 50, No. 6 (2011), 947, 948; Arslan (n 42) 29. Ayrıca, taraf devletin yetkili diplomatik ya da konsüler temsilcilerinin faaliyetleri sonucu (bkz. *M v Danimarka*, App no. 17392/90, (ECtHR, 14 October 1992)) ya da taraf devletin bayrağını taşıyan gemi ve hava araçlarında gerçekleşen fiiller bakımından da taraf devletlerin sorumluluğu doğabilmektedir; bkz. Arslan (n 42), 29.

51 *Louizidou v Turkey* App no 15318/89 (ECtHR, 18 December 1996) para. 62-75; *Al Skeini and others v United Kingdom* App no. 55721/07 (ECtHR, 7 July 2011) para. 133.

Bu çerçevede, AİHS'e taraf olmayan üçüncü bir ülkede tescil edilmiş bağlı şirketin faaliyetleri sonucu meydana gelen hak ihlalleri düşünüldüğünde, hâkim şirketin tescil edildiği devletin AİHS'e taraf olmasından bahisle pozitif yükümlülüğü kapsamında bağlı şirketin eylemlerinden sorumlu tutulması, bağlı şirketin eylem ve işlemlerinin hâkim şirketin bulunduğu AİHS'e taraf devletin yetki alanı içinde bulunduğunu tespit etmek bakımından güçlük arz edecektir.⁵² Öte yandan, bağlı şirket AİHS'e taraf olmayan bir ülkede tescil edilmiş olduğundan, bu ülkenin de AİHS kapsamında pozitif yükümlülüğünden söz edilemeyecektir.

Çok uluslu şirketlerin insan hakları sorumluluğu konusunda bağlayıcı uluslararası hukuk normlarındaki eksiklik ve yumuşak hukuk kurallarının etkili bir yaptırım mekanizması sunamaması karşısında insan hakları savunucuları insan hakları ihlallerine sebebiyet veren şirket faaliyetlerini devletlerin iç hukukunda düzenlenen haksız fiil hukuku kuralları çerçevesinde ele alabilmektedir. Bu kapsamda, çok uluslu şirketlerin meydana getirdiği insan hakları ihlallerinin zarar görenler şirketin haksız fiil sorumluluğuna dayanarak milli mahkemeler nezdinde görülecek bir tazminat davası açma yoluna başvurabilmektedir.

Yukarıda değinildiği üzere, çok uluslu şirketlerde hâkim şirketin merkezi gelişmiş bir ülkede bulunmakta iken bağlı şirket(ler)in gelişmekte olan bir ülkede bulunması, faaliyetlerini burada yürütmesi uygulamada sıklıkla karşılaşılabilen bir durumdur. Bu durumda zarara uğrayanlar bağlı şirketin kurulduğu ülkede yaşayan ve bu şirketin faaliyetlerinden ötürü zarar gören vatandaşlar olabildiği gibi doğrudan bağlı şirketin çalışanları da olabilmektedir. Bu durumda, eğer hâkim şirket İngiltere'de tescil edilmişse bağlı şirketin faaliyetlerinden ötürü zarar görenlerin hem bağlı şirkete hem de hâkim şirkete haksız fiil sorumluluğuna dayalı olarak İngiliz mahkemelerinde dava açması mümkün olabilir. Çalışmanın ilerleyen bölümlerinde, hâkim şirketin merkezinin İngiltere'de tescil edildiği bağlı şirketin merkezinin ise Avrupa Birliği (AB) üyesi olmayan üçüncü bir devlette bulunduğu durumda, İngiliz mahkemelerinin milletlerarası yetkisi incelenecektir.

52 Daniel Augenstein and Lukasz Dziedzic, 'State Obligations to Regulate and Adjudicate Corporate Activities under the European Convention on Human Rights' (European University Institute Working Paper, 2017/15) <<https://cadmus.eui.eu/handle/1814/48326>> Erişim Tarihi 30 January 2021, 27, 35; Rooney (n 8) 161. Ancak, önemle, eklemek gerekir ki doktrinde devletlerin pozitif yükümlülükleri çerçevesinde çok uluslu şirketlerin neden olduğu ihlaller bakımından ülke sınırları dışında da (*extraterritorial*) sorumlu tutulması yönünde görüşler öne sürülmektedir. Hâkim şirketin merkezinin bulunduğu AİHS'e taraf devletin pozitif yükümlülükleri dolayısıyla bağlı şirketin AİHS'e taraf olmayan üçüncü ülkede neden olduğu ihlallerden sorumlu tutulabileceğine ilişkin görüş için bkz. Dalia Palombo, *Business and Human Rights* (n 4). Ayrıca, şirketlerin sebep olduğu sınır ötesi çevre zararı kapsamında devletlerin pozitif yükümlülükleri konusunda bkz. James Harrison, 'Significant International Environmental Law Cases 2017-18' (2018) 30(3) *Journal of Environmental Law*, 527; Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin (Inter-American Court of Human Rights) bu hususta yayınladığı tavsiye görüşü (*advisory opinion*) için bkz. IACtHR, *Environment and Human Rights Advisory Opinion Oc-23/17*, 15 November 2017; bu konu hakkında ayrıca bkz. Rooney (n 8) 161-162.

III. İngiliz Medeni Usul Kuralları: Davalının İngiliz Mahkemeleri Yargı Çevresi Dışında Olması Hali

İngiliz milli medeni usul hukuku kuralları uyarınca kural olarak, İngiliz mahkemelerinin bir davalı aleyhine açılacak bir davada yetkili olabilmesi için o davalıya ülke sınırları içinde dava evrakının tebliğ edilebilmesi gerekir. Ancak, İngiliz mahkemelerinin kendi yargı çevreleri dışındaki kişilerin aleyhine açılan davaları görebilmeleri de bazı şartların gerçekleşmesi ile mümkün kılınmıştır. İngiliz mahkemeleri önüne taşınmış bir uyuşmazlıkta, İngiliz mahkemelerinin kendi yargı çevreleri dışındaki davalıya tebligatın yapılması usulü ve hangi durumlarda hâkimden izin alınmasına gerek olduğuna ilişkin bu şartlar Medeni Usul Kuralları (*Civil Procedure Rules*) “Belgelerin Tebliği” başlıklı 6. Bölümünün⁵³ 6.30. ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir.

Medeni Usul Kuralları (*Civil Procedure Rules*) m.6.36 ve 6.37 uyarınca İngiliz mahkemesi yargı çevresi dışında kalan davalıya tebligat yapılabilmesi mahkemenin iznine bağlıdır. İngiliz mahkemesi, Medeni Usul Kuralları m.6.37 uyarınca öngörülen şartların gerçekleştiğine kâni olmadıkça, kendi yargı çevresi dışında kalan davalıya dava evrakının tebliğine izin vermeyecektir. Medeni Usul Kuralları m.6.37’de aranan şartlar şöyledir:

- Uygulama Talimatı 6B⁵⁴ m.3.1 uyarınca sıralanan sebeplerden (*gateway*) birinin gerçekleşmiş olması,
- Davacının, İngiliz yargı çevresi dışındaki davalıya karşı öne sürdüğü iddialarında makul olasılıkla haklı çıkacak olması (*reasonable prospect of success*),
- İngiliz mahkemesinin davanın görülmesi için uygun mahkeme olması (*the English court is the proper place to bring the claim*).

Bu çerçevede, Medeni Usul Kuralları m.6.36 ve 6.37’de aranan her bir şartın ele alınması gerekir.

1. Uygulama Talimatı 6B m.3.1.3

Yukarıda değinildiği üzere, Medeni Usul Kuralları m.6.36 uyarınca, İngiliz yargı çevresi dışındaki davalıya yapılacak tebligatlarda Uygulama Talimatı 6B m.3.1’de sıralanan dayanaklardan (*gateway*) birinin gerçekleşmiş olması şartı aranmaktadır. Uygulama Talimatı 6B 3.1. başlığı altında pek çok sebep sıralanmıştır. Bu çalışmanın konusunu teşkil eden uyuşmazlıklar bakımından Uygulama Talimatı 6B m.3.1’in 3. paragrafında yer alan “gerekli ve uygun taraf” (*necessary and proper party*) kenar başlıklı dayanak önem arz eder. Buna göre, İngiliz mahkemeleri yargı çevresi dışındaki

53 Medeni Usul Kuralları (*Civil Procedure Rules*) “Belgelerin Tebliği” (*Service of Documents*) başlıklı 6. Bölümü için bkz. <<https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part06>> Erişim Tarihi 1 February 2021.

54 Uygulama Talimatı 6B (*Practice Direction 6B*) için bkz. <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part06/pd_part06b> Erişim Tarihi 1 February 2021.

bir kişinin, İngiliz mahkemeleri önünde açılmış bir davaya dâhil edilmesi ve böylece İngiliz mahkemelerinin bu kişi üzerinde yetki tesis etmesi aşağıda sayılan şartların gerçekleşmesi halinde mümkün olabilecektir:

- İngiliz mahkemeleri yargı çevresi dâhilindeki esas davalıya (hâkim şirket) dava dilekçesinin tebliği ve davacı ile davalı arasında İngiliz mahkemesinin görmesinin uygun olduğu gerçek bir uyuşmazlık olması (*a real issue to be tried*);
- İngiliz mahkemeleri yargı çevresi dışındaki kişinin (bağlı şirket) davaya katılmasının gerekli ve uygun olması (*necessary and proper party*).

İngiliz mahkemeleri yargı çevresi dâhilindeki esas davalıya dava dilekçesinin tebliği, diğer bir ifadeyle İngiliz mahkemeleri yargı çevresi dâhilindeki esas davalıya dava açılması hakkında İngiliz mahkemelerinin milletlerarası yetkisi 31 Aralık 2020 tarihine kadar açılmış olan davalar bakımından⁵⁵ “Hukuki ve Ticari Konularda Yargı Yetkisi ve Yargı Kararlarının Tanınma ve Tenfizine Dair Avrupa Birliği Tüzüğü”⁵⁶ (“Brüksel I Bis Tüzüğü” veya “Tüzük”) uyarınca tesis edilecektir. Buna göre davalının ikametgâhı üye bir devlette bulunmaktaysa bu üye devlet mahkemesi yetkilidir. Bu bakımdan davalının ya da davacının vatandaşlığı dikkate alınmaz⁵⁷ (Tüzük m.4/2); davalı üye devletlerden birinin vatandaşı olması dahi üye bir devlette ikamet ediyor olduğu takdirde o devletin mahkemeleri yetkili hale gelecektir. Brüksel I Bis Tüzüğü m.63 uyarınca ise Tüzük kapsamında bir şirketin ya da başka bir tüzel kişinin ya da gerçek veya tüzel kişilerden oluşan toplulukların ikamet ettikleri yer şirket sözleşmesinde yer verilen şirket merkezi (*statutory seat*), idare merkezi veya esas işyerinin bulunduğu yerdir. Dolayısıyla, merkezi İngiltere’de bulunan hâkim şirket karşı 31 Aralık 2020 tarihine kadar açılmış olan davalar bakımından İngiliz mahkemelerinin yetkisi Brüksel I Bis Tüzüğü m.4 hükmü uyarınca tesis edilecektir.

55 Birleşik Krallık, 26 Haziran 2016’da gerçekleşen referandum sonrasında 16 Mart 2017 tarihli kanuna dayanarak AB tam üyeliğinden çıkmak amacıyla başvuruda bulunmuştur; bkz. Zeynep Ayata, ‘Birleşik Krallık’ın Avrupa Birliği Üyeliğinden Çıkmasının Rekabet Hukuku ve Uygulaması Bakımından Sonuçları ve Açmazları’ (2019) 77 (2) İstanbul Hukuk Mecmuası 925, 928. Bu kapsamda, AB ve Birleşik Krallık arasında yapılan Çekilme Andlaşması (*Withdrawal Agreement*) m.126 ve 132 uyarınca bir geçiş dönemi (*transition period*) öngörülmüş ve bu süreç 31 Aralık 2020 tarihinde sona ermiştir. Çekilme Andlaşması m.67/f.1 uyarınca geçiş döneminin sonuna dek Brüksel I Bis Tüzüğü uygulanmaya devam edeceğinden; bu tarihe dek açılmış olan davalar bakımından da kapsamına girdiği müddetçe Brüksel I Bis Tüzüğü uygulanmıştır/uygulanacaktır (Joshua Folkard, ‘Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments After Brexit’ (4 New Square, 27 Jan 2020) <<https://www.4newsquare.com/publications/jurisdiction-and-the-recognition-and-enforcement-of-judgments-after-brexit/>> Erişim Tarihi 1 September 2020). Bu çalışmada incelenen kararlar söz konusu geçiş dönemini de içine alan sürece tekabül ettiğinden çalışmada Brüksel I Bis Tüzüğü’ne de atıf yapılmaktadır. 31 Aralık 2020 tarihinden itibaren ise İngiliz mahkemelerinin milletlerarası yetkisi İngiliz müşterek hukuk (*common law*) kurallarına ve bu çerçevede İngiliz medeni usul kurallarına tabi olacaktır; bu konuda Birleşik Krallık Adalet Bakanlığı tarafından yayımlanan açıklayıcı rapor için bkz. “Cross Border Civil and Commercial Legal Cases: Guidance for Legal Professionals, <<https://www.gov.uk/government/publications/cross-border-civil-and-commercial-legal-cases-guidance-for-legal-professionals/cross-border-civil-and-commercial-legal-cases-guidance-for-legal-professionals>> Erişim Tarihi 30 January 2021. Birleşik Krallık’ın AB tam üyeliğinden çıkması sonrasında İngiliz milletlerarası özel hukukuna ilişkin değerlendirmeler hakkında bkz. Andrew Dickinson, ‘Walking Solo – A New Path for Conflict of Laws in England’ (Oxford Business Law Blog, 19 Jan 2021) <<https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2021/01/walking-solo-new-path-conflict-laws-england>> Erişim Tarihi 30 January 2021.

56 Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters (RECAST).

57 Cansu Akgün Tekgün, ‘Brüksel I bis Tüzüğü ile Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü Çerçevesinde Kişisel Verilerin İhlaline İlişkin Özel Hukuk Uyuşmazlıklarında Milletlerarası Yetki Kuralları’ (2019) 9(1) Hacettepe HFD 232, 242.

Merkezi İngiltere’de bulunan bir hâkim şirkete 31 Aralık 2020 tarihinden sonra⁵⁸ açılmış olan davalar bakımından ise İngiliz mahkemelerinin yetkisi İngiliz Medeni Usul Kuralları uyarınca belirlenecektir. Buna göre, İngiliz yargı çevresinde bulunan davalıya dava dilekçesinin tebliğ edilmesi ile İngiliz mahkemelerinin yetkisi tesis etmiş olur.⁵⁹ Dolayısıyla, merkezi İngiltere’de bulunan hâkim şirkete dava dilekçesinin tebliği ile İngiliz mahkemeleri yetkili hale gelecektir.

Uygulama Talimatı 6B 3.1.3.’ün ilk bendi uyarınca aranan ikinci şart ise, İngiliz mahkemelerinin yetki alanındaki davalı ile davacı arasında gerçek bir uyuşmazlık bulunmasıdır. Çok uluslu şirketlerin sorumluluğuna ilişkin davalarda, özellikle davacı ile davalı (hâkim şirket) arasında gerçek bir uyuşmazlık bulunması şartının sağlanması güçlük arz edebilmektedir. Zira zarar İngiliz yargı çevresi dışındaki ülkede, bağlı şirketin faaliyetleri sebebiyle meydana gelmiştir ve davanın neden bağlı şirkete karşı bu şirketin tescil edildiği yer mahkemelerinde değil de İngiltere merkezli hâkim şirkete karşı İngiltere mahkemelerinde açıldığının sebebinin gösterilmesi gerekir. Diğer bir ifadeyle, davacı ile İngiltere merkezli hâkim şirket arasında gerçek bir uyuşmazlığın bulunduğu davacı tarafından ortaya konması gerekir. İngiliz mahkemelerinin Brüksel I Bis Tüzüğü m.4 uyarınca doğacak yetkisinin taraflar arasında gerçek bir uyuşmazlık bulunmazken sırf İngiltere dışındaki davalıyı İngiliz mahkemeleri önüne çekmek için kullanılmış bir “kanca” (*hook*) olarak kullanılması ihtimalinde Uygulama Talimatı 6B m.3.1.3’e dayanılarak tebligat yapılmasına izin verilmeyeceği içtihatlarla ifade edilmiştir.⁶⁰ Davacıların, İngiltere dışındaki davalıyı İngiliz mahkemeleri önüne çekebilmek için ortada gerçek bir uyuşmazlık bulunmazken bu yola başvurmaları halinde, İngiltere merkezli şirket bunu ispat ederek yetki tesis edilmesinin önüne geçebilecektir. Dolayısıyla, Uygulama Talimatı 6B m.3.1.3 uygulanırken, davacının İngiliz mahkemeleri yargı çevresi dâhilindeki bir davalıya dava dilekçesi sunması durumunda, davacı ve davalı arasında İngiliz mahkemesinin görmesinin uygun olduğu gerçek bir uyuşmazlık bulunup bulunmadığına karar verebilmek için mahkemelerin esasa ilişkin bir değerlendirme yapması gerekebilmektedir. Diğer bir ifadeyle, esastan inceleme aşamasına geçilmemiş olmakla beraber İngiliz mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin belirlenebilmesi için hâkim şirket ile bağlı şirket arasında gerçek bir uyuşmazlık bulunup bulunmadığının tespiti gerektiğinden uyuşmazlığın

58 Birleşik Krallık’ın AB tam üyeliğinden çıkması ve 31 Aralık 2020 tarihinden itibaren İngiliz mahkemelerinin milletlerarası yetkisi hakkında bkz. yukarıda dipnot n 55).

59 Adrian Briggs, *Civil Jurisdiction and Judgments* (6th edn, Informa Law from Routledge 2015) 380. Çok nadir bir durum teşkil etmekle beraber davalının bu ihtimalde İngiliz mahkemelerinin yetkisine ilişkin öne sürebileceği itirazlar hakkında bkz. Briggs, 381-382. Ayrıca eklemek gerekir ki bu ihtimalde söz konusu şirket *forum non conveniens* itirazında bulunarak İngiliz mahkemelerinin yargılamayı bekletmesini talep edebilir. *Forum non conveniens* hakkındaki açıklamalara aşağıda “İngiliz Mahkemesinin Davanın Görülmesi İçin Uygun Mahkeme Olması” başlığı altında yer verilmiştir.

60 OJSC Oil Co Yuğaneftv Abramovich [2008] EWHC 2613 (Comm), [490]; Witted v Galbraith [1893] 1 QB 577, 579; Multinational Gas & Petrochemical Co v Multinational Gas & Petrochemical Services Ltd [1983]

Ch. 258, 274; Golden Ocean Assurance Ltd v Martin [1990] 2 Lloyd’s Rep 215, 222; AK Investment CJSC v Kyrgyz Mobil Tel Ltd, supra note 45, [76]-[87]. Ayrıca, bu konu hakkında bkz. Briggs (n 59) 472-473.

esasına uygulanacak hukukun belirlenmesi ve bu kapsamda özen yükümlülüğü (*duty of care*) doktrini gündeme gelmektedir.⁶¹

Duty of care doktrini, davacının uğrayabileceği öngörülebilir zararı önlemek yönünde davalının özen gösterme yükümlülüğünü meydana getiren durum ve ilişkileri ifade eder.⁶² Söz konusu özen yükümlülüğünün ihlali bir haksız fiil sorumluluğu doğurur. Dolayısıyla, çok uluslu şirketler bakımından bu doktrin, hâkim şirketin bağlı şirketinin çalışanlarına veya bağlı şirketin bulunduğu bölgenin yerel halkına yönelik bir özen yükümlülüğü bulunup bulunmadığının tespiti kapsamında önem arz eder. Hâkim şirketin özen yükümlülüğünün incelenmesi için her bir maddi olay üzerinde ayrı bir değerlendirme yapmak gerekmektedir.⁶³ Hâkim şirketin özen yükümlülüğü değerlendirilirken esas olarak meydana gelen zararın hâkim şirket tarafından öngörülebilir olup olmadığı, hâkim şirket ve bağlı şirket arasındaki yakınlık ve hâkim şirket üzerinde yetki tesis edilebilmesi kapsamında özen yükümlülüğüne başvurulmasının makul ve adil olup olmadığı gibi unsurlar incelenmektedir.⁶⁴ İngiliz hukukunda hâkim şirketin bağlı şirketin çalışanlarının veya bağlı şirketin bulunduğu bölgenin yerel halkının bu şirketin faaliyetlerinden ötürü uğradığı öngörülebilir zararı önleme yönündeki özen yükümlülüğünün⁶⁵ doğmasına sebep olabilecek yakınlık (*proximity*) mahkeme içtihatları ışığında yorumlanmaktadır.⁶⁶

Doktrinde İngiliz mahkeme kararlarında dikkate alınan yakınlık kriterinin değerlendirilmesinde iki yaklaşım bulunduğu ifade edilmiştir.⁶⁷ Buna göre, “klasik yaklaşım” olarak da anılmakta olan ve hâkim şirketin özen yükümlülüğünün bulunduğu ilk durum, bağlı şirketin karar alma yönünde iradesinin bulunmadığı veya çok kısıtlı bir iradesinin bulunduğu; haksız fiili işleyen bağlı şirketin tüm kurumsal karar süreçlerinin hâkim şirket tarafından tamamen kontrol altında tutulduğu durumdur.⁶⁸ Bu duruma dayanılarak özen yükümlülüğünün varlığının tespitine uygulamada

61 Bu çalışmanın konusu İngiliz mahkemelerinin milletlerarası yetkisi ile sınırlı olduğundan uygulanacak hukuka ilişkin detaylı bir inceleme yapılmamıştır. Aşağıda, *Vedanta* ve *Okpabi* kararları incelenirken mahkemenin tespit ettiği uygulanacak hukuk ve bu bakımdan *duty of care* doktrininin gündeme gelmesinin sebebine İngiliz mahkemelerinin milletlerarası yetkisine ilişkin açıklamalar kapsamında gerekli olduğu ölçüde değinilecektir.

62 Claire Bright/Axel Marx/Nina Pineau/Jan Wouters, *Toward a Corporate Duty for Lead Companies to Respect Human Rights in Their Global Value Chains?*, *Business and Politics* 2020 22(4) 667, 674.

63 Aristova (n 10) 7; Dailia Palombo, ‘The Duty of Care of the Parent Company’: A Comparison Between French Law, UK Precedents and the Swiss Proposals’ (2019) 4 *Business and Human Rights Journal* 265, 272. Örneğin, *Thompson v The Renwick Group plc* [2014] ECWA Civ 635, 13 May 2014 kararında bağlı şirketin müdürünün hâkim şirket tarafından atanıyor olmasının bu yakınlık kriterini sağlamak için yeterli olmadığına karar verilmiştir (para.24-39); ayrıca bkz. *Weller and Patoy* (n 25) 404. Karara için bkz. <<https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2014/635.html>> Erişim Tarihi 1 February 2021.

64 *Caparo Industries plc v Dickman* [1990] 2 AC 605; *Rooney* (n 8) 158; *Aristova* (n 10) 7.

65 *Bright et. al.* 674-675.

66 Hâkim şirket ile bağlı şirket arasındaki yakınlık (*proximity*) kriteri incelemesine ilişkin önem arz eden kararlardan biri *Chandler v Cape Plc* [2012] ECWA Civ 525, 25 April 2012 kararıdır. Kararda yakınlık kriteri kapsamında dikkate alınan dört faktör üzerinden bir inceleme yapılmıştır; bkz. *Chandler* (n 64) 71. Bu inceleme hakkında ayrıca bkz. bkz. *Weller and Patoy* (n 25) 404.

67 *Sheldom Leader*, “Parent Company Liability and Social Accountability: Innovation from the United Kingdom” in *Amine Ghenim, Charley Hannoun, Patrick Henriot, Elsa Peskine, Fiodor Rilov and Stephane Vernac (eds), Groupes des Societe et Droit du Travail.*, (Daloz 2019) 123.

68 *Leader* (n 67) 114.

sıklıkla rastlanılmamakta; zira bu ihtimalde hâkim şirketin özen yükümlülüğünün doğabilmesi için hâkim şirketin bağlı şirketin kararları üzerinde doğrudan kontrolünün olması gerekmekte olup, bu durumun davacılar tarafından davanın henüz esasına girilmediği yetki tesis aşamasında kanıtlanması oldukça güç olabilmektedir.⁶⁹ Hâkim şirketin özen yükümlülüğünün doğmasına sebep olabilecek bir diğer durum ise “yeni yaklaşım” olarak da anılan hâkim şirketin bağlı şirket üzerinde denetim yapmış olması beklentisini oluşturan özel bir ilişkinin varlığı durumudur.⁷⁰ Örneğin, hâkim şirketin bağlı şirketin faaliyetlerini denetleyeceği yönünde gönüllü taahhütler içeren grup şirketleri politikaları bu kapsamda değerlendirilerek hâkim şirketin bağlı şirketin meydana getirdiği zararı önleme yönünde bir özen yükümlülüğü olduğu sonucunu doğurabilecektir.⁷¹ Bu anlamda, özen yükümlülüğü çerçevesinde hâkim şirket ve bağlı şirket arasındaki ilişkide bağlı şirketin kararlarının tamamen hâkim şirketin kontrolünde olması aranmamaktadır.⁷²

Sonuç olarak, İngiliz mahkemesi Uygulama Talimatı 6B m.3.1.3 uyarınca, esasen bağlı şirketin faaliyetlerinden zarar gören davacı ile hâkim şirket arasında gerçek bir uyuşmazlık bulunup bulunmadığına karar verebilmek için özen yükümlülüğü kapsamında bir incelemede bulunabilmektedir. Bu inceleme neticesinde davacı ve hâkim şirket arasında gerçek bir uyuşmazlık bulunduğu yönünde karar verildiği takdirde, bu kez davacının İngiliz mahkemeleri yetki alanı dışındaki bağlı şirkete yönelik iddialarının değerlendirilmesi aşamasına geçilir.

2. Davacının İngiliz Mahkemelerinin Yetki Alanı Dışındaki Davalıya Yönelik İddialarında Makul Olasılıkla Haklı Çıkacak Olması

Medeni Usul Kuralları m.6.37 uyarınca, İngiliz mahkemelerinin yargı çevresi dışındaki kişiye dava evrakının tebliğ edilebilmesi için aranan ikinci şarta göre, davacının İngiliz mahkemesi yetki alanı dışındaki davalıya yönelik iddialarında makul olasılıkla haklı çıkacak olması yönünde hâkimin kanaat getirmesi gerekir. Örneğin, Zambiya merkezli bağlı şirkete İngiliz mahkemeleri önünde dava açıldığında, bu şart çerçevesinde İngiliz mahkemesi davacıların Zambiya merkezli şirkete karşı yönelttikleri iddiaların başarılı olması olasılığını tartacak ve davacıların haklı bulunması ihtimalinin makul derecede olduğuna kanaat getirmesi halinde bu şart gerçekleşmiş sayılacaktır.

İngiliz kanun koyucusunun davalının haklı olduğunun tespiti konusunda böyle bir şart öngörmesinin ardında yer alan sebeplerden biri tebligata izin verilmesi halinde

69 Bright et. al. 675. Örneğin, aşağıda da detaylıca incelenen *Okpabi* davasında, AAA& Others v Unilever PLC and Unilever Tea Kenya Limited [2018] ECWA Civ 1532 kararında hâkim şirketin özen yükümlülüğü kapsamında yakınlık kriteri bu yaklaşımda kapsamında ele alınabilecek şekilde oldukça sınırlı bir yorum getirilerek uygulanmıştır.

70 Leader (n 67) 115.

71 Leader (n 67) 115. Ayrıca, aşağıda inceleneceği üzere Yüksek Mahkeme'nin *Vedanta* (n 12) kararında ve *Okpabi* kararlarında (n 13) hâkim şirketin özen yükümlülüğü kapsamında bu yönde bir inceleme yapılmıştır.

72 Örneğin, *Chandler v Cape* [2012] EWCA Civ 525 kararında hâkim şirketin özen yükümlülüğü incelemesinin bu yöndeki bir yaklaşım kapsamında olduğu söylenebilir; Bright et. al. 676.

farklı bir yargı çevresinde bulunan davalının oldukça masraflı ve zahmetli bir durum olan İngiliz mahkemeleri önünde savunma yapmakla karşı karşıya kalacak olması gözetilerek davalıya adil davranılması amacıdır⁷³. Bu anlamda amaç mesnetsiz iddiaların önüne geçmek olup, yalnızca iddialarının başarılı olması makul görülen davacılar için İngiliz mahkemeleri yetki alanı dışındaki davalıya tebligat yapılması izni verilmesi istenmektedir. Davacının iddialarının haklılığı elbette İngiliz mahkemelerinin yetkili olduğuna karar vermesi halinde esasa ilişkin yapılacak olan inceleme sonucunda ortaya konacaktır.⁷⁴ Öte yandan, Medeni Usul Hukuku Kuralları m.6.37 çerçevesinde aranan bu şart sebebiyle davacının uygulanacak hukuku tespit edip bu hukuk uyarınca iddialarının haklı çıkma ihtimalinin makul derecede olacağını henüz yetkiye ilişkin incelemenin yapıldığı aşamada kanıtlaması gerekecektir⁷⁵ ki uygulanacak hukukun tespiti çetrefilli bir hukuki mesele olarak davacının önünde bir engel oluşturabilir.⁷⁶ Ayrıca eklemek gerekir ki, *Seaconsar*⁷⁷ kararında da ortaya konulduğu üzere davacı haklılığı yönünde hâkim nezdinde makul derecede bir kanaat oluşturmaya çalışırken, İngiliz mahkemelerinin *forum conveniens* -yani, davanın görülmesi bakımından uygun mahkeme olacağı- iddiasına dayanamayacaktır.⁷⁸ Her ne kadar, İngiliz yargı çevresi dışındaki davalıya karşı İngiliz mahkemeleri önünde dava açabilmenin üçüncü şartı davanın görülmesi için İngiliz mahkemelerinin uygun mahkeme olduğu yönünde mahkemenin kâni olması şartı olsa da bu şart diğer şartlardan ayrı olarak değerlendirilecektir.⁷⁹

3. İngiliz Mahkemesinin Davanın Görülmesi İçin Uygun Mahkeme Olması

Medeni Usul Kuralları m.6.37 uyarınca, İngiliz mahkemelerinin yargı çevresi dışındaki kişiye dava evrakının tebliğ edilebilmesi için aranan şartlardan sonuncusu İngiliz mahkemelerinin davanın görülmesi için uygun mahkeme olduğu yönünde hâkimin tatmin olmasıdır. Bu şart mahkemece *forum non conveniens* doktrini kapsamında incelenen unsurlar üzerinden bir inceleme yapılmasını gerektirmektedir.⁸⁰

73 Joanna Perkins, 'A Good Arguable Case about What?' (1994) 53(2) The Cambridge Law Journal 244, 245.

74 ibid 245.

75 Örneğin, *Metall und Rohstoff AG v Donaldson Lufkin & Jenrette Inc.* [1990] 1 Q.B. 39 kararında İngiliz Temyiz Mahkemesi bu yönde bir değerlendirme yapmıştır.

76 Perkins (n 73) 245.

77 *Seaconsar Far East Ltd v Bank Markazi Jomhouri Islami Iran* [1994] 1 AC 438

78 Perkins (n 73) 245.

79 ibid 246.

80 Ardavan Arzandeh, *Forum (Non) Conveniens in England: Past, Present, and Future*, Bloomsbury Publishing, 2018, 79-83. Ayrıca, doktrinde Briggs, burada her ne kadar *forum non conveniens* doktrini ışığında bir inceleme yapılacak ise de esasen *Spilada* testinde olduğu gibi birbirinden ayrı iki aşamadan söz edilmesinin tam anlamıyla doğru olmayacağı, zira mahkemenin gerek olaydaki veriler gerekse adaletin gereği kapsamında bütünsel bir değerlendirme yaparak İngiliz mahkemelerinin söz konusu davayı görmekte elverişli mahkeme olup olmadığı hakkında mahkemenin tek bir soru üzerinden bir inceleme yapacağını belirtir; bkz. Briggs (n 59) 504.

Temeli İskoç Hukukuna dayanan⁸¹ *forum non conveniens* doktrininin bugün uygulanan şekliyle temel ilkeleri İngiliz Lordlar Kamarası'nın 1986 tarihli *Spiliada Maritime Corporation v. Cansulex Ltd.*⁸² (*Spiliada*) kararı ile ortaya konmuştur.⁸³ Buna göre, mahkeme tarafından kabul edilmesi halinde yargılamanın bekletilmesi sonucunu doğuracak olan ve davacı tarafından ileri sürülecek *forum non conveniens* itirazı kapsamında mahkemenin iki aşamalı bir inceleme yapması gerekir.⁸⁴ Buna göre, taraflar arasında geçerli bir yetki anlaşmasının bulunmadığı durumlarda, İngiliz mahkemelerinin yetkisine itiraz eden davalı, ilk olarak söz konusu uyuşmazlığı görmekte yetkili olan⁸⁵ ve İngiliz mahkemelerine nazaran açıkça daha uygun, daha elverişli (*appropriate*) bir başka mahkemenin bulunduğunu kanıtlamak zorundadır.⁸⁶ Bu aşama *Spiliada* testinin, dolayısıyla *forum non conveniens* doktrininin uygulanmasının ilk aşamasını oluşturmaktadır.⁸⁷ *Forum non conveniens* doktrini incelemesinin ilk aşamasında davanın taraflarının bağlantılı olduğu ülkeler (örneğin tarafların ikamet ettiği yerler, şirketler söz konusu ise merkezlerinin bulunduğu yer), davaya konu olan olayı meydana getiren unsurların ilgili ülkeler ile bağlantıları (örneğin, tarafların yerleşim yerinin aynı ülkede bulunması⁸⁸, haksız fiile ilişkin davalarda haksız fiilin meydana geldiği yer⁸⁹, delil olarak başvurulacak evrakların veya şahitlerin bulunduğu yer⁹⁰), uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk⁹¹, derdestlik ihtimali⁹² gibi pek çok etken göz önünde bulundurulabilir. Bu aşamada, hâkim olaya ilişkin unsurların tamamını gözetererek, bütünsel bir değerlendirme yapmak suretiyle karar verilecektir.⁹³

81 Briggs (n 59) 397 fn. 117, Arzandeh (n 77) 25; Erwin Spiro, 'Forum non conveniens', The Comparative and International Law Journal of Southern Africa, 1980, Vol. 13, No. 3, 333, 333-339. Forum non conveniens doktrinin ortaya çıkışı hakkında ayrıca bkz. Sedat Sirmen, 'Uluslararası Havaçılık Davalarında Forum Non Conveniens Doktrininin Uygulanmasında Emsal Karar: Piper Aircraft Co.v Reyno Davası' (2014) 63(1) AÜHFD 199, 202.

82 *Spiliada Maritime Corp v Cansulex Ltd* [1987] AC 460.

83 Briggs (n 59) 398; Arzandeh (n 77) 2.

84 Briggs (n 59) 399; Arzandeh (n 77) 74.

85 Briggs (n 59) 402.

86 ibid 399.

87 ibid 399.

88 ibid, 406.

89 ibid, 407; ancak, haksız fiilin meydana getiren vakıaların birden çok ülke ile ilişkili olduğu durumlarda bu unsurun dikkate alınma ihtimali daha düşüktür; bu durumda haksız fiilin meydana geldiği yer dikkate alınmayabilir; bkz. *The Albaforth* [1984] 2 Lloyd's Rep 91; *Berezovsky v Michaels* [2000] 1 WLR 1004; *VTB Capital plc v Nutriek International Corp* [2013] UKSC 5, [2013] 2 AC 337; Briggs (n 59) 407.

90 Özellikle şahitlerin sözlü ifadelerine başvurulmasının gerektiği durumlarda bu faktörün dikkate alınması ihtimali artmaktadır; bkz. Briggs (n 59) 407.

91 Esasa uygulanacak hukukun İngiliz hukuku olmaması her zaman İngiltere mahkemelerinin uyuşmazlığın çözümünde elverişli mahkeme olmadığı anlamına gelmeyebilecektir; uygulanacak hukukun göz önünde bulundurulduğu bir dava için bkz. *Trendtex Trading Corp v Credit Suisse* [1982] AC 679; bkz. Briggs (n 59) 408-409.

92 Davacının yabancı bir mahkemede tarafları, konusu ve sebebi aynı olan bir dava açmış olması, özellikle dava konusunun hukuki veya maddi olay bakımından karmaşık olduğu davalarda halihazırda bu davayı görmekte olan mahkemenin daha uygun mahkeme olabileceği fikrinden hareketle *forum non conveniens* itirazı incelemesinde dikkate alınabilir; *Australian Commercial Research & Development Ltd v ANZ McCaughan Merchant Bank Ltd* [1989] 3 All ER 65; bkz. Briggs (n 59) 410-411. İngiliz hukukunda paralel davalar ve *forum non conveniens* ilişkisi bakımından ayrıca bkz. Gülüm Bayraktaroğlu Özçelik, *Milletlerarası Usul Hukukunda Paralel Davalar*, (Yetkin Yayınları 2016), 87-92.

93 Briggs (n 59) 411-413.

İngiliz mahkemesi davalının iddiasını anılan unsurları gözeterak *prima facia* haklı görür ve daha elverişli bir başka mahkemenin bulunduğuna kanaat getirirse bu kez *Spiliada* testinin ikinci aşamasına geçilir. Bu aşamada, uyuşmazlığı görmekte yetkisi bulunan ve İngiliz mahkemelerine nazaran açıkça daha uygun/elverişli bir başka mahkemenin bulunmakta olduğu davalı tarafından ortaya konmuştur. Ancak bu kez davacı yargılamanın bekletilmesinin (*stay of proceedings*) adil olmayacağını ispat ederek İngiliz mahkemesinin yargılamaya devam etmesini sağlayabilir.⁹⁴ Bunun için davacının adaletin gereklerinin davanın İngiliz mahkemelerinde görülmesini gerekli kıldığını ispatlaması gerekir.⁹⁵ Bu kapsamda, İngiliz mahkemelerince dikkate alınan durumlardan bazıları şöyledir: davacının yabancı mahkemede adil yargılanma hakkından yoksun olacak olması⁹⁶, davacının yabancı mahkemede adli yardım imkânından yoksun olacak olması ve bu bakımdan yabancı mahkemede dava açamayacakken İngiltere’de adli yardım imkânından yararlanabilecek olması⁹⁷ veya İngiliz mahkemelerinde topluluk davası olarak görülebilecek bir davanın yabancı mahkemede bu yönde bir usuli düzenleme olmadığı için topluluk davası şeklinde görülemeyecek olması⁹⁸. Öte yandan, davacının İngiliz mahkemelerinde iddialarını savunmakta maddi hukuk bakımından daha avantajlı konumda olacak olmasının, bu anlamda İngiliz mahkemeleri önünde davayı kazanma ihtimalinin daha yüksek olmasının adaletin gereğinin sağlanması bakımından İngiliz mahkemelerinin yargılamaya devam etmesi kararı vermesinde dikkate alınmaması gerekir.⁹⁹ Ayrıca, davacının İngiliz mahkemelerinde uygulanacak hukuk sebebiyle yabancı mahkemeye kıyasla daha yüksek bir tazminat alabilecek olması da ikinci aşamada *forum non conveniens* doktrinin uygulanmasını engellemek için kural olarak yeterli sebebi oluşturmamalıdır.¹⁰⁰

Forum non conveniens doktrininin uygulaması bakımından önemle belirtmek gerekir ki *Owusu*¹⁰¹ kararı ile ortaya konduğu üzere idare merkezi AB üyesi bir devlette bulunan ve bu bakımdan Brüksel I Bis Tüzüğü m.4 uyarınca üye devletin yetkisinin doğduğu uyuşmazlıklarda *forum non conveniens* doktrini dikkate alınmamaktadır.¹⁰² Dolayısıyla, 30 Aralık 2020 tarihine dek açılmış olan davalar bakımından¹⁰³ davalı şirketin idare merkezinin AB sınırları içinde olup olmadığı ayrımı üzerinden “*forum*

94 Briggs (n 59) 413.

95 ibid.

96 ibid 421.

97 *Connellyv RTZ Corp plc* [1998] AC 845, 29; *Lubbev Cape plc* [2000] 1 WLR 1545, 18.

98 *Lubbe* (n 124) 30.

99 Briggs (n 59) 420.

100 Briggs (n 59) 418.

101 *Owusu v Jackson* [2005] ECR I-1383.

102 Briggs (n 59) 352; Gilles Cuniberti, ‘Forum Non Conveniens and the Brussels Convention’ (2005) 54(4) The International and Comparative Law Quarterly, 973, 973; Jonathan Harris, ‘Stays of Proceedings and the Brussels Convention’ (2005) 54(4) The International and Comparative Law Quarterly 933, 933.

103 Birleşik Krallık’ın AB’ye tam üyelikten çıkması ve buna bağlı olarak İngiliz mahkemelerinin milletlerarası yetkisine ilişkin açıklamalar için bkz. yukarıda dipnot (n 55).

non conveniens” doktrinin uygulama alanı farklılık göstermektedir. Eklemek gerekir ki, *Owusu* kararı öncesinde de bu konuya ilişkin olarak 1992 tarihinde İngiliz Temyiz Mahkemesince verilen *Re Harrods (Buenos Aires) Ltd.*¹⁰⁴ kararında, *forum non conveniens* doktrinin uygulanması ile -o dönemde uygulanmakta olan- Brüksel Konvansiyonu’na taraf olmayan üçüncü bir devlet mahkemesi lehine yetkisizlik kararı verilmesi, Brüksel rejimine aykırı bulunmamıştır.¹⁰⁵ Ancak önemle eklemek gerekir ki, Birleşik Krallık’ın AB tam üyeliğinden ayrılmasının ve geçiş döneminin 30 Aralık 2020’de sona ermesinin ardından¹⁰⁶ İngiltere’de bulunan hâkim şirket de *forum non conveniens* itirazında bulunabilmesi ihtimali gündeme gelecektir.

Sonuç olarak, Medeni Usul Kuralları m.6.37 uyarınca, İngiliz mahkemelerinin yargı çevresi dışındaki kişiye dava evrakının tebliğ edilebilmesi için aranan şartlardan sonuncusu olan İngiliz mahkemelerinin davanın görülmesi için uygun mahkeme olup olmadığı yukarıda anılan unsurlar kapsamında yapılacak inceleme sonucu belirlenecektir.

IV. Medeni Usul Kuralları Çerçevesinde İngiliz Mahkeme Kararları

Merkezi İngiltere’de bulunan hâkim şirket ile onun AB üyesi olmayan üçüncü bir ülkede tescil edilmiş bağlı şirket(ler)ine karşı, bağlı şirketin faaliyetlerinden zarar görenlerin açacağı haksız fiile dayalı davalarda İngiliz mahkemelerinin milletlerarası yetkisine ilişkin kurallara yukarıda yer verilmiştir. Çalışmanın bu bölümünde bu kuralların uygulandığı oldukça güncel olan ve çok uluslu şirketlerin haksız fiil sorumluluğu kapsamında da önem arz eden *Vedanta v Lungowe* ve *Okapi v Shell* kararları incelenecektir.

1. *Vedanta v Lungowe* Kararı

*Vedanta v Lungowe*¹⁰⁷ kararı çok uluslu şirketlerin çevrenin kirlenmesinden doğan zararlardan haksız fiile dayalı olarak sorumlu tutulduğu ve yukarıda açıklanan İngiliz milletlerarası usul hukuku kurallarının uygulandığı davalara örnek teşkil etmesi bakımından önem arz etmektedir. Karara konu olayda, Zambiya’nın Chingola bölgesinde bulunan Nchanga bakır madeninin yaymakta olduğu zararlı atıklar özellikle bölgede yaşayan yoksul halkın sulama, içme suyu temini gibi temel ihtiyaçları için kullandığı su kaynaklarını kirletmektedir.¹⁰⁸ Nchanga bakır madeninin sahibi Zambiya’da tescil edilmiş *Konkola Copper Mines Plc (KCM)* isimli şirket olup bu şirket *Vedanta Resources Plc (Vedanta)* isimli İngiltere merkezli şirketin bağlı şirketi

104 *Re Harrods (Buenos Aires) Ltd* [1992] Ch 72.

105 Briggs (n 59) 55-56; Aristova (n 10) 11.

106 Birleşik Krallık’ın AB’ye tam üyelikten çıkması ve buna bağlı olarak İngiliz mahkemelerinin milletlerarası yetkisine ilişkin açıklamalar için bkz. yukarıda dipnot (n 55).

107 *Vedanta* (n 12).

108 *Vedanta* (n 12) 1.

konumundadır.¹⁰⁹ *Vedanta*, *KCM*'nin hisselerinin % 80'ine sahip olup, *KCM*'nin hisselerinin geri kalan % 20'sinin çoğunun sahibi Zambiya hükümetine ait bir başka şirkettir.¹¹⁰

2015 yılında 1826 kişiden oluşan bir grup Zambiya vatandaşı, söz konusu bakır madenin sebep olduğunu iddia ettikleri çevre zararına bağlı olarak hem madeni işleten Zambiya merkezli bağlı şirket *KCM* hem de *KCM*'nin madencilik faaliyetleri üzerindeki kontrolü sebebiyle hâkim şirket *Vedanta*'ya karşı haksız fiile dayalı tazminat talebiyle dava açmıştır.¹¹¹ Davayı gören ilk derece mahkemesi (*High Court*), İngiliz mahkemelerinin hem *KCM*'ye hem de *Vedanta*'ya karşı açılan dava bakımından yetkili bulunduğu karar vermiştir. Ancak, kararın temyizi üzerine uyuşmazlık Temyiz Mahkemesi'nin önüne taşınmıştır. Temyiz Mahkemesi (*Court of Appeal*)¹¹² ve ardından Yüksek Mahkeme (*Supreme Court*)¹¹³ ilk derece mahkemesinin (*High Court*) vardığı sonuç ile aynı yönde olmak üzere, ancak daha başka gerekçelerle İngiliz mahkemelerinin söz konusu ihtilaf bakımından yetkili olduğuna hükmetmiştir.

Yüksek Mahkeme kararında, merkezi İngiltere'de bulunan *Vedanta* üzerinde Brüksel Tüzüğü m.4'de dayanarak yetkisinin bulunduğunu tespit etmiş¹¹⁴; ardından yukarıda da açıklandığı gibi Uygulama Talimatı 6B m.3.1 kapsamında¹¹⁵ Zambiya merkezli *KCM* ve *Vedanta* arasında gerçek bir uyuşmazlık bulunup bulunmadığını tespit edebilmek için *Vedanta*'nın bağlı şirketinin faaliyetleri üzerinde bir özen yükümlülüğünün ihlalinin söz konusu olup olmadığı incelenmiştir. Bu kapsamda Yüksek Mahkeme, *duty of care* doktrini çerçevesinde¹¹⁶ bir incelemede bulunmuştur. Yüksek Mahkeme kararında hâkim şirket *Vedanta*'nın grup şirketlerini kapsayacak şekilde kabul ettiği çevrenin korunması ve sürdürülebilirliğe ilişkin standartlardan hareketle *KCM*'nin faaliyetleri üzerinde özen yükümlülüğünün doğmuş olduğuna; dolayısıyla bağlı şirketin faaliyetlerinden zarar gören davacılar ile *Vedanta* arasında yargılanması

109 *Vedanta* (n 12) 1-2.

110 *Vedanta* (n 12) 2.

111 *Dominic Liswaniso Lungowe & Others v Vedanta Resources Plc & Konkola Copper Mines Plc* [2016] High Court of England and Wales 975 (Technology and Construction Court). İlk derece mahkemesinin kararı için bkz. <<https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/TCC/2016/975.html>> Erişim Tarihi 30 January 2021.

112 *Lungowe and Others v Vedanta Resources Plc and Another* [2017] EWCA Civ 1528. Temyiz mahkemesinin kararı için bkz. <<https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2017/1528.html>> Erişim Tarihi 30 January 2021.

113 *Vedanta* (n 12).

114 *Vedanta* Brüksel I Bis Tüzüğü m.4 ile yetki tesis edilmesine Tüzük kurallarının suiistimal edildiği iddiası ile karşı çıkmış ve *forum non conveniens* iddiasında bulunmuşsa da Yüksek Mahkeme bu iddiaları haklı görmemiş; *Owusu* (n 101) kararına atf yaparak Brüksel I bis Tüzüğü kapsamında yetki tesis eden İngiliz mahkemesinin uyuşmazlığı görmekte daha elverişli bir mahkeme bulunduğundan bahisle yargılamayı beklemeyeceğine hükmetmiştir; bkz. *Vedanta* (n 12) 88.

115 *Vedanta* (n 12) 20.

116 Yüksek mahkemenin bu noktada İngiliz *duty of care* doktrinin uygulanmasının sebebi bir müşterek hukuk (*common law*) doktrini olan *duty of care* doktrininin uyuşmazlığa uygulanacak hukuk olan Zambiya hukukunda İngiliz hukuku ile aynı biçimde kabul görmüş olmasıdır; bkz. *Lungowe* (n 104) 106-107.

gereken gerçek bir uyumsuzluk bulunduğu karar vermiştir.¹¹⁷ Yüksek Mahkeme, *duty of care* doktrini çerçevesinde yaptığı incelemesinde özellikle hâkim şirket *Vedanta*'nın yayımlanmış olduğu raporlara atıf yapmış¹¹⁸ (*Embedding Sustainability Report*) bu raporlar uyarınca *Vedanta*'nın yönetim kurulunun bağlı şirketlerinin özellikle suya atık boşaltmaları ve bakır madeninden doğabilecek diğer sorunları gözetmek bakımından sorumlu olmayı üstlendiğine dikkat çekmiştir.¹¹⁹

Yüksek Mahkeme yetkiye ilişkin incelemesindeki son basamakta ise İngiliz mahkemelerinin davanın görülmesi için uygun mahkeme olup olmadığı şartını incelemiştir. Esasen *forum non conveniens* doktrininin uygulanması gereken bu incelemede Yüksek Mahkeme her ne kadar İngiliz mahkemelerinin davanın görülmesi için elverişli mahkeme olmadığına, Zambiya mahkemelerinin olay ile daha sıkı ilişkili olduğuna karar vermişse de¹²⁰ davanın Zambiya'da görülmesi halinde adaletin gereğinin sağlanamayacağından hareketle İngiliz mahkemelerinin yargılamaya devam etmesinin uygun olacağı sonucuna varmıştır.¹²¹

Yüksek Mahkeme davanın Zambiya'da görülmesi halinde adaletin gereğinin sağlanamayacağı sonucuna varırken yaptığı incelemede Zambiya mahkemelerinde daha önce görülmüş, çevrenin kirletilmesine dayalı tazminat taleplerine ilişkin benzer iki davaya¹²² yer vermiştir. Geçmişteki bu davalarda, davacıların Zambiya mahkemelerinde yeterli adli yardımdan yoksun kaldıkları ve söz konusu davalarda esasa ilişkin değerlendirmeler bakımından önem arz eden teknik konularda bilirkişi raporunun elde edilmesi için gereken altyapının Zambiya'daki koşullar çerçevesinde sağlanmadığı göz önünde bulundurulmuştur.¹²³

Yüksek Mahkeme incelemesinde *Lubbe v. Cape* kararına¹²⁴ da değinmiştir.¹²⁵ *Lubbe v. Cape* kararına konu olan olayda özetle, İngiltere merkezli bir hâkim şirketin Güney Afrika'da bulunan bağlı şirketinde çalışan işçiler, bağlı şirketin bölgedeki faaliyetleri

117 *Vedanta* (n 12) 59, 65. Eklemek gerekir ki, davacılar, Vedanta'nın bağlı şirketin faaliyetlerine ilişkin özen yükümlülüğünün yanı sıra Zambiya kanunlarından doğan haksız fiil sorumluluğunun da bulunduğunu iddia etmiş; ancak Temyiz Mahkemesi özen yükümlülüğü üzerinden yaptığı incelemede Vedanta'nın özen yükümlülüğünün bulunduğu karar vermesinin ardından bu iddiayı yetkiye ilişkin bir fark yaratmayacağını gözeterek ayrıca değerlendirmemiştir; *Vedanta* (n 12) 65.

118 *Vedanta* (n 12) 58; Carrie Bradshaw, 'Corporate Liability for Toxic Torts Abroad: Vedanta v Lungowe in the Supreme Court' (2020) 32(1) *Journal of Environmental Law* 139, 143.

119 *Vedanta* (n 12) 58.

120 *Vedanta* (n 12) 87.

121 *Vedanta* (n 12) 102.

122 Yüksek Mahkeme'nin atıf yaptığı söz konusu Zambiya mahkemeleri kararları: *Nyasulu v Konkola Copper Mines plc* [2015] ZMSC 33 ve *Shamilimo v Nitrogen Chemicals of Zambia Ltd* (2007/HP/0725) kararlarıdır; bkz. *Vedanta* (n 12) 94, 100.

123 *Vedanta* (n 12) 101; Yüksek Mahkeme'nin bu karara varırken izlediği gerekçeler için bkz. *Vedanta* (n 12) 89-100. Ayrıca, önemle eklemek gerekir ki İngiliz mahkemelerinin yetkiye ilişkin bu çalışmada incelenen kararının ardından 18 Ocak 2021 tarihinde (*Vedanta Resources Limited ve Konkola Copper Mines Plc* sorumlu olduklarını kabul etmemekle beraber) taraflar sulh olmuştur; davacı vekillerinin sulhe ilişkin açıklamasına ilişkin bkz. <<https://www.leighday.co.uk/latest-updates/news/2021-news/legal-claim-by-more-than-2-500-zambian-villagers-in-a-case-against-vedanta-resources-limited/>> Erişim Tarihi 1 February 2021.

124 *Lubbe v Cape plc* [2000] 1 WLR 1545.

125 *Vedanta* (n 12) 93.

kapsamında maruz kaldıkları asbest maddesinden kaynaklanan zararı İngiltere mahkemelerinde dava açarak talep etmiştir.¹²⁶ Dava kapsamında hâkim şirkete yöneltilen talepler bakımından hâkim şirketin bağlı şirketin faaliyetleri üzerindeki özen yükümlülüğü kapsamında haksız fiil sorumluluğuna dayanılmıştır.¹²⁷ *Lubbe v. Cape* kararında Lordlar Kamarası yetkiye ilişkin incelemesinde olay ile daha sıkı ilişkili olan *forum* olarak Güney Afrika Cumhuriyeti mahkemelerini tespit etmiş ise de davacıların Güney Afrika Cumhuriyeti’nde adli yardım imkânından yoksun kalacağından bahisle¹²⁸ adalete erişimin zedelenmemesi için İngiliz mahkemelerinin yetkili olduğuna karar vermiştir.¹²⁹ Zambiya’ya kıyasla çok daha gelişmiş bir yargı teşkilatı ve daha güçlü bir ekonomisi bulunan Güney Afrika Cumhuriyeti bakımından geçmişte *Lubbe v. Cape* kararında adalete erişim açısından bu yönde bir tespit yapılmış olmasından hareketle *Vedanta v Lungowe*¹³⁰ kararında Yüksek Mahkeme, Zambiya mahkemeleri açısından da evleviyetle aynı yönde karar verilmesi gerektiği yönündeki ilk derece mahkemesinin değerlendirmesini¹³¹ uygun bulmuştur.¹³²

*Vedanta v Lungowe*¹³³ kararında Yüksek Mahkeme’nin yetkiye ilişkin olarak Temyiz Mahkemesi ve ilk derece mahkemesi ile aynı sonuca ulaşmış olması karşısında, İngiliz mahkemelerinin milletlerarası yetkisi tesis edilirken hâkim şirketin özen yükümlülüğü çerçevesinde daha geniş bir yorum yapma imkânı doğduğu söylenebilir.¹³⁴ Zira bu kararlar ile hâkim şirketin gönüllü olarak üstlendiği denetim ve gözetim taahhütlerinin, bağlı şirket üzerinde özen yükümlülüğü doğurabileceği sonucu ortaya çıkmıştır. Nitekim *Okbapi v Shell*¹³⁵ kararında da benzer iddialar kapsamında İngiliz mahkemelerinin milletlerarası yetkisi incelenmiş, bu kapsamda grup şirketlerinde hâkim şirketin özen yükümlülüğünü doğuran unsurlar tartışılmış ve *Vedanta v Lungowe*¹³⁶ kararı bu tartışmalar kapsamında önemli bir rol oynamıştır.

2. *Okbapi v Shell* kararı

*Okbapi v Shell*¹³⁷ kararına konu olan olayda, Nijerya vatandaşı olan davacılar İngiltere merkezli *Royal Dutch Shell (RDS)* şirketi ve bu şirketin Nijerya’da tescil edilmiş ve burada faaliyet gösteren bağlı şirketi *Shell Petroleum Development*

126 Karara konu olan olaya ve davacıların taleplerine ilişkin olarak bkz. *Lubbe* (n 124) 1-15.

127 *Lubbe* (n 124) 6.

128 *Lubbe* (n 124) 30.

129 *Lubbe* (n 124) 36.

130 *Vedanta* (n 12).

131 *Lungowe v Vedanta* (n 111) 175.

132 *Vedanta* (n 12) 93.

133 *Vedanta* (n 12).

134 Varvastian and Kalunga (n 2) 329.

135 *Okbapi* (n 13).

136 *Vedanta* (n 12).

137 *Okbapi* (n 13).

Company of Nigeria Ltd (SPDC) şirketine karşı İngiliz mahkemelerinde dava açmıştır.¹³⁸ Davacılar¹³⁹, *SPDC*'ye ait boru hattından sızan petrolün yarattığı ekonomik hasar ve çevre hasarından doğan zararlarının tazminini şirketlerin haksız fiil türü olan ihmale (*negligence*) dayalı olarak hem ihtiyati tedbir hem de tazminat talebinde bulunmuşlardır.¹⁴⁰ Davacılar hâkim şirket *RDS*'nin bağlı şirketi *SPDC*'nin faaliyetleri üzerindeki özen yükümlülüğüne aykırı davrandığı gerekçesi ile sorumlu olduğunu¹⁴¹; bağlı şirket *SPDC*'nin ise boru hattının yürütücüsü ve lisans hakkı sahibi olarak meydana gelen zarardan Nijerya kanunları uyarınca sorumlu olduğunu iddia etmişlerdir.¹⁴²

Davacılar, İngiliz mahkemelerinin İngiltere merkezli hâkim şirket *RDS* üzerinde Brüksel I Bis Tüzüğü m.4 dolayısı ile yetki tesis etmesi gerektiğini; Nijerya merkezli bağlı şirket *SPDC*'nin ise Uygulama Talimatı 6B m.3.1.3 uyarınca “gerekli ve uygun taraf” olarak davaya davalı olarak katılması gerektiğini, dolayısıyla *SPDC*'ye yönelik talepler bakımından da İngiliz mahkemelerinin yetkili olduğunu iddia etmişlerdir.¹⁴³ Ancak, davayı ilk derece mahkemesi¹⁴⁴ ve daha sonra Temyiz Mahkemesi¹⁴⁵ davacılar ile İngiltere merkezli *RDS* arasında uyuşmazlığa sebep olacak gerçek bir hukuki mesele bulunmadığına; bu bakımından Uygulama Talimatı 6B'de aranan şartların olayda gerçekleşmediğine hükmederek yetkisizlik kararı vermiştir. Ancak Temyiz Mahkemesinin bu kararı, 23 Haziran 2020 tarihinde Yüksek Mahkeme'ye taşınmıştır.¹⁴⁶ Yüksek Mahkeme ise 12 Şubat 2021 tarihinde verdiği kararında¹⁴⁷ Temyiz Mahkemesi kararını hatalı bularak davacılar ve hâkim şirket arasında gerçek bir uyuşmazlık bulunduğu hükmetmiştir.¹⁴⁸

İngiliz Temyiz Mahkemesi, Nijerya vatandaşı davacılar ve İngiltere merkezli hâkim şirket *RDS* arasında gerçek bir hukuki mesele bulunmadığı yönünde hüküm kurarken, *RDS*'nin Nijerya'daki bağlı şirketinin faaliyetleri dolayısıyla oluşan zarardan sorumlu

138 *Okpabi and others v Royal Dutch Shell Plc and another* [2017] EWHC 89 (TCC). İlk derece mahkemesinin (*High Court*) kararı için bkz. <<https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/TCC/2017/89.html>> Erişim Tarihi 30 January 2021.

139 Ekleme gerekir ki, *RDS* ve *SPDC*'ye açılmış iki ayrı dava söz konusudur; bunlardan biri Ogale bölgesinde yaşayan Nijerya vatandaşları tarafından hem *RDS* hem de *SPDC*'ye açılmış olan dava; diğeri ise Nijerya'daki “*Bille Kingdom*” bölgesinde yaşayan Nijerya vatandaşları tarafından hem *RDS* hem de *SPDC*'ye açılmış davadır; *Okbapi* (n 138) 2-4. Ancak davalara konu olan uyuşmazlıkların ve taleplerin benzerliği karşısında ilk derece mahkemesi her iki davayı da söz konusu karar altında değerlendirmiştir; bkz. *Okbapi* (n 138) 8.

140 Ogale bölgesinde yaşayan vatandaşların ayrıca ihtiyati tedbir talepleri de bulunmaktadır; *Okbapi* (n 138) 2.

141 *Okbapi* (n 138) 12.

142 *Okbapi* (n 138) 3.

143 *Okbapi* (n 138) 16-17-18.

144 *Okbapi* (n 138) 118-119.

145 *Okpabi v Royal Dutch Shell plc* [2018] EWCA Civ 191. Temyiz Mahkemesi kararı için bkz. <<https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2018/191.html>> Erişim Tarihi 30 January 2021.

146 Temyiz süreci hakkında bkz. <<https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2018-0068.html>> Erişim Tarihi 6 March 2021.

147 *Okpabi* (n 13).

148 *Okpabi* (n 13) 159.

tutulabilmesi bakımından özen yükümlülüğünü incelemiştir¹⁴⁹ ve bu kapsamda *Vedanta v. Lungowe* kararına¹⁵⁰ kıyasla oldukça dar ve sınırlayıcı bir yorum yapmıştır¹⁵¹. Kararda, Temyiz mahkemesi *RDS*'nin zorunlu sağlık ve iş güvenliği konusundaki şirket politikaları; *RDS*'nin bu politikalarda öngörülen standartların uygulamaya konmasındaki gözetim ve denetimi, mühendislik işlemlerine ilişkin öngördüğü sistem; *RDS*'nin *SPDC*'nin faaliyetleri üzerindeki finansal kontrolü ve güvenliğe ilişkin hususların merkezi olarak yürütülmesi unsurlarını göz önünde bulundurmakla beraber¹⁵² bu unsurların *RDS*'nin özen yükümlülüğünü doğurmayacağına karar vermiştir.¹⁵³ Zira söz konusu unsurlar *Shell* şirketler grubundaki bağlı şirketlerin geneline yönelik oluşturulmuş standart politikalar olarak yorumlanmış¹⁵⁴; davacıların *RDS*'nin sorumluluğuna ilişkin atf yaptığı belgelerin *Shell* grup şirketinin merkezi politikalarını içeren dokümanlardan alıntılanan kısa açıklamalar olduğu belirtilmiştir¹⁵⁵ ve bu bakımdan hâkim şirketin özen yükümlülüğüne ilişkin yeterli delilin ortaya konulmadığı sonucuna varılmıştır.¹⁵⁶ Yüksek Mahkeme ayrıca, *RDS*'nin *SPDC* şirketinde doğrudan pay sahibi olmadığını, Nijerya'da bir işlem veya faaliyetinin bulunmadığı gibi Nijerya'da bir ortak girişim anlaşmasına taraf olmak suretiyle de faaliyette bulunmadığını göz önünde bulundurmıştır.¹⁵⁷

Sonuç olarak Temyiz Mahkemesi kararı incelendiğinde hâkim şirketin bağlı şirketin faaliyetleri üzerinde özen yükümlülüğünün doğabilmesi için hâkim şirketin bağlı şirketin faaliyetleri ve kararları üzerinde aktif ve etkin kontrolünün (*material control*)¹⁵⁸ bulunmasını gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır.¹⁵⁹ Temyiz Mahkemesi'nin, davacılar ve hâkim şirket arasında gerçek bir uyumsuzluk bulunmadığına karar vermesi¹⁶⁰ nedeniyle Uygulama Direktifi 6B kapsamındaki diğer incelemelerin yapılmasına yer olmamıştır. Temyiz mahkemesinin bu kararı doktrinde eleştirilmiş¹⁶¹; henüz yetki tesis edilmesi aşamasındayken hâkim şirketin bağlı şirkete yönelik özen yükümlülüğünün bu denli sınırlayıcı bir yorum getirilerek davacının hâkim şirketin aktif kontrolünün ispatlama yükü altında bırakılmasının esasa ilişkin inceleme ve usule ilişkin kuralların arasındaki

149 Kararda, davacılar ile *RDS* arasında karşı gerçek bir uyumsuzluk olup olmadığına ilişkin incelemede, olmadığı *duty of care* doktrininin ele alınmasının sebebi uygulanacak hukuk olarak Roma II Tüzüğü m.7'den hareketle İngiliz hukukunun dikkate alınmış olmasıdır; bkz. *Okpabi v Shell* (n 111) para. 50.

150 *Vedanta* (n 12).

151 *Aristova* (n 10) 16.

152 *Okpabi* (n 145) 90-117.

153 *Okpabi* (n 145) 127, 132.

154 *Okpabi* (n 145) 129.

155 *Okpabi* (n 145) 120.

156 *Okpabi* (n 145) 122, 127, 129.

157 *Okpabi* (n 145) 128.

158 *Okpabi* (n 145) 122.

159 *ibid*; *Rooney* (n 8) 158.

160 *Okpabi* (n 145) 207-209.

161 *Aristova* (n 10) 17; *Palombo, Duty of Care* (n 63) 286.

farkı bulandırdığı ifade edilmiştir¹⁶². Zira bu aşamada davacıların hâkim şirketin bağlı şirket üzerindeki etkin kontrolünü kanıtlayabilmek için başvurabileceği ispat vasıtaları çok daha sınırlıdır.¹⁶³ Nitekim doktrindeki söz konusu eleştiriler ile paralel olarak, Temyiz Mahkemesi kararının ardından yaklaşık üç yıl sonra 12 Şubat 2021 tarihinde Yüksek Mahkeme, Temyiz Mahkemesi'nin davacılar ve hâkim şirket arasında gerçek bir uyuşmazlık bulunmadığı yönündeki kararını hatalı bulmuştur.¹⁶⁴

Yüksek Mahkeme, henüz esasa ilişkin bir değerlendirmenin yapılmadığı, yetkiye ilişkin bir incelemenin yapıldığı bu aşamada Temyiz Mahkemesi'nin davacılar ve hâkim şirket arasında gerçek bir uyuşmazlık bulunduğunun gösterilmesi bakımından davacı üzerindeki ispat yüküne ilişkin yaptığı değerlendirmeyi gözeterek Temyiz Mahkemesi'nin adeta esasa ilişkin bir “mini-yargılama” (*mini trial*) yaptığına işaret etmiştir.¹⁶⁵ Bu kapsamda, Yüksek Mahkeme, yargılamada henüz *disclosure*¹⁶⁶ aşamasına geçilmemiş olduğuna dikkat çekerek¹⁶⁷ hâkim şirketin özen yükümlülüğüne ilişkin olarak önem arz eden *Shell* grup şirketlerinin faaliyet ve yönetimine ilişkin belgelere davacının *disclosure* aşaması öncesinde erişiminin bulunmadığını vurgulamıştır.¹⁶⁸ Öte yandan, Yüksek Mahkeme, Temyiz Mahkemesi'nin hâkim şirketin özen yükümlülüğünün doğması bakımından aradığı kriterleri de hatalı bulmuştur.¹⁶⁹ Bu kapsamda, Temyiz Mahkemesi'nin grup şirketleri politikalarının tek başına özen yükümlülüğü doğurmayacağı¹⁷⁰; hâkim şirketin bağlı şirketin faaliyetleri ve kararları üzerinde aktif ve etkin kontrolünün bulunmasını gerektiği¹⁷¹ yönündeki yorumunun *Vedanta v Lungowe*¹⁷² kararında izlenen gerekçeler ile çeliştiği sonucuna varmıştır.¹⁷³ Yüksek Mahkeme, hâkim şirketin özen yükümlülüğü hakkında her bir dava özelinde ayrı yorum yapılması gerektiğini; bu bakımından Temyiz Mahkemesi'nin aksine hâkim şirketin özen yükümlülüğünü doğuran sebepler belirlenirken kategorik bir yaklaşımda bulunulmaması gerektiğini ifade etmiştir.¹⁷⁴ Bu kapsamda, Yüksek Mahkeme hâkim şirket *RDS*'nin, bağlı şirket *SPDC* üzerindeki özen yükümlülüğünü değerlendirirken

162 Aristova (n 10) 17.

163 ibid.

164 *Okpabi* (n 13) 154, 159.

165 *Okpabi* (n 13) 111-120.

166 “*Disclosure*” bir müşterek hukuk müessesesidir. Buna göre, kanun ya da mahkeme emri gereği tarafların kural olarak dava ile ilgili elindeki bütün bilgileri -kendi aleyhine olabilecek olsa dahi- birbirlerine sunmaları gerekir; Cengiz Topel Çelikoğlu, ‘Medeni Usul Hukuku Açısından Türk Hukukunda Avukatın Bilgi ve Delil Toplama Yetkisi’ (2012) 100 Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 282, 292. İngiliz hukukunda *disclosure* müessesesine ilişkin ilgili hükümler CPR'nin 31. bölümünde yer almaktadır. İngiliz medeni usul hukukunda *disclosure* müessesesi hakkında ayrıca bkz. Adrian Zuckerman, *Zuckerman on Civil Procedure: Principles of Practice*, (3rd edn, Sweet&Maxwell 2013) 718-809.

167 *Okpabi* (n 13) 126-130.

168 *Okpabi* (n 13) 136.

169 *Okpabi* (n 13) 24-25.

170 *Okpabi* (n 145) 127, 132.

171 *Okpabi* (n 145) 122.

172 *Vedanta* (n 12).

173 *Okpabi* (n 13) 143, 146-148

174 *Okpabi* (n 13) 27.

SPDC'nin iddialara konu faaliyetlerini yönetmede *RDS*'nin bir etkisinin bulunup bulunmadığı, *RDS*'nin iş güvenliği ve çevrenin korunması hakkında yayınladığı şirket politikaları ve bu politikalar kapsamında *SPDC*'nin faaliyetlerini denetlemedeki rolü, *RDS*'nin *SPDC* üzerindeki kontrolü ve denetimi gibi unsurları¹⁷⁵ göz önünde bulundurmıştır. Sonuç olarak Yüksek Mahkeme, davacılar ve hâkim şirket *RDS* arasında gerçek bir uyuşmazlık bulunduğuna hükmetmiştir.¹⁷⁶

Yüksek Mahkeme'nin bu yaklaşımı *Vedanta v Lungowe*¹⁷⁷ kararı ile beraber düşünüldüğünde İngiliz hukukunda grup şirketleri politikalarının hâkim şirketin bağlı şirket faaliyetleri üzerindeki özen yükümlülüğünün doğması bakımından dikkate alınabileceği şeklinde anlaşılmaktadır. Son olarak eklemek gerekir ki, Yüksek Mahkeme'nin kararı *RDS* ve *SPDC* üzerinde İngiliz mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin bulunduğu anlamına gelmemektedir; bu yetkinin doğabilmesi için ilk derece mahkemesinin yetkiye ilişkin Uygulama Direktifi 6B kapsamındaki diğer hususları da incelemesi ve bu yönde karar vermesi gerekecektir.

V. Değerlendirme ve Sonuç

Yukarıda detaylıca ele alındığı üzere, İngiliz Medeni Usul Kuralları, bağlı şirketin faaliyetlerinden ötürü zarar görenlere (örneğin, bağlı şirkette çalışan işçiler veya bağlı şirketin faaliyetlerinden zarar gören yerel halkın) haksız fiil sorumluluğuna dayanarak merkezi İngiltere'de bulunan hâkim şirkete ve bağlı şirkete İngiliz mahkemelerinde dava açma imkânı yaratabilmektedir. Ancak, Medeni Usul Kuralları çerçevesinde İngiliz mahkemelerince yapılacak incelemeler ve hukuki değerlendirmeler kapsamında özellikle hâkim şirket ve davacılar arasında gerçek bir hukuki uyuşmazlığın bulunduğu tespit ve *forum non conveniens* itirazı kapsamında davacıların kimi güçlüklerle karşılaşabilmesi olasıdır. Örneğin, hâkim şirketin bağlı şirketin faaliyetleri üzerindeki özen yükümlülüğüne ilişkin yapılan incelemelerin her bir olayın şartları bakımından özel olarak ele alınmasının, İngiltere'de hâkim şirkete ve bağlı şirkete açılan haksız fiile dayalı davaya bakmakta yetkili bir mahkeme bulunup bulunmadığı konusunda öngörülebilirliği zedelediği söylenebilir. Diğer yandan, Birleşik Krallık'ın AB tam üyeliğinden ayrılmasının ardından İngiltere'de bulunan hâkim şirketlerin de İngiliz mahkemeleri nezdinde *forum non conveniens* itirazını ileri sürme ihtimalinin doğması yetki tesisine ilişkin süreci daha karmaşık bir hale getirebilecektir.

Öte yandan, *Vedanta v Lungowe*¹⁷⁸ kararında hâkim şirketin özen yükümlülüğü kapsamında yapılan incelemenin ve İngiltere mahkemelerinin davanın görülmesinde uygun mahkeme olup olmadığına ilişkin yapılan değerlendirmenin çok uluslu şirketlerin

¹⁷⁵ *Okpabi* (n 13) 26.

¹⁷⁶ *Okpabi* (n 13) 154-159.

¹⁷⁷ *Vedanta* (n 12).

¹⁷⁸ *Vedanta* (n 12).

sınır ötesi faaliyetlerinden zarar gören kişiler bakımından umut verici olduğu söylenebilir. Zira Yüksek Mahkeme bu kararında hâkim şirketin özen yükümlülüğünü değerlendirirken bağlı şirkete yönelik olarak ortaya konmuş olan iş sağlığı ve güvenliği ile sürdürülebilirlik politikalarını dikkate alınmıştır. Yine bu kararda, Yüksek Mahkeme'nin, maddi olayın Zambiya ile daha sıkı ilişkili olduğunu tespit etmiş olmasına rağmen davacıların Zambiya mahkemeleri önünde karşılaşacağı güçlükleri göz önünde bulundurarak adaletin gereğinin sağlanması kapsamında yargılamayı bekletememe yönündeki kararı da önem arz etmektedir. Yüksek Mahkeme'nin İngiliz mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin bulunduğu yönündeki *Vedanta v Lungowe*¹⁷⁹ kararı sonrası uyuşmazlığa ilişkin esastan inceleme henüz tamamlanmamışken tarafların sulh olduğu¹⁸⁰ da gözetildiğinde, haksız fiile dayalı bu davaların ve İngiliz mahkemelerinin milletlerarası yetki tesisinin ne denli etkili olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. Öte yandan, *Okbapi v Shell* kararında Temyiz Mahkemesi'nin¹⁸¹ hâkim şirketin özen yükümlülüğünü incelerken hâkim şirket ve bağlı şirket arasındaki yakınlık ve ilişkiler ağına ilişkin davacıların ortaya koymasını beklediği delillerin, henüz yargılamanın başında davacıları ağır bir ispat yükü altında bıraktığının Yüksek Mahkeme kararında *Vedanta v Lungowe*¹⁸² kararına atıf yapılarak hatalı bulunmuş olması¹⁸³ önemli ve güncel bir gelişmedir.

Devlet merkezli geleneksel uluslararası hukuk yaklaşımı ve devletlerin pozitif yükümlülükleri kapsamında temel hakların yatay etkisinin sınırları karşısında, pek çok hâkim şirketin tescil edilmiş olduğu İngiltere'de mahkemelerin İngiliz yargı çevresi dışındaki davalı üzerinde yetki tesis edebilmesi ve *duty of care* doktrini çerçevesinde hâkim şirketin özen yükümlülüğüne başvurulabilmesi çok uluslu şirketlerin faaliyetlerinden zarar görenlere İngiliz haksız fiil hukuku çerçevesinde alternatif bir çözüm yolu sunmaktadır. Sonuç olarak, çok uluslu şirketlerin uluslararası hukuk kişiliği ve uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerine ilişkin bağlayıcı uluslararası normlar kabul edilene dek çok uluslu şirketlerin sınır ötesi insan hakları ihlalleri teşkil eden faaliyetlerinden dolayı haksız fiil sorumluluğuna dayanılabilmesi, şirketlerin sınır ötesi faaliyetlerinin denetlenebilmesi kapsamında önemli bir araç teşkil 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.

¹⁷⁹ *Vedanta* (n 12).

¹⁸⁰ Tarafların sulh olduğu hakkında bkz. yukarıda dipnot (n 123).

¹⁸¹ *Okbapi* (n 145).

¹⁸² *Vedanta* (n 12).

¹⁸³ *Okbapi* (n 13) 19, 26, 27, 28, 36, 133, 142, 143, 145, 149, 151, 153.

Bibliyografya/Bibliography

- Akgün Tekgün C, 'Brüksel 1 bis Tüzüğü ile Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü Çerçevesinde Kişisel Verilerin İhlaline İlişkin Özel Hukuk Uyuşmazlıklarında Milletlerarası Yetki Kuralları' (2019) 9(1) Hacettepe HFD 232, 242
- Alvarez J E, 'Are Corporations "Subjects" of International Law?' (2011) 9 Santa Clara Journal of International Law, 1
- Aristova E, 'Tort Litigation against Transnational Corporations in the English Courts: The Challenge of Jurisdiction' (2018) 14(2) Utrecht Law Review (Special Issue: Accountability of Multinational Corporations for Human Rights Abuses) 6
- Arslan İ, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Milletlerarası Hukuka Etkisi* (Adalet Yayınevi 2019)
- Arzandeh A, *Forum (Non) Conveniens in England: Past, Present, and Future* (Bloomsbury Publishing 2018)
- Augenstein D and Dziedzic L, 'State Obligations to Regulate and Adjudicate Corporate Activities under the European Convention on Human Rights' (European University Institute Working Paper, 2017/15) <<https://cadmus.eui.eu/handle/1814/48326>> Erişim Tarihi 30 January 2021
- Ayata Z, 'Birleşik Krallık'ın Avrupa Birliği Üyeliğinden Çıkmasının Rekabet Hukuku ve Uygulaması Bakımından Sonuçları ve Açmazları' (2019) 77 (2) İstanbul Hukuk Mecmuası 925
- Baran D, *Çok Uluslu Şirketlerin Uluslararası Hukuk Kişiliği* (On İki Levha Yayıncılık 2020)
- Başaran Z, 'Değişen/Dönüşen Uluslararası Hukuk' (2019) 50 The Turkish Yearbook of International Relations 19
- Bayraktaroğlu Özçelik G, *Milletlerarası Usul Hukukunda Paralel Davalar* (Yetkin Yayınları 2016)
- Bradshaw C, 'Corporate Liability for Toxic Torts Abroad: *Vedanta v Lungowe* in the Supreme Court' (2020) 32(1) Journal of Environmental Law 139
- Briggs A, *Civil Jurisdiction and Judgments* (6th edn, Informa Law from Routledge 2015)
- Bright C, Marx A, Pineau N and Wouters J, 'Toward a Corporate Duty for Lead Companies to Respect Human Rights in Their Global Value Chains?' (2020) 22(4) Business and Politics 667
- Brownlie I, *Principles of Public International Law* (4th edn, Oxford University Press 1995)
- Charney J I, 'Transnational Corporations and Developing Public International Law' (1983) 32(4) Duke Law Journal 748
- Choudhury B and Petrin M, *Corporate Duties to the Public* (Cambridge University Press 2019)
- Clapham A, *Human Rights Obligations of Non-State Actors* (Oxford University Press 2006)
- Colangelo A, 'The Alien Tort Statute And The Law of Nations In *Kiobel* and Beyond' (2013) 44 Georgetown Journal of International Law, 1329
- Crawford J, *Brownlie's Principles of Public International Law* (Oxford University Press, 2015)
- Cuniberti G, 'Forum Non Conveniens and the Brussels Convention' (2005) 54(4) The International and Comparative Law Quarterly, 973
- Çelikoğlu C T, 'Medeni Usul Hukuku Açısından Türk Hukukunda Avukatın Bilgi ve Delil Toplama Yetkisi' (2012) 100 Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 282
- de Schutter O, 'The Accountability of Multinationals for Human Rights Violations in European Law' in Philip Alston (ed) *Non-State Actors and Human Rights* (Oxford University Press 2005)

- Dickinson A, 'Walking Solo – A New Path for Conflict of Laws in England' (Oxford Business Law Blog, 19 Jan 2021) <<https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2021/01/walking-solo-new-path-conflict-laws-england>> Erişim Tarihi 30 January 2021.
- Dunoff J L, Steven R. Ratner and David Wippman, *International Law Norms, Actors, Process: A Problem Oriented Approach* (2d edn, Aspen Publishers 2006)
- Duruigbo E, 'Corporate Accountability and Liability for International Human Rights Abuses: Recent Changes and Recurring Challenges' (2008) 6(2) *Northwestern Journal of International Human Rights* 222
- Folkard J, 'Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments After Brexit' (4 New Square, 27 Jan 2020) < <https://www.4newsquare.com/publications/jurisdiction-and-the-recognition-and-enforcement-of-judgments-after-brexit/> > Erişim Tarihi 1 September 2020)
- Harris J, 'Stays of Proceedings and the Brussels Convention' (2005) 54(4) *The International and Comparative Law Quarterly* 933
- Harrison J, 'Significant International Environmental Law Cases 2017-18' (2018) 30(3) *Journal of Environmental Law* 527
- Higgins R, *Problems and Process: International Law and How We Use It* (Clarendon Press 1994)
- İspirli Armağan M, 'Uluslararası Hukukta Çok Uluslu Şirketler ve İnsan Hakları Yükümlülükleri' (LLM Thesis, İstanbul University Institute of Social Sciences 2019)
- Joseph S, *Corporations and Transnational Human Rights Litigation* (Hart Publishing 2004)
- Khoury S, 'Transnational Corporations and the European Court of Human Rights: Reflections on the Indirect and Direct Approaches to Accountability' (2010) 4(1) *Oñati Journal of Emergent Socio-legal Studies* 68
- Koebele M, *Corporate Responsibility under the Alien Tort Statute: Enforcement of International Law through US Torts Law*, (Martinus Nijhoff Publishers 2009)
- Koh H H, 'Transnational Public Law Litigation' (1991)100 *Yale Law Journal* 2347
- Koh H H, 'Trasnational Legal Process' (1996) 75(1) *Nebraska Law Review* 181
- Leader S, 'Parent Company Liability and Social Accountability: Innovation from the United Kingdom' in Amine Ghenim, Charley Hannoun, Patrick Henriot, Elsa Peskine, Fiodor Rilov and Stephane Vernac (ed), *Groupes des Societe et Droit du Travail* (Daloz, 2019)
- Leczykiewicz D, 'Horizontal Application of the Charter of Fundamental Rights' (2013) 4 *European Law Review* 479
- Malanczuk P, *Akehurst's Modern Introduction to International Law* (8th edn, Routledge 2007)
- Miller N J, 'Human Rights Abuses as Tort Harms: Losses in Translation' (2016) 46(361) *Seton Hall Law Review* 506
- Nygh P, 'The Liability of Multi-national Corporations for the Torts of their Subsidiaries' (2002) 3(1) *European Business Organization Law Review* 55
- Oppenheim L, *International Law: A Treatise* (H. Lauterpacht ed., 8th edn, Longmans, Green & Co. 1955)
- Oral E, 'Legal Grounds For Holding Transnational Corporations Directly Responsible For Human Rights Violations Under Public International Law' (Doctorate Thesis, Galatasaray University Social Sciences Institute 2015)
- Palombo D, 'The Duty of Care of the Parent Company': A Comparison Between French Law, UK Precedents and the Swiss Proposals' (2019) 4 *Business and Human Rights Journal*, 265

- Palombo D, *Business and Human Rights: The Obligations of the European Home States* (Hart Publishing, 2020)
- Perkins J, ‘A Good Arguable Case about What?’ (1994) 53(2) *The Cambridge Law Journal* 244.
- Pradhan A, ‘Introductory Note to the European Court of Human Rights (Gc): *Al-Jedda v. United Kingdom* and *Al-Skeini & Others v. United Kingdom*’ (2011) 50(6) *International Legal Materials* 947
- Rooney J, ‘Extraterritorial Corporate Liability for Environmental Harm: *Okpabi v Royal Dutch Shell*’ (2019) 70(1), *Northern Ireland Legal Quarterly* 157
- Ruggie J G, ‘Protect, Respect and Remedy: A United Nations Policy Framework For Business and Human Rights’ (2009) 103 *Proceedings of the American Society of International Law (ASIL) Annual Meeting* 282, 282
- Shaw M N, *International Law* (5th edn, Cambridge University Press 2003)
- Sirmen S, ‘Uluslararası Havacılık Davalarında Forum Non Conveniens Doktrininin Uygulanmasında Emsal Karar: *Piper Aircraft Co. v. Reyno* Davası’ (2014) 63(1) *AÜHFĐ* 199
- Spiro E, ‘Forum non conveniens’ (1980) 13(3) *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa* 333
- van Dam C, ‘Tort Law and Human Rights: Brothers in Arms on the Role of Tort Law in the Area of Business and Human Rights’ (2011) 3 *JETL* 221
- Varvastian S and Kalunga F, ‘Transnational Corporate Liability for Environmental Damage and Climate Change: Reassessing Access to Justice after *Vedanta v Lungowe*’ (2020) 9(2) *Transnational Environmental Law* 323
- Weller M and Patoy A, ‘Local parents as ‘anchor defendants’ in European courts for claims against their foreign subsidiaries in human rights and environmental damages litigation: recent case law and legislative trends’ (2018) 23 *Unif. L. Rev.* 397
- Yıldırım E, ‘Birleşmiş Milletler İş Hayatı ve İnsan Hakları Rehber İlkelerinin Eleştirel Bir Değerlendirmesi’ (2014) VI. Sosyal İnsan Hakları Ulusal Sempozyumu Kitabı, <www.sosyalhaklar.net> Erişim Tarihi 30 January 2021, 3, 21
- Zuckerman A, *Zuckerman on Civil Procedure: Principles of Practice*, (3rd edn, Sweet&Maxwell 2013)

Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses after UML on Mediation 2018 and the Singapore Convention

Arabuluculuk Hakkında Model Kanun 2018 ve Singapur Konvansiyonu'ndan Sonra Çok Aşamalı Uyuşmazlık Çözüm Sözleşmeleri

Dilek Aydemir* 

Abstract

Multi-tiered dispute resolution provides distinct stages, involving separate consecutive ADR procedures for dealing with and seeking to resolve disputes amicably first without a binding result (initial tiers), followed by a binding dispute resolution process, arbitration or litigation, as the last stage for a final and binding decision if the chosen ADR method does not work. Before complying with the ADR procedure in the dispute resolution clause of a contract, when one of the parties directly brings a claim before the arbitral tribunal, it is most likely that the other party will raise an objection regarding the effect of the non-fulfilment of ADR process. How will the tribunal decide regarding the issue? On the one side wording of such MTRD clauses is important on the other side it may be observed that mediation clauses are favourably enforced in comparison with negotiation clauses. Furthermore, the matter whether breach of the contract clause regarding initial ADR clauses is a substantive or procedural issue. Having decided these issues, a further question comes up: what would be the effect of non-fulfilment of such ADR clauses on an arbitration procedure. Of this question, there are several opinions and case reports opposing each other. With the praiseworthy effort of UNCITRAL UML on Mediation and the Singapore Convention together with the ADR rules of certain international dispute resolution institutions may encourage business people to make an effort to solve the disputes by enforcing the ADR procedures in their dispute resolution clauses.

Keywords

Arbitration, mediation, conciliation, negotiation, multi-tiered dispute resolution, condition precedent, admissibility, UNCITRAL Model Law on Mediation, Singapore Convention, stay of proceeding

Öz

Çok aşamalı uyuşmazlık çözüm metodu uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözümünde tercih edilen bir yöntemdir. Alı sözleşmenin içerisinde ya da ayrı bir sözleşme olarak tahkim ya da mahkeme yargılaması öncesinde tarafların müzakere, arabuluculuk gibi alternatif uyuşmazlık çözüm metodları ile uyuşmazlığı çözmelerini öngören, bu sayede hem zaman hem masraf bakımından usul ekonomisine uygun bir çözüm metodu sunan, aynı zamanda taraflar arasındaki ticari ilişkilerin devamına da yarar sağlayan bu yöntem uygulamada çeşitli meseleleri beraberinde getirir. Bu meselelerin başlıcaları, tahkim öncesi alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna başvurunun taraflar bakımından yerine getirilmesi zorunlu usulü bir adım teşkil edip etmemesi ve taraflardan birisinin örneğin tahkim öncesi alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna başvurmaksızın doğrudan tahkim yargılamasını başlatması halinde bu durumun tahkim yargılamasına etkisidir. Uluslararası anlamda kabul görmüş ortak bir uygulama ya da kuralın söz konusu olmadığı ve farklı yargı sistemlerinin farklı görüşler benimsediği bu meseleler değerlendirilirken, ilmi ve kazai içtihatlar dikkate alınmalıdır. Bununla birlikte modern dünyada uyuşmazlıkların daha kısa sürede ve daha dostane yollarla çözülmesi amacı doğrultusunda çok aşamalı uyuşmazlık çözüm metodlarının

* Correspondence to: Dilek Aydemir (Asst. Prof. Dr.), Medeniyyet University, Law Faculty, Private Law Department, Istanbul, Turkey.
E-mail: dilek.aydemir@medeniyyet.edu.tr ORCID: 0000-0002-8262-5316

To cite this article: Aydemir D, "Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses after UML on Mediation 2018 and the Singapore Convention" (2021) 41(1) PPIL 191. <https://doi.org/10.26650/ppil.2021.41.1.819689>

uygulanması bakımından hem uluslararası uyuşmazlık çözüm kurumlarının hem de UNCITRAL'in çabaları dikkate değerdir. Özellikle arabuluculuk bakımından 2018 yılında güncellenmiş ve revize edilmiş versiyonu yayımlanan Arabuluculuk Model Kanunu ve aynı yıl imzaya açılan Singapur Konvansiyonu değerlendirilmelidir. Çalışmada bu iki uluslararası enstrümanın çok aşamalı uyuşmazlık çözüm klozlarında öngörülen usulün uygulanmasına olan etkisi değerlendirilmektedir.

Anahtar Kelimeler

Tahkim, arabuluculuk, çok aşamalı uyuşmazlık çözümü, Singapur Konvansiyonu, Arabuluculuk Model Kanunu, kabul edilebilirlik, dava şartı, yargılamanın ertelenmesi

Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses after UML on Mediation 2018 and the Singapore Convention

I. Introduction

Multi-tiered dispute resolution (“MTDR”) provides distinct stages, involving separate consecutive ADR procedures for dealing with and seeking to resolve disputes amicably, first without a binding result (initial tiers), followed by a binding dispute resolution process, arbitration or litigation, as the last stage for a final and binding decision if the chosen ADR method does not work.¹ These clauses are also known as “multi-track”, “escalation”, “multi step”, “Water-fall” and “Wedding Cake” clauses.

In current international commercial relations, especially for complex construction contracts, joint venture agreements and other contracts where long-term relationships are created, MTDR clauses have increasingly been used for a more effective and less costly dispute resolution processes, since proper use may lead to earlier amicable settlement, thus, reduced costs, as well as maintaining commercial relationships.² By including an MTDR clause in a contract, the parties aim to make efforts that should settle a dispute prior to arbitration, and that arbitration will only be sought as a last resort.³ Additionally, the national and international legal instruments on ADR⁴ encourage business people to prefer the MTDR method.⁵ Consequently, it is seen that ADR clauses in commercial contracts have become a part of the ordinary practice of business enterprises.⁶ Presumably, as a result of these factors, the survey of corporate attitudes to international arbitration conducted by the School of International Arbitration, Queen Mary College, University of London and Pinsent Masons LLP in 2019 found that 67% of the respondents preferred to use arbitration “in combination

1 Michael Pryles, ‘Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses’ (2001) JIA 18(2), 159; Craig Tevendale and Hannah Ambrose and Vanessa Naish, ‘Multi-Tier Dispute Resolution Clauses and Arbitration’ (2015) 1 Turk Com L Rev, 31, 32.

2 Gary B Born, *International Commercial Arbitration* (2nd Edition, Kluwer Law International 2014), 916; George M. Vlavianos and Vasilis F. L. Pappas and Bennett Jones, Multi-tier Dispute Resolution Clauses as Jurisdictional Condition Precedent to Arbitration in *The Guide to Energy Arbitrations* (ed. J William Rowley QC) (2nd Edition, 2017) <<https://globalarbitrationreview.com/chapter/1142626/multi-tier-dispute-resolution-clauses-as-jurisdictional-conditions-precedent-to-arbitration>> (accessed 22.4.2020), around fn.1; Didem Kayalı, ‘Enforceability of Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses’ J. I.A. (2010) 27(6), 551-552 (“Enforceability”); Nuray Ekşi, *Tahkim Öncesi Uyuşmazlık Çözüm Usulleri ve Bu Usuller Tüketilmeden Tahkime Başvurulmasının Sonuçları* (1st Edition, Beta 2015), 1; Mustafa Serdar Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, Volume 1, (4th Edition Yetkin 2016), 759-760; According to an international survey in 2014, the ability to preserve business relationship, faster resolution of the dispute and its lower cost were rated as the top three benefits of the combined use of processes (72.7%, 67.5%, and 63.6%, respectively); Dilyara Nigmatullina, ‘The Combined Use of Mediation and Arbitration in Commercial Dispute Resolution: Results from an International Study’, 33, no. 1 (2016) JIA, 72.

3 Alexander Jolles, ‘Consequences of Multi- tier Arbitration Clauses: Issues of Enforcement’ (2006) Arbitration 72(4), 329; Vlavianos and Pappas and Jones (n 2), around fn.2.

4 See Directive 2008/52 of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters, [2008] OJ L136/3 (“Mediation Directive”), Uniform Mediation Act of the US 2001 (“US Mediation Act”), Hong Kong Mediation Ordinance (Cap. 620) 2013, Turkish Code of Civil Procedure Article 137 which encourages the parties of the dispute to mediate, Turkish Code of Mediation for Civil Disputes (Law no: 6325, Admission date:07.06.2012, Official Gazette 22.06.2012/28331).

5 Klaus Peter Berger, ‘Law and Practice of Escalation Clauses’ (2006) 22(1) Arbitration International, 1.

6 Mine Tan Dehmen, ‘Tahkim Öncesi Müzakere ya da Uzlaşma Yollarının Tüketilmemiş Olmasının Tahkim Yargılamasına Etkisi’, 2005-2006/1-2 MHB, 453.

with ADR mechanisms in an MTDR process.”⁷ Today it is not uncommon to find MTDR clauses in international contracts.⁸ Entertainment, engineering and construction contracts,⁹ which can generally be defined as complex and long-term contracts, are significant examples whose parties frequently prefer MTDR.¹⁰ In fact, some of the biggest commercial projects such as the “Athens International Airport” project, the “Rio-Antirio Bridge” project, the “Channel Tunnel Contract”, and the “Hong Kong Airport Core Programme” included MTDR clauses.¹¹

Nevertheless, the operation of MTDR clauses has produced some problems in international dispute resolution practice.¹² The centre of these problems is the enforceability of the initial steps in MTDR clauses, and the consequences of non-compliance with these requirements. Unfortunately, neither arbitral tribunals around the world nor national courts have consistently dealt with the matter.¹³ Consequently, despite the need for consistency and a certainty of approach throughout the international arbitration community, different jurisdictions have adopted different approaches.¹⁴

Internationally, in cases where there have been non-fulfilled initial tiers before arbitration, there is a risk that the decisions of tribunals may effectively be overturned at the enforcement stage. This is exacerbated by both poorly drafted MTDR clauses,¹⁵ and application of different laws to validity and enforceability of initial tiers in different levels of dispute resolution since every country has different requirements for a valid initial tier. These inconsistencies lead to significant uncertainty in international arbitral practice both in terms of the legal effectiveness of party choice to agree to enter into these initial tiers,¹⁶ and ultimately the validity and enforceability of subsequent awards.¹⁷

7 International Arbitration Survey – Driving Efficiency in International Construction Disputes <<http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2019/>> Accessed 26.03.2020; However it should be added that according to an international survey on combined use of mediation with arbitration the participants were asked to indicate what triggered the combined use of processes in the dispute they were involved. In answering this question the participants could select from eleven options and specify any other trigger. Only 25.9% of the participants selected the model multi-tiered clause of an arbitration institute as trigger. This result shows that arbitration institutions need to engage more actively in the promulgation of multi-tiered dispute resolution clauses. Nigmatullina (n 2), 55-56.

8 Kayali, *Enforceability* (n 2), 554.

9 See FIDIC Red Book 2017, p.8, p.49, Article 21 in p.100; Yellow Book p.8, p.53, Article 21 in p.100; Silver Book 2017; In all FIDIC Books as Golden Principle 5 it is stated that “All formal disputes must be referred to a Dispute Avoidance/Adjudication Board (or a Dispute Adjudication Board, if applicable) for a provisionally binding decision as a condition precedent to arbitration.” The FIDIC Golden Principles 1st Edition 2019 <https://fidic.org/sites/default/files/_golden_principles_1_6.pdf> Accessed 31.03.2020.

10 Tanya Melnyk, ‘The Enforceability of Multi-tiered Dispute Resolution Clauses: the English Law Position’ *Int. A.L.R.* (2002) 5(4), 114.

11 Cited in Berger (n 5), 394; Melnyk (n 10), 113.

12 For example, pre-arbitration negotiations where the parties are entrenched in their positions and the possibility of reaching an agreement is futile, can lead to an unnecessary waste of time and expense, and where a limitation period is set to expire before the contractually mandated negotiation period, a claim can be barred *Vlavianos and Pappas and Jones* (n 2), around fn.4.

13 Born (n 2), 916.

14 James H Carter, ‘Issues Arising from Integrated Dispute Resolution Clauses’ in Albert Jan van den Berg (ed), *New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond*, (ICCA Congress Series 2004) Beijing Volume 12, 446; Pryles (n 1), 446.

15 Simon Chapman, ‘Multi-tiered Dispute Resolution Clauses: Enforcing Obligations to Negotiate in Good Faith’ (2010) 27(1) *JIA*, 89.

16 See for example, *Elizabeth Bay Developments Pty Ltd v. Boral Building Services Pty Ltd* (1995) 36 NSWLR 709.

17 See *International Research v. Lufthansa*.

II. Rise of ADR And MTDR in Comparison with Arbitration

A. Arbitration

International commercial arbitration, as an alternative to state courts, has been an attractive dispute resolution system for more than a century, mostly as a result of the New York Convention 1958 (NYC) and widespread adaptation of UNCITRAL Model Law (UML) on Arbitration. On the one side, the NYC, which has been ratified by 162 countries,¹⁸ has provided a transnational enforcement system for arbitration agreements and arbitral awards,¹⁹ on the other side adoption of UML on Arbitration by eighty states in 111 jurisdictions has brought almost uniformity on national substantive laws applicable to international arbitration.²⁰ Additionally, especially neutrality of arbitration and the finality of arbitral awards are shown as the other reasons to prefer arbitration.²¹

Although arbitration continues to be a welcomed alternative, it has recently been the subject of criticisms. It has been criticised as being more costly and also being slower than even proceedings in a court of the first instance.²² It has been stated that arbitration has been transformed from a flexible, expedited, and less costly means of dispute settlement to a mechanism that mirrors the traditional judicial process.²³ With regard to differences between arbitration in which the judicial role of arbitrators is reaching a final and binding award, and ADR after which parties may just reach a settlement agreement that is not as binding as the arbitral award explained below, arbitration may not be counted as an ADR method.²⁴

B. ADR Methods

The deficits in arbitration directed business people to ADR methods.²⁵ ADR, as a complementary process to arbitration, emerged in the late 1970s in the United States and became popular in Europe at the beginning of the 1990s. It is perceived as resolving disputes in an informal process through commercial settlement agreements,

18 Status < https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards/status2 > Accessed 26.03.2020.

19 See Article II of NYC ("Each contracting states shall recognise arbitration agreement." under the conditions NYC requires), Article III of NYC ("Each contracting states shall recognise arbitral awards as binding and enforceable...").

20 Status < https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration/status > Accessed 26.03.2020.

21 Walter Matli, 'Private Justice in a Global Economy: From Litigation to Arbitration' (2001) International Organization, 944.

22 Gary B Born, 'Planning for International Dispute Resolution' (2000) JIA 17(3), 66.

23 Markus Petsche, 'Mediation as the Preferred Method to Solve International Business Disputes? A Look into the Future' (2013)4 I.B.L.J., 252.

24 Didem Kayalı, 'Uluslararası Ticari Sözleşmelerde Basamaklı Uyuşmazlık Çözüm Şartları' ("MTDR", Essays In Honour of Halük Konuralp, Volume 1 (Yetkin Press 2009), 502; Süha Tanrıver, 'Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk', TBB Dergisi, (2006)64, 153; Hakan Pekcanitez, 'Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri', Hukuki Perspektifler Dergisi, (2005)5, 15; İbrahim Özbay, 'Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri' Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 10(3-4) 2006, 460, 473-474; Nagehan Okumuş, Hakem Kararlarının İptali, PhD Thesis, Erzincan Binalı Yıldırım Universtiy 2018, 6; As the opposite view, some scholars are in the opinion of that arbitration is an ADR method. Özbek, Volume 1, 213; Cengiz Serhat Konuralp, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkim, PhD Thesis, Istanbul University 2011, 129.

25 Kayalı, Enforceability (n 2), 552.

which is only proposed to the parties for their adoption but cannot be imposed on them.²⁶ The only way to enforce these settlements, if the losing party does not enforce it voluntarily, is a personal lawsuit based on a breach of contract, since there has been no internationally ratified and applicable instrument equivalent to NYC that provides for the enforcement of settlement agreements.²⁷ This is one of the commonly cited impediments for ADR methods.²⁸

“ADR” is an “umbrella” term that covers a range of methods of dispute resolution such as negotiation, mediation, conciliation, expert determination, dispute resolution boards, fact-finding, early neutral evaluation, mini-trial and etc..²⁹ Negotiation and mediation are generally accepted as the main ADR methods.³⁰

Negotiation is a process whereby representatives of the parties try to settle the disputes without any intervention of a third person and it is considered to be the least disruptive and least expensive method of dispute resolution.³¹

Mediation and conciliation are forms of assisted negotiation. Mediators and conciliators—neutral third persons—help the parties to agree in a settlement for the solution of their dispute. While a mediator has no authority to propose a solution to the parties,³² a conciliator makes proposals for, and draws up the terms of, a settlement.³³ However, it is alleged that the terms “mediation” and “conciliation” are often used interchangeably both in practice and literature.³⁴ In this paper, by acknowledging the difference between mediation and conciliation, the explanations regarding “mediation” will also cover “conciliation”.

III. Legal Feature of Initial Tiers Before Arbitral Procedure

Parties of a MTDR clause normally shall begin with commencing the initial ADR step to solve their disputes. If the initial process does not result in a settlement, parties

26 Kayalı, *Enforceability* (n 2), 551; Jean-François Poudret and Sébastien Besson, *Comparative Law of International Arbitration*, (Sweet&Maxwell 2007), para 13.

27 Mustafa Erkan, *Arabuluculuk ve Singapur Sözleşmesi*, (1st Edition, XII Levha 2020), 63; See below works of UN for a convention on recognition and enforcement of settlement agreements.

28 Edna Sussman, ‘The Singapore Convention Promoting the Enforcement and Recognition of International Mediated Settlement Agreements’, 2018 (3) ICC Dispute Resolution Bulletin, 42.

29 Dishi Bhomawat, ‘Multi-Tier Dispute Resolution Clauses in Contracts- With special focus on Entertainment and Construction Contracts’ (2014) 1(3) IJRA, 41; Poudret and Besson (n 26), para 13; Ekşi (n 2), 4; Ziya Akıncı, *Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları*, (1996) BATİDER, 102-108; Bilgehan Yeşilova, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi*, (1st Edition, Güncel Hukuk 2008), 524.

30 Jane Jenkins, *International Construction Arbitration Law*, Arbitration in Context Series Volume 3, (2nd edition, Kluwer Law International 2013), 53.

31 Kayalı, *Enforceability* (n 2), 553.

32 Manuel Liatowitsch and James U Menz, ‘Alternative Dispute Resolution’ in Elliott Geisinger and Nathalie Voser (eds.), *International Arbitration in Switzerland: A Handbook for Practitioners*, (2nd edition, Kluwer Law International 2013), 313.

33 Liatowitsch and Menz, 314.

34 Bhomawat (n 29), 42; see Article 1(3) of UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation 2018.

commence arbitration for a binding and final award. However, after a dispute arises, it is common that one of the parties does not comply with the procedure designed in the contract and commence arbitration directly. Since, contrary to an arbitral award,³⁵ there is global recognition system for neither ADR clauses nor settlement agreements reached after the ADR process, and these agreements are not final as an arbitral award³⁶, at this point, the legal effectiveness of the initial ADR tiers in MTDR clauses becomes an issue.

Before complying with the ADR procedure in the dispute resolution clause of a contract, when one of the parties directly brings a claim before the arbitral tribunal, it is most likely that the other party will raise an objection regarding the effect of the non-fulfilment of the ADR process. How will the tribunal decide regarding the issue? There are several possibilities: The tribunal may reject this objection on the ground that the initial ADR tiers do not bring any binding obligation and/or are not enforceable, and continue proceeding with the case. Certain issues, such as the wording of the ADR clause and the type of chosen ADR method have effects on such a decision. The tribunal may accept such an objection and may render a decision to stay the arbitral proceeding until fulfilment of the ADR process or directly dismiss the case on the grounds of a lack of jurisdiction or by rendering the matter as a breach of contract, the tribunal may award compensation. Especially here, the legal characterisation of these ADR clauses has fundamental importance.

It is mostly stated that most national courts and arbitral tribunals have been reluctant to find that pre-arbitral steps constitute jurisdictional conditions precedent to commencing arbitration, absent clear language to that effect within the multi-tier clause. However, a number of jurisdictions appear to be more inclined to find such steps to constitute jurisdictional conditions precedent, even in the absence of clear language, yet the tendency is not dismissing the case but staying the process until the pre-arbitral procedure is completed.

A. Wording of MTDR Clauses

The wording of MTDR leads us to determine whether the initial ADR processes are consensual which means they do not impose any binding obligation or mandatory which renders the process as a matter of condition precedent to arbitration. This issue initially depends on the wording of such clauses. Therefore, the wording and interpretation of the clause in question are decisive.³⁷ Under general contract

35 See Article II of NYC ("Each contracting states shall recognise arbitration agreement..." under the conditions NYC requires).

36 Ekşi (n 2), 20.

37 Berger (n 5), 3; Ekşi (n 2), 28; Kayalı, MTDR (n 24), 508; Tan Dehmen (n 6), 459; Tevendale and Ambrose and Naish (n 1), 35.

interpretation principles,³⁸ the interpretation is based on the investigation whether the initial ADR tiers are “sufficiently clear and certain” to create a legally binding obligation.³⁹

It has been formerly claimed that ADR procedures such as negotiation and mediation are essentially consensual in nature, therefore, not legally enforceable under judicial supervision.⁴⁰ For example, in ICC Case No 8445, the tribunal commented that clauses requiring attempts to settle a dispute amicably are primarily an expression of intention and “should not be applied to oblige the parties to engage in fruitless negotiations.”⁴¹ However it is now generally accepted that the wording of the ADR clause must be examined to decide the enforceability of the said clause.

Mostly, it is alleged that the use of “soft” wording such as “may” indicates that parties have “option” not “obligation” to refer to preliminary ADR procedures.⁴² Whereas, using more mandatory and stronger words such as “shall” is a signal that fulfilling the initial tiers is a legal obligation.⁴³ On the other hand, it should be noted that some scholars, by disregarding the language of the clause, state that although an initial ADR tier before arbitration is provided in the dispute resolution clause, if a party refers the dispute directly to arbitration, this may lead to debates on validity of arbitral award on the grounds of invalidity of the arbitration agreement, excessive jurisdiction of an arbitral tribunal and arbitral procedure which is not in accordance with the agreement of the parties.⁴⁴ In a similar manner, another scholar without making any distinction between “may” or “shall”, claims that if parties willingly agree on mediation to solve possible disputes in the future, it should be possible to make parties forcibly perform mediation process. Such a rule should be inserted in the law; otherwise it may be asserted that before exhausting the ADR process directly bring a case before court/tribunal invalidate the ADR clause.⁴⁵

38 Domitille Baizeau, Anne-Marie Loong, ‘Multi-tiered and Hybrid Arbitration Clauses’ in Manuel Arroyo (ed.), *Arbitration in Switzerland: The Practitioner’s Guide* (Kluwer Law International 2013), 1455.

39 Pryles (n 1), 24; Christian Oetike and Claudia Walz, ‘Non-Compliance with Multi-Tier Dispute Resolution Clauses in Switzerland’, (2017) 35(4), *ASA Bulletin*, 876; *Sulamerica v. Enesa*, paras 33-35.

40 Ibid; *Halifax Financial Services Ltd. v. Intuitive Systems Ltd.* [1999] 1 All ER 664 (“*Halifax v. Intuitive*”), paras 307-311; Kayali, *Enforceability* (n 2), 559; “The escalation system should provide a flexible framework for the resolution of disputes, but should not, however, force the parties into a tight ‘corset’ of dispute resolution levels which are mandatory and must be ‘executed’ in each individual case, before the dispute is able to be submitted to the arbitral tribunal provided for at the end of the escalation ladder.” Berger, 5.

41 ICC Case No. 8445, 26 Y.B. Com. Arb. 167–80 (2001) cited in Sarah Leonard and Kanaga Dharmananda, ‘Peace Talks before War: The Enforcement of Clauses for Dispute Resolution before Arbitration’ (2006) 23(4) *JIA*, 303.

42 Berger (n 5), 4; see ICC case No.10256, Interim Award of August 12, 2000 cited in Jolles (n 3), 334; See Final Award in ICC Case No. 11490, XXXVII Y.B. Comm. Arb. 32 (2012) (“The provision in the arbitration clause that disputes ‘be settled in an amicable way’ constituted no condition precedent to referral to arbitration but rather underlined the parties’ intent not to litigate disputes in court.”) cited in Born (n2), 923; see also ICC Case No. 4230, Final Award 1975 (“all disputes related to the present contract may be settled amicably”) cited in Kayali, *Enforceability* (n 2), 566; *A SA v. B SA* 4A_124/2014, para 3.4.3.1 <http://www.swissarbitrationdecisions.com/federal-tribunal-upholds-fidic-pre-arbitration-requirements?search=4A_124%2F2014> Accessed 14.5.2020.

43 ICC Case No. 9977, Final Award, 14(1) *ICC Ct. Bull.* 84 (2003).

44 Ziya Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, (5th Edition, Vedat 2020), 15-16.

45 Özbek (n 2), 787.

Additional to the mandatory language, the details regarding the ADR procedures may also be determinative on this issue. Specifying the time limits between the tiers,⁴⁶ the rules for appointment and the remuneration of third parties, the rules for the ADR process, the requirements under which conditions the pre-arbitral tier is satisfied⁴⁷ characterise initial tiers as binding and mandatory.⁴⁸ However, the precision of the requirements to name initial tiers as an obligation/condition differs from country to country, and even differs from case to case in the same country.⁴⁹ While south-eastern countries are more tolerant about the required details of MTDR clauses for initial tiers⁵⁰, western countries appear stricter in terms of requirement lists which MTDR provisions should comply with to be a binding condition.⁵¹

B. The Difference between Negotiation and Mediation

When compared to negotiation, mediation in MTDR clauses is considered to be enforceable more frequently by courts and tribunals.⁵² Concerning mediation, it is stated, “what is enforced is not cooperation and consent but participation in a process from which cooperation and consent might come.”⁵³ It has been suggested that “negotiation in good faith” does not impose an obligation since the concept of “good faith” is too open-ended.⁵⁴ Courts in a number of jurisdictions held that agreement to negotiate in good faith, “like an agreement to agree,”⁵⁵ is unenforceable on grounds of uncertainty.⁵⁶ In ICC Case no 8445, upon the objection of the respondent to the jurisdiction of the tribunal since the claimant commenced arbitration against the respondent without making any effort to negotiate prior to arbitration as stated in MTDR clause between parties, the tribunal rejected the respondent’s application on the ground that “*The arbitrators are of the opinion that a clause calling for attempts to settle a dispute amicably are primarily expression of intention, and must be viewed in the light of the circumstances. They should not be applied to oblige the parties to engage in fruitless negotiations or to delay an orderly resolution of the dispute. Accordingly,*

46 ICC Case No. 6276, Partial Award of January 29, 1990 cited in Jolles (n 3), 333; DFSC, 6.6.2007, 4A_18/2007, c. 4.3.2 cited in Oetike and Walz (n 39), 876

47 Oetike and Walz (n 39), 876.

48 See *Sulamerica v. Enesa*, para 36; *Wah v. Thornton*, paras 59-60; See also BGer. 4A_46/2011 para. 3.1.1, *ASA Bull.* 2011, pp. 643-647 cited in Baizeau and Loong (n 38), 1456.

49 For example in England: see *Cable & Wireless Plc v. IBM United Kingdom Ltd.* [2002] EWHC 2059 (COMM.) (“*Cable & Wireless v. IBM*”); *International Research v. Lufthansa*, para 54; *Emirates Trading Agency LLC v. Prime Mineral Exports Private Limited* [2014] EWHC 2104 (Comm) (“*Emirates Trading v. Prime Mineral*”), para 47; Born, 920.

50 For example, *Hyundai Engineering and Construction Co. v. Vigour Ltd.* [2004] H.K.E.C. 444.

51 For example, *Wah v. Grant Thornton*, para 60.

52 Kayali, Enforceability (n 2), 569; *Hooper Bailie Associated Ltd v. Natcon Group Pty Ltd in Australia* (1992) 28 NSWLR (“*Hooper Baile v. Natcon*”), para 209; *Cable & Wireless v. IBM*.

53 *Hooper Bailie v. Natcon*, para 206.

54 Born (n 2), 917; Kayali, Enforceability (n 2), 569.

55 *Courtney & Fairbairn Ltd. v. Tolaini Brothers (Hotels) Ltd.* [1975] 1 W.L.R. 297; *Walford v. Miles* (1992) 2 A.C. 128, para 139 (this case brought ‘blanket unenforceability’ for negotiation in good faith).

56 *Wah v. Thornton*, para 57.

*the arbitrators have determined that there was no obligation on the claimant to carry out further efforts to find an amicable solution, and that the commencement of these arbitration proceedings was neither premature nor improper.”*⁵⁷

However, in recent cases, this interpretation has changed slightly.⁵⁸ It is stated that “the obligation to negotiate in good faith is not analogous to an agreement to agree, nor is it “incomplete.” Rather, it is an agreement to conduct negotiations in a particular fashion.”⁵⁹ Additionally, the content of the phrase “good faith” involves the notions of honesty and genuineness.⁶⁰ Hence, it is alleged, “in principle, there is no difference between an agreement to negotiate in good faith and an agreement to submit a dispute to mediation.”⁶¹ Therefore, it may be said that the requirement to negotiate in good faith has not, of itself alone, undermined the enforceability of such a clause, provided that the clause is otherwise sufficiently certain and detailed and is not a bare agreement to negotiate in good faith.⁶²

C. Legal Characterisation of ADR Clauses

Having decided that the initial ADR tiers are formed as a mandatory process before arbitration, the sanction and result of initiating arbitration without submitting the dispute to former stages of MTDR depends on the characterisation of these stages. The question whether exhausting the pre-arbitral stages is a substantive matter or a procedural one changes the answer for the sanction of breach of MTDR clause: a simple compensation, for which there is no certain criteria to describe the damage, or dismissing the case on the grounds of a lack of jurisdiction or staying the process.

Is non-compliance of pre-arbitral requirements a procedural issue or a matter of substantive law? In most of the cases, the issue was addressed as a procedural matter largely because the tribunal or the judicial institution seizes of the matter and addresses it on factual reasons rather than the validity of the clause.⁶³ Jolles is of the view that it is in line with the intention of the parties who would want the tribunal not to review the case and order the initial steps to be complied with by the parties.⁶⁴ Attributing the

57 ICC Case No. 8445, 26 Y.B. Com. Arb. 167–80 (2001).

58 *Emirates Trading v. Prime Mineral* (n79), para 47; *HSBC Institutional Trust Services (Singapore) Ltd (trustee of Starhill Global Real Estate Investment Trust) v. Toshin Development Singapore Pte Ltd* [2012] SGCA 48 (“*HSCB Trust v. Toshin*”), para 40; *Aiton Australia Pty Ltd v. Transfield Pty Ltd* (1999) 153 FLR 236 (“*Aiton v. Transfield*”), para 103; *United Group Rail Services Ltd v. Rail Corporation New South Wales* [2009] NSWCA 177 (“*United Group Rail v. Rail Corporation*”), para 74.

59 *United Group Rail v. Rail Corporation*, para 81.

60 *United Group Rail v. Rail Corporation*, para 71; *Ng Eng Ghee and others v Mamata Kapildev Dave and others (Horizon Partners Pte Ltd, intervener) and another appeal* [2009] 3 SLR(R) 109, para 132.

61 *HSBC Trust v. Toshin*, para 43.

62 Tevendale and Ambrose and Naish (n 1), 39.

63 Sai Ramani Garimella and Nizamuddin Ahmad Siddiqui, ‘The Enforcement Of Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses: Contemporary Judicial Opinion’, 24 (1) 2016 IJUMJ, 190; It may also be said that currently the substantive approach is mostly abandoned while procedural approach is widely used as it is seen in below.

64 Jolles (n 3), 336.

substantive law character to the pre-arbitral steps, would in the event of non-compliance, bring in claims for breach of contract and damages, a result likely to be unsatisfactory to the parties, as the party claiming the damages would be unable to establish the quantum of damages, and hence at no specific gain from the decision.⁶⁵ If the wording of the clause intends that such agreement is not merely permissive or a non-mandatory provision and the ADR process is detailed in process the tribunal should declare request for arbitration as inadmissible⁶⁶ or should decide on its lack of jurisdiction but not a breach of a contract which leads to an indefinite compensation process.

Mostly for arbitral process, the initial tiers may be regarded as mostly a procedural issue rather than substantive and may be accepted as creating a condition precedent to the jurisdiction of the arbitral tribunal (on the basis that the arbitration agreement does not provide an arbitral tribunal with authority until pre-arbitration procedural requirements have been complied with); mostly for court process, as admissibility of the claim (on the basis that the arbitration agreement provides jurisdiction but does not permit assertion of substantive claims until after specified requirements have been satisfied).⁶⁷

The importance of this separation appears mostly in the case of challenging the decision of the tribunal on its own jurisdiction (by relying on *Kompetenz-Kompetenz* principle) upon an objection base on the fact that the initial tiers have not been exhausted. If the fulfilment of pre-arbitral mechanisms is interpreted as a substantive issue, then the decision of the tribunal on non-fulfilment of these tiers may be expected to be final.⁶⁸ For example, the court in *Nihon Plast v. Takata-Petri*⁶⁹ held that the objection based on the fact that a preliminary conciliation clause is not a base to challenge an arbitral tribunal's jurisdiction but an issue relating to the admissibility of a claim that cannot be reviewed by the court during the challenge procedure.⁷⁰ If the initial tiers are evaluated as procedural conditions precedent to the jurisdiction of the arbitral tribunal, courts will review the decision of the tribunal on non-fulfilment of these tiers as a reason to set the award aside.⁷¹ Additionally, deciding the initial tiers as a procedural issue brings the question of "does non-fulfilment of initial ADR tiers render the arbitral tribunal lack of jurisdiction or, without nomination the issue as a matter of jurisdiction, is only a simple stay of the process until these tiers are exhausted satisfactory?"

65 Garimella and Siddiqui (n 63), 190 ; Oetike and Walz (n 39), 879.

66 Garimella and Siddiqui (n 63), 190.

67 *Hochtief AG v. Argentina* ICSID Case No. ARB/07/3, paras 90-94; Born (n 6), 935; Jan Paulsson, 'Jurisdiction and Admissibility' (2005) *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution*, 604; Kayah, *Enforceability* (n 2), 568; See Oetiker and Walz (n 39), 875.

68 Born (n 2), 935.

69 *Nihon Plast v. Takata-Petri*, 2004:1/2 *Gaz. Pal.* 24 (Paris Cour d'appel) Judgment of 4 March 2004.

70 Cited in Born (n 2), 939; see also *Howsam v. Dean Witter Reynolds Inc.*, 537 US 79, 84 (2002).

71 *Repub. of Argentina v. BG Group plc.*, 665 F.3d 1363 (D.C. Cir. 2012).

Characterisation of the initial tiers differs among different law systems. In particular a significant difference between approaches from civil law countries⁷² and common law countries⁷³ can be seen. There are ICC arbitral awards which characterise the initial ADR procedures both as a matter of jurisdiction⁷⁴ and as a matter of admissibility.⁷⁵

IV. Effects of non-Fulfilment of Initial ADR Tiers on Arbitral Process

In the case that one of the parties directly commence arbitration without recouring the ADR procedure, even it does have a mandatory wording or include enough detail regarding the process, or because of the wording is not mandatory and the MTDR clause does not imply enough detail regarding the ADR process, what the result or sanction of non-application of the initial stage to arbitral process would be, shall be answered.

If the initial tiers are not complied with, the arbitration agreement may be deemed to be invalid since a condition precedent is not fulfilled and as a result, the tribunal may not have jurisdiction.⁷⁶ Ultimately, the decisions of this tribunal on its own jurisdiction can be challenged at the seat.⁷⁷ For example, the court in *White v. Kampner*⁷⁸ vacated an arbitration award because of a party's failure to satisfy participation in the mandatory negotiation sessions prior to commencing arbitration as a condition precedent to arbitrate.⁷⁹

Furthermore, the award may not be enforced by the foreign court pursuant to Article V(1)(a) of the NYC, upon the resistance of one of the parties, if the court accepts that the validity of the arbitration clause/jurisdiction of the tribunal depended on the proper implementation of a valid pre-arbitral procedure, which was not implemented.⁸⁰ For example, an MTDR contract between *A* from Singapore and *B* from France states that "parties will mediate before arbitration in London, the mediator will be *X*." *B* commences arbitration directly. *A* objects to the tribunal's jurisdiction and seeks for an injunction in a London court for the enforcement of the initial tier. The London

72 See for example *Poiré v. Tripier* Cour de Cassation, 14 February 2003, *Revue de l'arbitrage* (2003); In the case of Zurich Cassation Court, 15.3.1999, ZR 2000, p. 86, c. II.4.c, the court held that agreement to mediate before initiating arbitration as an agreement of substantive nature while in case of Zurich Superior Court, 11.9.2001, ZR 2002, p. 77, c. 3, the court have decided such an agreement to mediate or similar agreements are of a procedural nature. See also Oetike and Walz (n 39), 873.

73 See for example *International Research v. Lufthansa* (n15), para 63; see *HIM Portland, LLC v. DeVito Builders, Inc.*, 317 F.3d 41 (1st Cir. 2003) ("*HIM Portland v. DeVito*").

74 ICC Case No. 8462, Final Award of January 27, 1997 cited in Jolles (n 3), 334.

75 ICC Case No. 12739 ("failure to comply with mandatory pre-arbitral stages made the request premature and dismissed arbitration") cited in M. Bühler & T. Webster, *Handbook of ICC Arbitration*, (2008), 67 cited in Born, 929; see also ICC case No. 6276, Partial Award of January 29, 1990 cited in Jolles (n 3), 333.

76 *Hyundai Merchant Marine Company Limited v. Americas Bulk Transport Limited* [2013] EWHC 470 (Comm), para 72.

77 For example section 67 of EAA; Article 34(2) (a) (i) of UML on Arbitration; Article 439 of Turkish Code of Civil Procedure (Law no: 6100, Admission date: 12.01.2011, Official Gazette 04.02.2011/27836); Article 15 of Turkish Code of International Arbitration (Law no: 4686, Admission date: 21.06.2001, Official Gazette 05.07.2001/24453).

78 *White v. Kampner*.

79 *White v. Kampner*.

80 Baizeau and Loong (n 38), 1459.

court refuses to enforce mediation because of lack of certainty according to English law.⁸¹ After the award is decided in favour of *B*, *B* seeks to enforce the foreign award in Singapore where *A* has assets. A Singaporean court must enforce but may refuse enforcement of the award under Article V(1)(a) of NYC when *A* resists enforcement and proves that a sufficiently clear condition precedent was not fulfilled, so there was no valid arbitration agreement due to Singaporean law.⁸²

Such above mentioned examples bring the following questions in mind: Shall the arbitral tribunal *ex officio* make a decision on the issue or is an objection needed? Does this matter affect the jurisdiction of the arbitral tribunal? What kind of decision shall the arbitral tribunal render? Both national courts from different countries and arbitral tribunals approach the issues whether and when the initial tiers in MTDR clauses bring a binding obligation and a condition to jurisdiction or admissibility and following the aforementioned effect differently and neither of them identified the mentioned issues consistently.⁸³ These different approaches will be examined in the following heading. Here, different scholarly opinions will be discussed.

According to a scholarly opinion⁸⁴, the source of the jurisdiction of arbitrators is the consent, the agreement of the parties. Again with another agreement, an ADR agreement, it should be possible to temporarily delay the jurisdiction of arbitrators. In the case of a breach of this ADR agreement, upon a jurisdictional objection in the procedurally right time, the arbitrators shall decide that they will not have jurisdiction unless the initial ADR process is completed.⁸⁵ Even though in the case of that, the ADR clause lacks enough certainty and detail and its validity is also an issue, this, principally, does not change the reality that an ADR agreement has and shall have a dilatory effect on the jurisdiction of the arbitrators.⁸⁶ In a slightly similar line another scholar states that, if the parties decide to apply conciliation before arbitration in a mandatory language, nonfulfillment of the conciliation process prevents the parties from initiating arbitration.⁸⁷ By disregarding the objection of the respondent regarding the issue, if the arbitral tribunal proceed the process, the arbitral tribunal shall be accepted as it exceeds its jurisdiction.⁸⁸ In the same manner another scholar states that in such a case, just like a preliminary objection before the state court for arbitration (Turkish Code of Civil Procedure (Law no: 6100, Admission date: 12.01.2011, Official

81 For example *Sulamerica v. Enesa*.

82 *International Research v. Lufthansa*, para 63.

83 Born (n 2), 916.

84 Yeşilova (n 29), 531.

85 Yeşilova (n 29), 531.

86 Yeşilova (n 29), 531.

87 Tan Dehmen (n 6), 460, 463.

88 Tan Dehmen (n 6), 465; Because of the non-fulfilment of initial mandatory ADR process, the possible reasons to set aside an arbitral award are lack of jurisdiction, exceeding the limit of jurisdiction or the arbitral procedure being not in accordance with the agreement of the parties. Ekşi (n 2), 56.

Gazette 04.02.2011/27836), Article 116/1-b), the respondent can make an objection.⁸⁹ Such a preliminary objection (like the one for arbitration) to dismiss the case because of non-fulfilment of the ADR process or to stay of the proceeding until the ADR process is completed shall be inserted in law.⁹⁰ A similar clause can be seen in Article 1725 of the Belgium Code of Civil Procedure which provides that before applying the contractual mediation process if one of the parties brings a case before the court, the respondent may hold the preliminary objection regarding the issue and provide dismissal of the case.⁹¹ Regarding the issue of preliminary objection, another scholar states that in the case of initiating arbitration without exhausting the mandatory pre-arbitration tier, with the framework of kompetenz-kompetenz, the arbitrator/arbitral tribunal shall, *ex officio* consider the issue, since non-fulfilment of the pre-arbitration tier prevents the enforceability of the arbitration agreement and this directly affects the jurisdiction of the arbitrator/arbitral tribunal directly.⁹² In any case it should be clarified that having the clear intention of parties to attempt to solve their disputes by an ADR mechanism, alleging that since there will not be any final decision at the end of such a procedure, application of such initial steps is not obligatory means disregarding the principle of party autonomy which is also already the legitimization base for arbitration.⁹³

The opposing scholarly view states that some dispute resolution procedures, such as negotiation between the parties and mediation are essentially consensual in nature and are therefore not enforceable. It has been contended that the conduct of negotiations or mediation depends on the willing participation of the parties and that such conduct cannot be subject to judicial supervision or enforcement.⁹⁴ In the same line, according to another view⁹⁵, for the mediation example, mediation does not have a negative effect for parties in preventing them from applying directly to a state

89 Özbek (n 2), 786.

90 Özbek (n 2), 787; Hamid G Gharavi, Effect of Alternative Dispute Resolution on Arbitration, ICC Türkiye Milletlerarası Tahkim Semineri, 2 Nisan 2010 Ankara, 124; without an objection the arbitral tribunal does not *ex officio* consider fulfilment of ADR procedure. (Tan Dehmen (n 6), 465). "In case of referring the dispute to arbitration before mediation regarding MTDRC clause, before proceeding arbitration, it should be sought to fulfil the mediation stage. As other contract clauses, mediation clause is also binding and cannot be eliminated without consensus. If necessary the arbitrators shall grant a decision of stay of proceeding for parties to initiate mediation and decide this procedure as to be preliminary issue." Akıncı (n 44), 15-16.

91 Mert Namlı, 'Belçika Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumunun Temel Esasları', Arabuluculuk Yasa Tasarısı, Eleştirileri ve Öneriler, (İstanbul 2008), 103; However, the law does not provide for a similar sanction in the event of the violation of a commitment to negotiate or any type of ADR method (other than mediation) agreed upon between the parties. IBA Litigation Committee, *Handbook Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses*, October 1, 2015 ("IBA Handbook"), 31.

92 Ekşi (n 2), 46; In *Tulip Hotels Pvt. Ltd. v. Trade Wings Ltd* MANU/MH/1748/2008 the court while upholding the enforceability of the MTDRCs opined that when the parties agree for a specific procedure and mode for settlement of their dispute by way of arbitration and also prescribes certain pre-condition to be complied with for referring the matter to arbitration, the parties are required to comply with those pre-conditions and only then refer the matter to the arbitration. (Cited in Garimella and Siddiqui (n 63), 188) In *Sushil Kumar Sharma v. Union of India* (2005) 6 SCC 281, the Supreme Court observed discussing the enforceability of the pre-arbitration processes held that where the contracting parties agreed that the dispute resolution clause is mandatory with regard to the steps preceding arbitration that procedure ought to be followed. Without having followed the steps, the arbitral tribunal did not have jurisdiction to entertain the dispute. (Cited in Garimella and Siddiqui (n 63), 189).

93 Tan Dehmen (n 6), 464; Ekşi (n 2), 55.

94 Pryles (n 1), 161.

95 Melis Taşpolat Tuğsavul, *Türk Hukukunda Arabuluculuk*, (1st Edition, Yetkin 2012), 103, 106.

court or arbitration. If parties directly initiate arbitration or court process, this may be interpreted as parties implicitly invalidating the mediation agreement. Additionally, in contradiction to arbitration, in Turkish law, since mediation is based on party consent is in the foreground and not mandatory, inserting a preliminary objection for mediation in Mediation Code on Civil Disputes is not suitable.⁹⁶

According to the third opinion, the best solution is reconciling the non-binding character of mediation or conciliation with the principle of party autonomy and staying the arbitration and fixing a time limit for the parties to attempt to resolve the dispute by way of the agreed pre-arbitral method.⁹⁷ For such a sanction, the respondent must object to the claimant's failure to comply with a pre-arbitral procedure in a timely manner. Otherwise, it waives its right to such procedure by conduct. Otherwise, it becomes an abuse of rights for a party to invoke a failure to exhaust preliminary steps as grounds to set aside the award where that same party had not invited the other to proceed with the agreed ADR process and not requested a stay of arbitration.⁹⁸

Regarding the issue, a recent Swiss case may be a good example to facilitate a solution. In the Swiss First Civil Law Court decision from March 2016,⁹⁹ two companies, X and Y, entered into a contract which contains an MTDR clause requiring conciliation proceedings prior to arbitration. Following the emergence of a dispute, before the conciliation was formally completed, Y commenced arbitration proceedings. X objected to the arbitral tribunal's jurisdiction referring Y's failure to comply with the pre-arbitral steps. The arbitral tribunal rendered a partial award and confirmed its jurisdiction. X challenged the tribunal's decision at the Swiss Court. The Swiss Court held that terminating the tribunal's jurisdiction '*is certainly not the most appropriate solution*' as doing so would require that another tribunal be constituted following fruitless conciliation proceedings, with the result of the prolonged procedure and additional costs. Further, such a finding could lead to unduly punitive results, particularly in circumstances where a limitation period had expired following the commencement of an arbitration. Accordingly, the Swiss Court found that the most convenient solution was simply to stay the arbitration so that the conciliation proceedings could take place, after which the arbitration could resume before the originally constituted tribunal. The Court effectively ruled that a pre-arbitral step in an MTDR clause did not constitute a jurisdictional condition precedent, and that a failure to comply with such a pre-arbitral step would not deprive a tribunal of jurisdiction.

96 Taşpolat Tuğsavul (n 94), 108.

97 Gabrielle Kaufmann-Kohler and Antonio Rigozzi, *International Arbitration, Law and Practice in Switzerland* (Oxford Press 2015), para 5.23, 245; Özbek, 786-787; Gharavi (n 89), 124; See Oetike and Walz (n 39), 882.

98 Supreme Court decision 4P.67/2003 of 8 July 2003, para 4, 22 ASA Bulletin (2004), 353, 361; Supreme Court decision 4A_18/2007 of 6 June 2007, para 4.3.3.2, 26 ASA Bulletin (2008), 99-100 cited in Kaufmann-Kohler, Rigozzi, para 5.24, 245.

99 4A_628/2015 of March 16, 2016. English translation available through Swiss International Arbitration Decisions <<http://www.swissarbitrationdecisions.com/no-breach-of-pre-arbitral-procedures-failure-to-deal-with-an-arg>> (accessed 17.4.2020); see also Vlavianos and Pappas and Jones (n 2), between fn 30-34.

However, it did make clear that parties to MTDR clauses should be required to abide by pre-arbitral steps in multi-tier dispute resolution clauses.¹⁰⁰

Consequently, as a practical solution rather than theoretical disputes, we agree with the thought that an ADR clause written with a mandatory wording shall be enforced upon an objection at the beginning of the arbitral process by (only) staying the arbitration and fixing a time limit for the parties to attempt to resolve the dispute by way of the agreed pre-arbitral method (but not dismissing on the grounds of a lack of jurisdiction or inadmissibility) in the light of the principle of party autonomy which is valid even for dispute resolution mechanisms despite the inherent non-binding character of ADR clauses.

V. Reported Cases in Various Jurisdictions with Respect to the Initial Tiers

The question whether the initial tiers impose a binding pre-arbitral obligation to fulfil and affect the jurisdiction of arbitral tribunal has been one of the controversial issues in the opinions of scholars, courts, and arbitral tribunals.¹⁰¹ There is no consensus about the wording of MTDR clauses: the question of “What kind of wording is required for a binding MTDR clause?” is answered with different standards in different jurisdictions. Furthermore, different jurisdictions decide the effect of initial tiers on arbitration differently. Also, the interpretation of courts and tribunals on initial stages changes due to whether the initial stage is negotiation or mediation.¹⁰² The key point of all these discussions is, generally, the interpretation of the legal intention of parties on MTDR agreements.¹⁰³ Therefore, it will be useful to analyse the approaches of several national jurisdictions that have significant importance in international business and dispute resolution.

A. Reported Cases in the United Kingdom with respect to the Initial Tiers

The UK, which is a common law country, is a leading nation in every aspect of international commerce in the world. Its approach supposedly has great influence not only on common law countries but also on others. Accordingly, the English approach should be examined regarding the initial ADR tiers.

100 Ibid, paras 2.4.4.1, 2.4.4.2; The Court also discussed whether the issue in dispute may be subject to a substantive sanction (damages to be paid to the other party) or the procedural sanction (inadmissibility or dismissal of the claim as it stands or stay of the proceedings). The Court stated that sanctioning the party refusing to comply with its obligation to engage in a mandatory prerequisite with damages is not a satisfactory solution since the sanction will come too late, depriving the obligation to resort to mediation before initiating an arbitration of any meaning and secondly, it will be difficult, if not impossible, for the party that claims to be a victim of a breach of the mediation clause to justify the quantum of the damages. Indeed, it should not be easy to prove that failing to follow a mediation process all the way through to its end creates damage, as one of the principles of mediation is that there is no obligation to reach an agreement.

101 Born (n 2), 917; Dyalá Jiménez-Figueres, ‘Amicable Means to Resolve Disputes: How the ICC ADR Rules Work’ (2004) 21(1) JIA, 93.

102 Born (n 2), 917.

103 Berger (n 5), 3.

In the UK, courts used to refuse to enforce the pre-arbitral stages with reference to their nature being voluntary since they did not create enforceable legal obligations.¹⁰⁴ This idea changed with *Channel Tunnel*¹⁰⁵ in which Lord Mustill interpreted the requirement for expert determination before arbitration as an agreement “which is nearly an immediately effective agreement to arbitrate, albeit not quite.”¹⁰⁶ Accordingly, he stated that it was appropriate to apply section 1 of the Arbitration Act 1975¹⁰⁷ to stay formal proceedings in favour of expert determination requirement.¹⁰⁸

However, *Channel Tunnel* did not provide any grounds for enforceability of mediation and negotiation as initial tiers. Additionally, in *Halifax Financial Services Ltd. v. Intuitive Systems Ltd.*,¹⁰⁹ the judge emphasized that since negotiation and mediation are non-determinative mechanisms, not like a “panel of experts” in *Channel Tunnel* but merely good faith clauses, these pre-arbitral stages did not impose an obligation to parties and were not condition precedent to court proceedings.¹¹⁰ This decision can be criticised in that distinguishing negotiation and mediation as non-determinative was a weak conclusion, since the parties can reach a contractually binding solution at the end of these procedures.¹¹¹

The benchmark improvement came with the broad interpretation in *Cable&Wireless v. IBM* for enforceability of mediation as a separate procedure.¹¹² Colman J brought the standard that when the “obligation to mediate” is expressed in “unqualified and mandatory terms”, the mediation clause must be invoked even if it does not refer to a set of mediation rules as the clause in the case did.¹¹³ By adjourning the court proceeding, the court brought an end to the discussion whether the initial mediation tier was permissive or obligatory and supported that fulfilment of mediation is a condition precedent to the jurisdiction of the tribunal.¹¹⁴ On the other side, the weakness of this decision is the discrimination against negotiation with the allegation that it was difficult to determine whether a party had complied with the requirements of negotiation that originated from *Walford v. Miles*.¹¹⁵

104 *Paul Smith Ltd. v. H & S International Holding Inc* [1991] 2 Lloyd's Rep, paras 127-131 (The court decided on the MTDR clause which stated that “A dispute shall, in the first place, be submitted for conciliation in accordance with the ICC Conciliation Rules” and ruled that this clause did not create enforceable legal obligations.); Özbek (n 2), 765.

105 *Channel Tunnel Group Ltd. v. Balfour Beatty Construction Ltd* 1993 AC 334.

106 *Ibid.*, 354.

107 Predecessor of section 9(2) of EAA.

108 *Channel Tunnel*, 351.

109 [1999] 1 All ER 664.

110 *Ibid.*

111 Kayalı, Enforceability (n 2), 571.

112 [2002] EWHC 2059 (COMM.); Identically, in Australia, a ‘sufficiently certain conciliation clause’ is enforceable since “what is enforced is not co-operation and consent but participation in a process from which co-operation and consent might come.” (*Hooper Bailie v. Natcon*, paras 206-214).

113 *Cable&Wireless v. IBM*, para 34; In the same line, the Australian court in *Computershare Ltd v. Perpetual Registrars Ltd (No 2)* ([2000] VSC 233) held that the flexibility of the mediation process meant that it would be very difficult for the parties to provide for all the details of the mediation procedure in advance.

114 *Cable&Wireless v. IBM*, para 40.

115 *Ibid.*, para 31; see *Walford v Miles*: (“The reason why an agreement to negotiate, like an agreement to agree, is unenforceable is simply because it lacks the necessary certainty.”).

In cases related to the effectiveness of pre-arbitral procedures after *Cable&Wireless v. IBM*, the courts have discussed the requirements for an enforceable ADR clause as a condition precedent to arbitrate. *Holloway and another v. Chancery Mead Ltd.* (“*Holloway v. Chancery*”)¹¹⁶ is the first decision that brought three requirements for a valid conciliation clause.¹¹⁷ This case emphasized the details and rules about how to proceed with the ADR process and the appointment of a mediator.¹¹⁸

However, Moore-Bick LJ in *Sulamerica v. Enesa*¹¹⁹ stated that describing minimum ingredients is not helpful; “each case must be considered on its own terms.”¹²⁰ The clause in this case required mediation before arbitration and it set forth certain details such as time limits and the remuneration of a mediator.¹²¹ Nevertheless, Moore-Bick LJ refused to enforce the mediation clause because the rights and obligations of the parties were not sufficiently clear.¹²²

Hildyard J in *Wah v. Thornton*¹²³ emphasized again that “agreements to negotiate in good faith must be taken to be unenforceable: good faith is a too open-ended concept.”¹²⁴ Additionally, the court brought a minimum requirements list¹²⁵ to enforce an “obligation to attempt to resolve disputes amicably before arbitration”.¹²⁶ Like *Holloway v. Chancery*, this case also emphasized the importance of the details of the process, additionally, it stated the need for a “sufficiently clear commitment to commence ADR procedure.”¹²⁷

Nevertheless, the judge in *Emirates Trading v. Prime Mineral*¹²⁸ approached more favourably negotiation before arbitration, by stating that “an obligation to seek to resolve a dispute by friendly discussions in good faith has an identifiable standard, namely, fair, honest and genuine discussions aimed at resolving a dispute.”¹²⁹ Accordingly, the judge accepted that “negotiation in good faith within four weeks” is

116 [2007] EWHC 2495 (TCC).

117 *Ibid*, para 81.

118 *Ibid*; Similarly, in Australia, a minimum requirements list for an enforceable mediation stage before arbitration has been brought. This list needs details in how and pursuant to which rules to follow the process and clear statement that mediation is “condition precedent” to arbitrate. (*Aiton v. Transfield*, para 69).

119 [2012] EWCA Civ 638.

120 *Ibid*, para 35.

121 *Ibid*, para 5.

122 *Ibid*, paras 35-36.

123 [2012] EWHC 3198 (Ch).

124 *Ibid*, para 57.

125 *Ibid*, paras 53, 60.

126 *Ibid*, para 59.

127 *Ibid*, para 60.

128 [2014] EWHC 2104 (Comm).

129 *Ibid*, para 64.

a sufficiently certain condition precedent to arbitrate.¹³⁰

Furthermore, Mr Justice Edwards-Stuart in *Peterborough City Council v Enterprise Managed Services Ltd*¹³¹ emphasised the over-riding principle of party autonomy by giving effect to an MTDR clause which sets out the procedure for dispute resolution by a Dispute Adjudication Board (“DAB”) to be appointed on an *ad hoc* basis after any dispute had arisen before litigation and staying litigation and leaving *the parties to resolve their dispute in accordance with the contractual machinery*.¹³²

In light of these cases, it appears that a ‘sufficiently clear’ ADR clause is accepted by English law as creating a condition precedent to the jurisdiction of the arbitral tribunal. There are soft interpretations to validate initial tiers in some of these cases. However, the long requirement lists for “sufficiently clear” ADR procedures for both negotiation and mediation show that English law is generally not willing to name such initial tiers as condition precedent to the jurisdiction of arbitration. Furthermore, the conflicting descriptions for a “sufficiently clear” MTDR clause by different courts in England reveal that even one single country may not have a consistent approach to the enforceability of MTDR clauses. Consequently, we can say that it is extraordinary that England, which is an arbitration-friendly country and a global dispute resolution centre, has an unstable approach to this issue.¹³³

B. Reported Cases in South-eastern Asian Countries with respect to the Initial Tiers

Having examined a leading western country, we should also consider the approaches of certain south-eastern countries such as Hong Kong and Singapore that have a significant share of international commerce and are becoming important dispute resolution centres.

We can see the approach in Hong Kong from the case of *Hyundai Engineering and Construction Co. v. Vigour Ltd.*,¹³⁴ which cited *Cable & Wireless v. IBM*. In this case, a

130 Ibid, paras 47, 73; See almost identical Australian decisions: *United Group Rail v. Rail Corporation*, paras 64, 81; *Aiton v. Transfield*, paras, 98,124. In a more recent Australian case of *WTE Co-Generation v RCR Energy Pty Ltd* [2013] VSC 314, paras 42-46, a dispute resolution clause which states once the operation of the provision was triggered, the parties were required to do one of two things, either meet to resolve the dispute, or agree on methods of doing so was found to be unenforceable due to uncertainty. In the clause neither a process was prescribed to determine which option was to be pursued nor was the method of resolving the dispute specified. In *WTE Co-Generation v RCR Energy Pty Ltd*, Vickery J stated that it was a well-accepted construction technique for a court to strive to give commercial effect to an imperfectly drafted clause, but the clause must set out a process or model to be employed rather than leaving that to further agreement. (IBA Handbook, 11-12).

131 [2014] EWHC 3193 (TCC).

132 Ibid, para 43.

133 There are even more strict interpretations in the UK regarding ADR procedures. For example, the Court of Appeal held in *Halsey v Milton Keynes General NHS* [2004] EWCA Civ 576 that English courts do not have the power of forcing parties to go to mediation against their will, as this would, in the view of the Court, the right of access to justice contained in article 6 of the European Convention of Human Rights. (Cortes, 14).

134 *Hyundai Engineering and Construction Co. v. Vigour Ltd.* [2004] H.K.E.C. 444 cited in Leonard and Dharmananda (n 41), 310.

broad concept on the enforceability of initial ADR procedures for both negotiation and mediation is adopted.¹³⁵ The clause in the case required mediation before arbitration. However, the parties had selected no mediation procedure, nor had they referred to a mediator who would determine the procedure.¹³⁶ The judge adopted a liberal interpretation for enforceability of ADR procedures by stating that interpreting the initial tier of MTDR clauses ought to “be no more or less difficult than determining a procedure where the parties simply agree to arbitrate all disputes.”¹³⁷ The court held that the failure to specify a mediation procedure was not fatal so long as the parties knew their duty to mediate before arbitration.¹³⁸ The court concluded that the minimum requirement would be the appointment of a mediator in contrast to the long requirement lists in England.¹³⁹

Similar to Hong Kong, Singaporean law also adopts a more open-minded approach to the enforceability of initial ADR tiers compared to England. For example, in *International Research v. Lufthansa*,¹⁴⁰ the MTDR clause referred that “. . . disputes shall be referred to ‘specified’ mediators before arbitration.”¹⁴¹ Although the only detail in the clause was who the mediators would be and even if there was no time frame, no reference to procedural rules, the court accepted that the mediation clause “were set out in significant detail”¹⁴² with a “mandatory fashion” and accepted that it was a condition precedent to arbitrate.¹⁴³ Therefore, the court annulled the award of the tribunal on jurisdiction and ruled that because of non-compliance with initial tiers, the tribunal did not have jurisdiction.¹⁴⁴

Similarly, negotiation in good faith is also enforceable¹⁴⁵ in Singapore, since “there is no good reason why an express agreement between contracting parties that they must negotiate in good faith should not be upheld”; besides, enforcing negotiation is in the public interest.¹⁴⁶ In contrast to Western understanding, “from a traditional Asian perspective negotiation in good faith clause represents an executory contractual promise no less than substantive in content than a price, payment, or delivery term.”¹⁴⁷ Therefore, non-enforcement of “negotiation in good faith” on the grounds of a lack

135 Leonard and Dharmananda (n 41), 310.

136 Ibid.

137 *Hyundai v. Vigour*, paras 89, 96.

138 Ibid, para. 100.

139 Ibid.

140 *International Research v. Lufthansa*.

141 Ibid, para 7.

142 Ibid, para 51.

143 Ibid, para 54.

144 Ibid, para 71.

145 *HSCB Trust v. Toshin*.

146 Ibid, para 40.

147 Ibid, para 40; However, this approach may lead the above mentioned discussion here, whether the pre-litigation/pre-arbitral stages are a condition precedent to jurisdiction or a matter of admissibility.

of certainty of the clause and uncertainty to reach a settlement defeats the reasonable expectations of honest men.¹⁴⁸

C. Reported Cases in the United States with respect to the Initial Tiers

When we turn to the US, we can see that since mediation has matured in the US over the last three decades and is now a widely accepted dispute resolution mechanism, it is generally enforced.¹⁴⁹ There are two different approaches to the question of “on what ground mediation is enforceable”.

The first approach was shaped before the 2000s on the ground of the Federal Arbitration Act 1925 (“FAA”). Section 2 of the FAA regulates the enforceability of arbitration agreements and section 3 of the FAA invokes that if one of the parties applies for a stay of proceedings in favour of an arbitration agreement, the court has to grant it. Since arbitration is an ADR mechanism like mediation in the US, these sections were also applied in favour of mediation.¹⁵⁰ In *CB Richard Ellis, Inc. v. American Environmental Waste Management, No. 98-CV-4183 (JG)*,¹⁵¹ the court stated that FAA defined arbitration as a procedure to “settle” conflicts, and mediation agreements would also come within its ambit.

After the works on the Revised Uniform Arbitration Act 2000 and Uniform Mediation Act 2001, courts have decided enforceability of mediation pursuant to principles of contract law.¹⁵² In *Kemiron v. Aguakem*,¹⁵³ and *HIM Portland v. Devito*,¹⁵⁴ the judges determined that the “precise” mediation clauses were enforceable and a “condition precedent” to arbitration.¹⁵⁵ While mediation was referred to as a “condition precedent” in *HIM Portland v. Devito*,¹⁵⁶ the clause in *Kemiron v. Aguakem*¹⁵⁷ did not specify this. While the clause in *Kemiron v. Aguakem* referred the time limit and default rule for the appointment of a mediator, the one in *HIM Portland v. Devito* referred only to the mediation rules of an institution. Nevertheless, in both cases the mediation clauses were seen as being sufficiently “precise.”

148 Ibid, para 41; In a survey made in 2014 the questionnaire data revealed that the participants practising in Common Law Asia Pacific experienced the combined use of mediation and arbitration more often (35.7%) than their colleagues from Continental Europe (25%). Compared to the overall proportion of the participants depending on their country of practice, those who had experience with the combined use of mediation and arbitration constituted 37% of the overall number of Common Law Asia Pacific and 25.9% of Continental European participants. (Nigmatullina (n 2), 52).

149 Peter Tochtermann, ‘Agreements to Negotiate in the Transnational Context — Issues of Contract Law and Effective Dispute Resolution’ (2008) Unif. L. Rev. 13(3), 694.

150 *Cecala v. Moore* 982 F.Supp. 609 (N.D. Ill. 1997).

151 (1998) WL 903495 (E.D.N.Y. Dec. 4, 1998).

152 Tochtermann (n 148), 701.

153 *Kemiron Atlantic v. Aguakem International* 290 F. 3d 1287, 1291 (11th Cir. 2002) (“*Kemiron v. Aguakem*”).

154 *HIM Portland v. Devito*.

155 *Kemiron v. Aguakem*, para 20; *HIM Portland v. Devito*, paras 11-13; Tochtermann, 703.

156 *HIM Portland v. DeVito*, para 3-4.

157 *Kemiron v. Aguakem*, para 5.

Furthermore, the US approach to negotiation can be seen in *White v. Kampner*¹⁵⁸ in which the judge enforced a negotiation clause, which stated, “the parties *shall* negotiate in good faith” before arbitration. The judge held that this clause was a “mandatory negotiation clause as a condition precedent to arbitration”.¹⁵⁹

D. Reported Cases in the Continental Legal Systems with respect to the Initial Tiers

Having examined several leading common law countries, it is important to analyse leading civil law countries, which occupy a significant position in international dispute resolution.

The standing of France for this topic becomes clear with the decision of the *Cour de Cassation* in *Poiré v. Tripier*.¹⁶⁰ The court suggested the approach: if the language of mediation as an initial tier is “sufficiently clear,” it becomes a condition for admissibility of the claim upon an objection by the respondent under Article 122 of the French Code of Civil Procedure.¹⁶¹ The clause in the case stated, “prior to commencement of proceedings, any potential dispute has to be submitted to mediators designated by each of the parties, except if the parties can agree on a sole mediator.” The court considered this language to be binding and a basis for dismissal of litigation due to peremptory inadmissibility.¹⁶² It is seen that France does not need a more detailed provision, which includes time limits, appointment procedures, and further details like the UK. Later in 2005, the Commercial Chamber of *Cour de Cassation* affirmed the *Poiré v. Tripier* ruling, and held that such a claim on admissibility may be raised at every stage of the proceedings.¹⁶³

However, according to scholars, for a valid mandatory mediation clause which lead the case before court inadmissible, certain details about the process, for example how to choose the mediator, the time duration to mediate shall be specified.¹⁶⁴ In the same line according to a relatively new decision of French *Cour de Cassation* in *Medissimo v. Logica*, the MTDR clause which leads parties to amicably resolve (amicably negotiation) the disputes before the court procedure but does not include enough procedural detail is not assessed as a mandatory negotiation clause which shall be considered by the court to decide the case inadmissible under article 122 of

158 *White v. Kampner* .

159 *Ibid*, 229 Conn 473.

160 *Cour de Cassation*, 14 February 2003, *Revue de l'arbitrage* (2003) cited in in Tochtermann (n 148), 705.

161 *Ibid* ; In Article 122 of French Code of Civil Procedure, the reasons of objection to the court to dismiss the case on the ground of lack of admissibility.

162 Carter (n 14), 459.

163 *Cour de Cassation*, Chambre comm., N° 02-11519 v. 22.2.2005 cited in Tochtermann (n 148), 705.

164 See Ebru Ay Chelli, ‘Fransız Yargıtay’ının Zorunlu Olmayan Uzlaşma Şartı Tüketilmeden Dava Açılabileceğine İlişkin 29 Nisan 2014 Tarihli Kararının Tercümesi’, 2015 (2) UTTER, 235, fn 4.

French Code of Civil Procedure.¹⁶⁵ The French *Cour de Cassation* held that a mere mutual agreement to attempt to resolve a dispute without any particular conditions as to its implementation, is not a mandatory condition precedent to the right to refer the claim to a judge, which thus does not render the claims inadmissible if disregarded.¹⁶⁶

Courts in Germany¹⁶⁷ have dealt with the issue by finding that claims brought to the court before the fulfilment of initial tiers, for example a settlement negotiation, are inadmissible.¹⁶⁸ Therefore, if the parties agreed on such a clause, both parties were obliged to co-operate in carrying out the initial ADR procedures.¹⁶⁹ In other words, the court confirmed that if the parties agreed on a mandatory settlement clause, both parties were obliged to co-operate in carrying out the settlement negotiations. An action brought before the courts prior to the completion of an agreed settlement procedure was inadmissible.¹⁷⁰

In Switzerland, having decided that the ADR process is a mandatory condition precedent before arbitration, the discussion has initially focused on whether the agreement between the parties to first negotiate and/or mediate before arbitrate constitutes an agreement of a procedural or substantive nature which is important in designating the sanction to failure to comply with the initial step.¹⁷¹ Additionally scholars state that in Swiss law, whether the initial ADR methods, especially, before arbitration is a preliminary mandatory condition precedent is another disputed issue and the answer depends on the wording and process details of such a clause.¹⁷²

165 Cassation chambre commerciale, 29 avril 2014, n° 12-27.004, Bulletin civil, n° 76 (Chelli (n 163), 234; The clause in the contract was “ If any disputes which will arise regarding execution or interpretation of this signed contract between the parties cannot resolved by amicably negotiations, the dispute shall be submitted to Paris Commercial Court.” (Chelli (n 163), fn 2, 234).

166 Cited in Gregory Travaini and Herbert Smith Freehills, Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses, A Friendly Miranda Warning, <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2014/09/30/multi-tiered-dispute-resolution-clauses-a-friendly-miranda-warning/>> (Accessed 21.04.2020); The court explained that the inadmissibility of the claims would therefore be dependent upon the wording of the multi-tiered clause in relation to the following questions: (a) Is the amicable dispute resolution clause mandatory? (b) Is the amicable dispute resolution clause a condition precedent to the right to refer a claim to litigation or arbitration? (c) Is the amicable dispute resolution clause procedure sufficiently detailed? Only in situations where all the above requirements were fulfilled, could the clause be considered to be enforceable. (Cited in Garimella and Siddiqui (n 63), 178); In the same vein, in a recent decision of January 29, 2014 (*Knappe Composites v. Art Métal*, 3rd Civil Section of the Court of cassation, n°13-10833), the Court of Cassation denied the enforcement of an escalation clause which in its view did not provide for a mandatory duty to engage into conciliation. The clause, which derived from a professional standard rule for constructors, provided that for the settlement of disputes likely to arise in relation to the performance or the payment of the construction contract, the contracting parties *have to consult each other* in order to submit their dispute to arbitration or to reject arbitration. (IBA Handbook 2015, 81).

167 Decision German BGH, 23 November 1983, NJW 1984, 669-670; Decision German BGH 18 November 1998, NJW 1999 Heft 9, 647-648 cited in Jolles, 332.

168 C Boog, ‘How to Deal with Multi-tiered Dispute Resolution Clauses - Note - 6 June 2007 - Swiss Federal Supreme Court’ (2008) 26(1) ASA Bulletin, 107.

169 Decision German BGH 18 November 1998 BGH, (1999) NJW, Heft 9, 647-648 cited in Jolles (n 3), 332.

170 Alexander J. Bělohávek, Arbitration Agreement, MDR Clauses and Relation Thereof to Nature of

Jurisdictional Decisions on the Break of Legal Cultures, Część IV. Z problematyki międzynarodowej i prawa obcego, 412.

171 Jolles (n 3), 329; Kaufmann-Kohler and Rigozzi (n 96), para 5.23, 244.

172 Kaufmann-Kohler and Rigozzi (n 96), para 5.22, 244.

The view which alleges that mediating before arbitral proceedings is an agreement of substantive nature argues that failure to comply with initial tiers is to be treated like any other breach of contract, with the standard remedies provided for under contract law.¹⁷³ Supporters of this view argue that if such agreements for initial tiers were treated as a condition precedent to litigation or arbitration; they could result in a party being entirely excluded from access to an adjudicatory body depending on the parties' will.¹⁷⁴ A Swiss decision given in 1999¹⁷⁵ supported this idea and stated that a conciliation agreement was not a bar to litigation since it was a matter of substantive law rather than procedural law.¹⁷⁶

Some courts and commentators have taken the view that mediation or a similar agreement constitutes an agreement of a rather procedural nature. Failure to comply with such an agreement results in the request for arbitration being inadmissible only upon an objection by one of the parties.¹⁷⁷ This view holds that a violation of initial ADR procedures does not exclude an arbitral tribunal's jurisdiction.¹⁷⁸

Furthermore, *Y v. X* emphasized the importance of the wording of the clause of enforceability.¹⁷⁹ The court in this case showed its willingness to enforce the mediation clause, where the wording of the clause stated mediation as a mandatory intermediary step.¹⁸⁰ Additionally, the court referred to the certainty of the period in which mediation proceedings would have to be initiated or terminated as a requirement for enforceability of such clauses.¹⁸¹ In a 2011 decision, for an enforceable mediation clause, the Swiss Supreme Court had confirmed the need for the parties to use very clear language by specifying the requirement for time limits, provisions on appointment of mediator and procedural framework similar to the lists in *Holloway v. Chancery*.¹⁸² Additionally, this decision is an indication that most of the scholars appear to favour to evaluate complying with the pre-arbitral stages as a procedural matter.¹⁸³

In 2014, the First Civil Law Court of the Swiss Federal Tribunal decided that the dispute resolution procedure before the FIDIC Dispute Adjudication Board ("DAB") as a pre-arbitration ADR procedure is mandatory. An arbitration may not be initiated

173 Decision 15 March 1999, ZR 99 (2000) no. 29 c II.4c cited in Boog (n 167), 106.

174 Heiner Eiholzer, *Die Streitbelegungsabrede* (Universität Fribourg, 1998), N.673, 176,183, 185 cited in Jolles (n 3), 332.

175 Kassationsgericht Zürich, Decision of 15 March 1999, (2002) *ASA Bull.* 373 at p. 374 cited in Berger (n 5), 6.

176 Tochtermann (n 148), 706.

177 Decision Zurich Court of Appeals, 11 September 2001, ZR 101 (2002) no. 21; Decision Court of Appeals Canton of Thurgau, 23 April 2001, RBOG (2001) no. 18 and reported in *ASA Bulletin* 2003, 418-420 cited in Boog (n 167), 106.

178 Werner Wenger, Kommentar zu Artikel 186 IPRG N 20(e), in *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht*, Basel, (1996) cited in Jolles (n 3), 331.

179 Swiss Federal Supreme Court — Arrêt du 6 juin 2007 1^{ère} Cour de droit civil, 4A_18/2007 cited in Tochtermann (n 148), 706.

180 *Ibid.*

181 Boog (n 167), 104.

182 BGer. 4A_46/2011 para. 3.1.1, 3.4, *ASA Bull.* 2011, pp. 643-647 cited in Baizeau and Loong (n 38), 1456.

183 Kaufmann-Kohler and Rigozzi (n 96), para 5.23, 244.

without going first to the DAB if the contract so provides but an, as it was in the case, *ad hoc* DAB which has not been constituted during a significant time (18 months) after it was requested creates a situation in which the Respondent in an arbitration can no longer rely on the mandatory nature of the DAB procedure and the arbitral tribunal established without consuming DAB procedure has jurisdiction to hear the case.¹⁸⁴

In a recent Swiss First Civil Law Court decision in March 2016, the Swiss Court accepted that the multi-tier clause required the parties to engage in conciliation prior to commencing arbitration and found that the most proper solution was to stay the arbitration until the conciliation proceedings could take place instead of dismissing the case due to a lack of jurisdiction; after in the case of a fruitless conciliation procedure, the arbitration could resume before the originally constituted tribunal. Therefore, the Court effectively ruled that a pre-arbitral process in an MTDR clause does not constitute a jurisdictional condition precedent, however, parties to these clauses shall be required to abide by pre-arbitral steps. Lastly, the court also made it clear that sanctioning the party refusing to comply with its obligation to engage in a mandatory prerequisite with damages is not a satisfactory solution in comparison to the procedural sanction above explained.¹⁸⁵

VI. International Incentives: UML on Mediation and Singapore Convention

In the last thirty years especially, the governmental and non-governmental regulations to encourage the resolution of commercial disputes through ADR processes other than arbitration, that is, to include MTDR clauses in commercial contracts, have increased in both national and international platforms.¹⁸⁶ However, in many jurisdictions, ADR methods are not subject to specific rules and ADR proceedings are largely conducted in the “shadow” of the law.¹⁸⁷ There have been significant judicial differences between countries over the enforceability of ADR clauses before formal proceedings having commenced.¹⁸⁸ It is certain that uniformity of such rules would help to provide greater integrity and certainty in the ADR process.¹⁸⁹

In the current situation, mediation is taken as the centre of ADR mechanisms and, therefore discussions focus on internationally harmonized legal solutions designed to

184 A SA v. B SA, 4A_124/2014, paras 3.4 and 3.5 <http://www.swissarbitrationdecisions.com/federal-tribunal-upholds-fidic-pre-arbitration-requirements?search=4A_124%2F2014> Accessed 14.5.2020.

185 X Ltd. v. Y S.p.A, 4A_628/2015 of March 16, 2016, paras 2.4.4.1, 2.4.4.2. English translation available through Swiss International Arbitration Decisions <<http://www.swissarbitrationdecisions.com/no-breach-of-pre-arbitral-procedures-failure-to-deal-with-an-arg>> (accessed 17.4.2020)

186 Baizeau and Loong (n 38), 1452.

187 Petsche (n 23), 258.

188 Carter (n 14), 456.

189 UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation with guide to Enactment and Use 2002 (“Guide”), para 17 <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-conc/03-90953_Ebook.pdf > Accessed 27.04.2020.

facilitate mediation.¹⁹⁰ There are two significant examples as international commercial law instruments for such a goal: UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation 2018 (“UML on Mediation”) whose aim is to provide uniform rules for consistent practice for mediation and the United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation (“Singapore Convention”) whose purpose is to provide global recognition and enforcement of the mediated settlement agreement on commercial matters and consequently to facilitate international trade and promote mediation as an alternative and effective method of resolving trade disputes. Being a binding international instrument, the Singapore Convention is expected to bring certainty and stability to the international framework on mediation.¹⁹¹

A. UML on Mediation

UML on Mediation which amends UNCIRAL Model Law on International Commercial Conciliation 2002 (UML on Conciliation) and which provides uniform rules for mediation process to encourage the use of mediation and has been considered by several countries when they enact mediation laws.¹⁹² Many states in the US and Canada, and several countries such as France have adopted the former version of UML on Mediation, and Switzerland has been influenced when they were enacting or amending their mediation acts.¹⁹³ Therefore, UML on Mediation, even maybe by going further, may have the potential to provide international uniformity for conciliation/mediation practice as its analogue for arbitration, UML on Arbitration.

The scope of UML on Mediation is limited to non-binding types of dispute resolution, particularly, international commercial mediation.¹⁹⁴ UML on Mediation amends the UML on Conciliation (2002) in 2018 with the addition of a new section on international settlement agreements and their enforcement.¹⁹⁵ UML on Mediation brings an important emphasis to the enforceability of the settlement agreements which have been reached after a mediation procedure and provide a system for the enforceability of settlement agreements similar to arbitral award.¹⁹⁶

The enforceability of a mediation clause in an MTRD agreement is referred to in

¹⁹⁰ Guide (n 189), para 8.

¹⁹¹ <https://uncitral.un.org/en/texts/mediation/conventions/international_settlement_agreements> (accessed at 29.09.2020).

¹⁹² See Status <https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_conciliation/status> Accessed 26.03.2020; Garimella and Siddiqui (n 63), 168.

¹⁹³ Legislation based on or influenced by the Model Law has been adopted in 33 States in a total of 45 jurisdictions. Status <https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_conciliation/status> Accessed 30.03.2020.

¹⁹⁴ Guide (n 189), paras 7, 28; Article 1 of UML on Mediation.

¹⁹⁵ <https://uncitral.un.org/en/texts/mediation/modellaw/commercial_conciliation> Accessed 30.03.2020.

¹⁹⁶ “If the parties conclude an agreement settling a dispute, that settlement agreement is binding and enforceable.” Article 15 of UML on Mediation; “A settlement agreement shall be enforced in accordance with the rules of procedure of this State, and under the conditions laid down in this section.” Article 18/1 of UML on Mediation; see also Articles 18 and 19 of UML on Mediation.

Article 14 of UML on Mediation which is the successor of Article 13 of UML on Conciliation. This article which favours the enforceability of agreements to mediate¹⁹⁷ appears to require arbitrators and courts, by using the word “shall,” to “give effect” to “express” agreements not to initiate arbitration or litigation “during a specified period of time” or “until a specified event has occurred.”¹⁹⁸ Exceptionally, arbitrators or courts shall not give effect to a mediation agreement, if a party considers it necessary to “preserve its rights.”¹⁹⁹ The exception in Article 14 should be formed narrowly, for example, by providing that the party is authorized to commence formal proceedings “to the extent they are *reasonably* necessary to preserve its rights”. Such a phrase may introduce an objective test rather than leaving it up to the discretion of the party.²⁰⁰

The article emphasizes that initiation of such proceedings is not of itself to be regarded as a waiver of the agreement to mediate or as a termination of the mediation proceedings. The drafters were not in favour of having a general rule that prohibited parties from recourse to litigation or arbitration pending a mediation procedure. The reason for such a formulation is that limiting the parties’ right strictly to initiate arbitral or court proceedings might discourage parties from entering into mediation agreements. Moreover, preventing access to courts/tribunals may bring constitutional law issues that access to courts is regarded as an inalienable right.²⁰¹

After UML on Conciliation, although scholars stated that it may be necessary to provide that Article 13 would include the enforcement of other ADR processes, such as negotiation requirements in an MTDR structure, at least to the extent of the sanction that may be entailed by failure to comply with the initial tier²⁰², negotiation is not inserted in UML on Mediation. Nevertheless, according to scholars, the Article’s drafting allows an analogy to be derived in the terms that this provision could be construed as supporting the enforcement of ADR procedures like negotiation, at least to the extent of staying arbitral or judicial proceedings until the specified event has occurred.²⁰³

Although UML on Mediation is an important step for the harmonisation of mediation practice, this instrument may still not eliminate the uncertainties regarding the conditions for a valid mediation agreement and its enforcement. Neither Article 1 nor Article 14 regulates the formal or substantive conditions for a valid and enforceable mediation agreement. Even though following the adoption of UML on Conciliation

197 Garimella, Siddiqui (n 63), 168 ; Erkan (n 27), 55.

198 Carter (n 14), 456.

199 Guide (n 189), para 84.

200 Eric van Ginkel, ‘The UNCITRAL Model on International Commercial Conciliation: A Critical Appraisal’ (2004) JIA 21(1), 55.

201 Guide (n 189), para 83; Ginkel (n 199), 54; Garimella and Siddiqui (n 63), 168.

202 Carter (n 14), 456.

203 Garimella and Siddiqui (n 63), 168; Kayali, MTDR (n 24), 510; Carter (n 14), 457.

scholars suggested that Article 13 should be drafted in a clearer way to make certain that agreements to mediate are enforceable contracts under the law of the enacting state, and failure to fulfil the obligation to participate in the process is sanctioned by the courts or arbitral tribunals by refusing the claims to initiate proceedings until the mediation process has been completed²⁰⁴, there is no clarity in Article 14 to the matter whether the state court or arbitral tribunal shall ex officio take into consideration the non-fulfilment of initial ADR tiers.²⁰⁵ Additionally, Article 14 does not deal with the sanctions that may be entailed for the failure to comply with the initial mediation tier. Whether the arbitrators or courts stay or close the formal proceedings when parties do not complete mediation is not clear, in other words the question of whether non-fulfilling a mediation stage has an effect on the jurisdiction of the arbitral tribunal or the court has been ambiguous. Provisions on these matters still depend on national approaches²⁰⁶ since this issue has a close connection to the constitutional right of access to court. In any case, even though such a clause would be added to UML on Mediation, it is most likely that states who get influenced by UML on Mediation could disregard this clause during adoption. Therefore, UML on Mediation does not have enough teeth to provide a legal basis for the enforcement of initial ADR procedures as a condition precedent.

B. Singapore Convention

While discussing alternative dispute resolution systems to arbitration and litigation, one of the most popular topics was the enforcement issue of the mediated settlement agreements besides the issue of enforcement ADR-MTDR agreements. As it is afore mentioned, UML on Conciliation 2002 did not provide any tool for such a need. In addition to the European Parliament's study in which it was 'suggested that if enforcement were uniform, mediation would become more attractive, in particular, in the international business sector', several surveys underlined the importance of enforcement of settlement agreements and the importance of and need for an international instrument to provide a global enforcement mechanism for settlement agreements resulting from mediation to encourage the use of mediation.²⁰⁷

204 Ginkel (n 199), 56.

205 Ekşi (n 2), 33.

206 Guide (n 189), para 36.

207 Directorate-General for Internal Affairs, "'Rebooting" the Mediation Directive: Assessing the Limited Impact of its Implementation and Proposing Measures to Increase the Number of Mediations in the EU' (2014), <[http://www.europarl.europa.eu/thinktank/fr/document.html?reference=IPOL-JURI_ET\(2014\)493042](http://www.europarl.europa.eu/thinktank/fr/document.html?reference=IPOL-JURI_ET(2014)493042)> (accessed at 30.07.2020); IBA Mediation Committee, Sub-Committee on the UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation, IBA (Oct. 2007), <https://www.ibanet.org/ENews_Archive/IBA_November_2007_ENews_MediationSummary.aspx> (accessed at 30.07.2020); S. I. Strong, 'Use and Perception of International Commercial Mediation and Conciliation: A Preliminary Report on Issues Relating to the Proposed UNCITRAL Convention on International Commercial Mediation and Conciliation' (Nov. 17, 2014), <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2526302> (accessed at 03.08.2020); Queen Mary University of London School of Int'l Arb. And White & Case, 'International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration' (2015), <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2015_International_Arbitration_Survey.pdf> (accessed at 04.08.2020); see also Erkan (n 27), 83 fn 22.

For such an instrument, after laborious discussions on the issue since 2014 following a proposal made by the USA to develop a multilateral convention similar to NYC, on 20 December 2018, UNCITRAL Working Group II adopted the final drafts of the Singapore Convention. On 7 August 2019, the Singapore Convention became open for signature and came into force on 12 September 2020 after it was ratified by three member states (article 14 of the Singapore Convention). Turkey, as one of the first 46 signatories of the Singapore Convention, ratified the Convention on 11 March 2021 by way of enacting Law Regarding the Approval of the United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation numbered 7282, which entered into force on its publication date in Official Gazette, 11 March 2021. According to Article 14 of the Singapore Convention, the Convention shall enter into force in Turkey six months from 11 March 2021.

In order to mirror the provisions of the Singapore Convention, the UML on Conciliation of 2002 was amended and renamed as UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation (UML on Mediation) which is mentioned above.

In the preamble of the Singapore Convention, it is stated that the adoption of a Convention on international settlement agreements resulting from mediation that is acceptable to States with different legal, social and economic systems would complement the existing legal framework on international mediation and contribute to the development of harmonious international economic relations.²⁰⁸ The Singapore Convention consists of sixteen articles. Article 1 of the Convention describes the scope of application by differing the settlement agreements which stay within and without the scope. With the heading of “definitions” Article 2 defines certain important terms for the Convention like “mediation”. The definition of “mediation” in Article 2(3) is broad and could include mediation, conciliation and almost any form of alternative dispute resolution.²⁰⁹ Article 3 provides both enforcement of the settlement agreements within the scope of the Convention and the right to invoke the settlement agreement as a defence before, for example, court to indicate the conflict has already been settled. Unlike NYC, which does not contain form requirements for arbitral awards, the Singapore Convention needs to specify form requirements because settlement

208 <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/EN/Texts/UNCITRAL/Arbitration/mediation_convention_v1900316_eng.pdf>(accessed at 28.09.2020).

209 Lucy Reed, ‘Ultima Thule: Prospects for International Commercial Mediation’ National University of Singapore Centre for International Law Working Paper 19/03 Schiefelbein Global Dispute Resolution Conference 2019, 15; Banu Şit Köseoğlu, Milletlerarası Ticarî Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Sonunda Varılan Anlaşmaların Singapur Konvansiyonu Çerçevesinde Taraf Devletlerde İcra Edilebilirliği, (Adalet 2020), 39; Ersin Erdoğan, ‘Milletlerarası Arabuluculuk Anlaşma Belgelerinin İcrasına İlişkin BM Sözleşmesinin (Singapur Sözleşmesi) Değerlendirilmesi’, International Symposium On Enhancing Mediation, Ankara 2018 <https://aybu.edu.tr/hukuk/contents/files/ARABULUCULUK%20SEMPOZYUM%20KI%CC%87TABI.pdf> (accessed at 19.04.2021), 191; Talat Kaya, ‘Singapur Sözleşmesi ve Uluslararası Ticari Arabuluculuk Sonucunda Ortaya Çıkan Sulh Anlaşmalarının Tanınması ve İcrası Meselesi’, 2019) 25(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, 989; For further information Erkan (n 27), 102-109.

agreements can be arrived at after mediation, negotiation, or other means of informal discussion (see Articles 2(2) and 4(1)(a), 4(2) of the Convention).²¹⁰ Article 4 defines the requirements for reliance on settlement agreements. Article 5 defines the grounds, the defences for refusing to grant relief to the settlement agreements. These defences in article 5 of the Singapore Convention were formulated by the Working Group II to be limited, exhaustive, stated in general terms, and not cumbersome to implement. Most have been drawn from Article V of the NYC with appropriate modifications to suit the context of mediation and are relatively uncontroversial.²¹¹

As certain examples have been given above, several similarities between the Singapore Convention and the NYC can be observed. However, there are some important differences between the Singapore Convention and the NYC. One of the most significant ones, which is the essential topic in this paper, is that the Singapore Convention covers only the enforcement of successful mediated agreements and not agreements to mediate, unlike the NYC which covers both arbitration awards and agreements to arbitrate.²¹² It is important to emphasize that the Singapore Convention does not take any stand on the source of mediation. During the courses of UNCITRAL Working Group II the issue whether the convention should include the enforcement of agreements to mediate, just as the NYC provides for the enforcement of agreements to arbitrate discussed: are agreements to mediate enforceable and are they considered conditions precedent that precludes the progression to employing other dispute resolution modalities varies across jurisdictions? It was claimed that mediations are not always employed by parties pursuant to an agreement and therefore, it was considered too difficult to achieve consensus on including enforcement of agreements to mediate.²¹³ Thus, the consensus view was that the Convention should be limited to only mediated

210 Eunice Chua, 'The Singapore Convention on Mediation—A Brighter Future for Asian Dispute Resolution' *Asian Journal of International Law*, 9 (2019), 199; In Article 3, the term "recognition" was intentionally not used since this term is used for final and binding court judgments and arbitral awards. Şit Köseoğlu (n 209), 32-35, 62-63, 66; Sibel Özel, 'United Nations Convention on International Settlements Agreements Resulting From Mediation: Singapore Convention', (2019) 25(2) *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, 1199; Timothy Schnabel, 'The Singapore Convention on Mediation: A Framework for the Cross-border Recognition and Enforcement of Mediated Settlement' 19 (1) (2019) 7, *Pepp. Disp. Resolve. L. J.*, 35-36; regarding the requirement of being "writing", "It was also widely felt that the principle of functional equivalence embodied in UNCITRAL texts on electronic commerce could be reflected in the instrument, allowing for the use of electronic and other means of communication to meet the form requirements therein." Report of Working Group II (Arbitration and Conciliation) on the work of its sixty-fourth session (New York, 1-5 February 2016), para. 133 <<https://undocs.org/en/A/CN.9/867>> (accessed at 19.04.2021); For example, even exchange of e-mails between parties may meet the "writing" requirement. Erdoğan (n 209), 195; Kaya (n 209), 992; regarding the requirement of signed settlement agreement reached via electronic communication see Erkan (n 27), 157-162.

211 Report of Working Group II (Arbitration and Conciliation) on the Work of its Sixty-third Session, UNCITRAL, UN Doc. A/CN.9/861 (2015), at para. 93; Chua (n 210), 201; James E. Castillo, *Singapur Sözleşmesi'nin Arabuluculuk Üzerine Yansımaları Sempozyumu*, Turkey 2019, <<https://adb.adalet.gov.tr/ekitap/sngprarbsempozyum.pdf>> (accessed at 01.10.2020), 42; Erdoğan (n 209), 198; for similarities and differences between the two mentioned articles see Şit Köşgeroğlu (n 209), 75-83; Kaya (n 209), 997.

212 Reed (n 209), 13; Özel (n 210), 1195; Schnabel (n 210), 14; Since settlement agreement is not judicial, whether the parties agree to mediate or whether the dispute between parties is within the content of mediation agreement does not have impact on enforcement of mediated settlement agreement according to the Convention. Şit Köşgeroğlu (n 209), 34; Since parties' will on mediated settlement agreement covers and indicates automatically their intention to mediate, the mentioned preference is suitable. Kaya (n 209), 984.

213 See above the similar discussions for UML on Mediation regarding constitutional rights to access court.

settlement agreements²¹⁴ and the fact that the parties may have decided voluntarily to resort to mediation instead of commencing litigation, or an attempt at mediation may have been mandatory because it was ordered either by a legal rule or by a court or an arbitral tribunal was not accepted by the Working Group II as an issue which shall be regulated in the Convention.²¹⁵

Among scholars it is emphasized for settlement agreements that the Singapore Convention converts what would otherwise be seen as purely a private contractual act into an instrument that can circulate under a legally binding international framework.²¹⁶ This new *sui generis* status²¹⁷ granted to international settlement agreements is “likely to boost mediation as a method of resolving cross-border commercial disputes, overcoming the concern – widespread in the business community – that if a party to a successful mediation procedure later has a change of heart, the company interested in compliance with the terms of the agreement will be forced to start over, commencing either litigation or arbitration”.²¹⁸ Therefore a convention for enforcement of the mediated settlement agreements instead of a softer instrument is an achievement in itself²¹⁹, and in any event, by virtue of the Singapore Convention, the party willing to enforce an international settlement agreement resulting from mediation in a State that is a party to the Singapore Convention itself will be able to turn to the courts (or any other ‘competent authority’) of that State and request relief. It is also claimed that the Singapore Convention goes further than the EU Mediation Directive, which has not produced the impact hoped-for of growing the use of mediation in the EU.²²⁰ The Singapore Convention has the potential to address the concerns with enforceability and

214 Report of Working Group II (Dispute Settlement) on the Work of its Sixty-Sixth Session, 51-53, A/CN.9/901 (Feb. 16, 2017).

215 Elisabetta Silvestri, ‘The Singapore Convention On Mediated Settlement Agreements: A New String To The Bow Of International Mediation?’ *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro. Ano 13. Volume 20. Número 2. Maio a Agosto de 2019, 192.

216 Silvestri (n 215), 192; Schnabel (n 210), 11; Şit Köşgeroğlu (n 209), 30-31; In the same line Leed also states that the framework for *direct enforcement* by national courts (in ratifying states) of mediated settlement agreements of international commercial disputes which is established by the Singapore Convention makes settlement agreements a new *sui generis* legal instrument. Reed, 12; On the other side, Zeller and Trakman opposing the view which evaluated mediated settlement agreements as a special kind of contract by alleging that a mediated agreement is no more than a contract between the parties; the fact that a mediation agreement is concluded between the parties, and not with the mediator, confirms that it is no more nor less than a contract in the ordinary course. Bruno Zeller and Leon Trakman ‘Mediation and Arbitration: The Process of Enforcement’ (2019) *Uniform Law Review* 1 [2019] *UNSWLRS* 43, 10; in the same line Özel (n 210), 1191.

217 See Schnabel (n 210), 9-11.

218 Silvestri (n 215), 191

219 Chua (n 210), 196; Erkan (n 27), 300-302.

220 Chua (n 210), 198; for the reasons of why the Directive could not meet the expectations regarding enhancing use of mediation see also Directorate-General for Internal Affairs, “‘Rebooting’ the Mediation Directive: Assessing the Limited Impact of its Implementation and Proposing Measures to Increase the Number of Mediations in the EU” (2014), <[http://www.europarl.europa.eu/thinktank/fr/document.html?reference=IPOL-JURI_ET\(2014\)493042](http://www.europarl.europa.eu/thinktank/fr/document.html?reference=IPOL-JURI_ET(2014)493042)> (accessed at 30.07.2020); “Ten years since its adoption, the EU Mediation Directive remains very far from reaching its stated goals of encouraging the use of mediation and especially achieving a “balanced relationship between mediation and judicial proceedings” (Article 1).” A Ten-Year-Long “EU Mediation Paradox” When an EU Directive Needs To Be More ... Directive <[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/608847/IPOL_BRI\(2018\)608847_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/608847/IPOL_BRI(2018)608847_EN.pdf)> (accessed 1at 19.04.2021); see also Ali Khaled Ali Qtaishat, Hiyam Mah'd Harb Alshawabkeh, Hanadimahamoud Tawfek Saleh, ‘European Union Directive on Mediation: Assessing the Developments and Challenges’, *European Journal of Scientific Research* 148(3) (2018), 387, 393.

allow the positive attitudes towards mediation to lead to growth in the actual use of mediation and international mediation will undoubtedly become a fierce competitor of arbitration.²²¹ Consequently, adoption of the Singapore Convention is exactly an answer to the critics that the absence of a unified enforcement mechanism for international mediated settlement agreements is often seen as an obstacle to its greater use as a stand-alone method of international commercial dispute resolution.²²²

However, currently, it may still be said for global harmonisation, unlike NYC for arbitral award, there is no internationally accepted instrument for the recognition and enforcement of a settlement agreement reached after ADR process since the Singapore Convention has been signed by fifty-three countries²²³, entered into force in three countries, Fiji, Qatar and Singapore yet and will enter into force at the end of 2020 in Saudi Arabia, at the beginning of 2021 in Belarus and Ecuador.²²⁴ One of the most salient signatories of the Singapore Convention, the USA has not ratified the Convention yet. None of the EU states have even signed the Convention. It may, of course, be understandable, since the only strong opposition to authorizing work on the topic came from the EU and some of its member States who stated that there is no evident need for harmonization on the topic and opined that finding agreement on a harmonized approach beyond the model law's decision to leave the issue of enforcement to domestic law was unrealistic.²²⁵

221 Chua (n 210), 204-205; Silvestri (n 215), 198; Zeller and Trakman (n 216), 16; It has already been seen in the area of international dispute resolution. For example, the proposed changes to the ICSID rules on conciliation specifically suggests that the parties sign a settlement agreement embodied in the report so that parties in ICSID conciliation proceedings can benefit from the enforcement regime for mediated settlements contemplated by the Singapore Convention. 'ICSID, Proposals for Amendment of the ICSID Rules — Synopsis', para. 95 (Aug. 2, 2018), <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/Amendments_Vol_One.pdf> (accessed at 29.09.2020); On the other hand, Reed claims that "*the New York Convention model [for mediation] is not a miracle-maker. Galileo's theory of the Earth orbiting around the Sun changed the field of astronomy forever; but the Singapore Convention on Mediation by itself will likely not have that kind of outsize impact. Recall the causation question of whether (a) it was the 1958 New York Convention and its prospect of direct enforcement of arbitral awards internationally that brought about the growth of international commercial arbitration; or (b) it was the expansion of global commerce post-World War II that naturally led to more international arbitration, which then necessitated a New York Convention. In all likelihood, it was some of both. Regardless, the streamlined and elegant New York Convention certainly improved the prospects and reality of international commercial arbitration. The Singapore Convention has the potential to do the same for international commercial mediation.*" Reed (209), 22.

222 Zeller and Trakman (n 216), 3; It may be also suggested that the current problem with enforcement can be overcome if a mediated settlement agreement is incorporated into an arbitral award enforceable all over the world pursuant to the NYC. The combined use of mediation and arbitration offers parties the possibility of converting their settlement agreement into a consent arbitral award, which is often regarded as one of the key advantages of this dispute resolution approach. This may be the reason why parties use the combined process. Nigmatullina (n 2), 69-70; Özel (n 210), 1193; Sussman (n 28), 46-47.

223 Turkey is one of the signatories and Turkish scholars state that the Singapore Convention is in line with the Turkish Law. After ratification, the Singapore Convention is applied to enforce the settlement agreement which is mediated outside Turkey since within Turkey enforcement of settlement agreements is provided by the Turkish Code of Mediation for Civil Disputes (Law no: 6325, Admission date: 07.06.2012, Official Gazette 22.06.2012/28331). Nuray Ekşi, 'United Nations Convention On International Settlement Agreements Resulting From Mediation (Singapore Convention)' UTTER 9(1) 2020, 83-84; Ergun Özsunay, 'Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Uluslararası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi: Singapur Arabuluculuk Sözleşmesi Türk Hukukuyla Uyumlu Bakımından Bir Değerlendirme', (2019) 93(3), İstanbul Barosü Dergisi, 48.

224 Status <https://uncitral.un.org/en/texts/mediation/conventions/international_settlement_agreements/status> Accessed 29.09.2020.

225 Schnabel (n 210), 5; Zeller and Trakman (n 216), 8; Castillo (n 211), 43; Erkan (n 27), 300.

Hopefully, among the entry into force of the Singapore Convention in more countries in the long run, the Convention will “give more ‘teeth’ to mediation outcomes,” and “providing for enforcement of settlement agreements” may also improve the use of this dispute resolution method”.²²⁶ Will the Singapore Convention be ratified by a significant number of leading trading States? Only time will provide an answer to this question. Even though it may enhance use of mediation, it should be underlined as a fact that this Convention itself does not provide enforceability of the pre-court or pre-arbitral ADR procedures since it focuses on the settlement agreement. Maybe by time and with the help of the Singapore Convention the parties will be more willing to refer to these ADR stages voluntarily.

VII. Conclusion

In an international environment where arbitration is becoming more and more judicially regulated, MTDR clauses are becoming commonplace and the support for the utilisation of ADR methods is also increasing. Nonetheless, a number of questions and potential difficulties with respect to the validity and legal effect of such clauses still remain to be answered.

Furthermore, national laws appear to have different legal approaches on a range from strict ones to more friendly ones regarding the requirements for a “sufficiently clear” MTDR clause linked to the enforceability of the initial tiers. Even court decisions regarding the issue in the same countries contradict each other. However, the pleasing fact should certainly be highlighted that the international courts that have been the most preferred and effective states as seats for dispute resolution, such as Singapore and Switzerland, have given judgments in favour of the enforcement of initial ADR tiers in MTDR clauses.

Although there are international attempts to promote the use of ADR methods by providing uniform rules for especially mediation procedure and enforcement of mediated settlement agreement, the two most important of them are UML on Mediation and the Singapore Convention, these instruments still remain incapable to obligate parties initiating pre-arbitral ADR stages due to certain concerns such as the right of access to court or the boundaries of national law systems. However, still these international instruments create the chance to push parties to fulfil the initial ADR steps with the hope of a globally enforceable settlement agreement.

226 S. I. Strong, Use and Perception of International Commercial Mediation and Conciliation: A Preliminary Report on Issues Relating to the Proposed UNCITRAL Convention on International Commercial Mediation and Conciliation, <<http://ssrn.com/abstract=2526302>> (Accessed 22.4.2020), 47; Nadja Alexander, Singapur Sözleşmesi'nin Arabuluculuk Üzerine Yansımaları Sempozyumu, Turkey 2019, <<https://adb.adalet.gov.tr/ekitap/sngprarbsempozyum.pdf>> (accessed at 01.10.2020), 44; Erdoğan (n 209), 202; TKaya (n 209), 1006.

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

Books

- Arroyo M (ed), *Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide*, (Kluwer Law International 2013).
- Born G B, *International Commercial Arbitration* (2nd edition, Kluwer Law International 2014).
- Bühning-Uhle C, *Arbitration and Mediation in International Business*, (Kluwer Law International 1995).
- Ekşi N, *Tahkim Öncesi Uyuşmazlık Çözüm Usulleri ve Bu Usuller Tüketilmeden Tahkime Başvurulmasının Sonuçları*, (1st Edition, Beta 2015).
- Erkan M, *Arabuluculuk ve Singapur Sözleşmesi*, (1st Edition, XII Levha 2020).
- Geisinger E, Voser N (eds.), *International Arbitration in Switzerland: A Handbook for Practitioners*, (2nd edition, Kluwer Law International 2013).
- Goldsmith J, Ingen-Housz A et al. (eds.), *ADR in Business: Practice and Issues across Countries and Cultures I* (Kluwer Law International 2006).
- IBA Council, *IBA Guidelines for Drafting International Arbitration Clauses*, 2010.
- IBA Litigation Committee, *Handbook Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses*, October 1, 2015.
- Jenkins J, *International Construction Arbitration Law*, Arbitration in Context Series, Volume 3, (2nd edition, Kluwer Law International 2013).
- Kaufmann-Kohler G, Rigozzi A, *International Arbitration, Law and Practice in Switzerland* (Oxford Press 2015).
- Konuaralp C S, *Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkim*, PhD Thesis, Istanbul University 2011.
- Okumuş N, *Hakem Kararlarının İptali*, PhD Thesis, Erzincan Binali Yıldırım Universtiy 2018.
- Özbek M S, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, Volume 1, (4. Edition, Yetkin 2016).
- Paulsson J (ed), *International Handbook on Commercial Arbitration* Supplement No. 75 (Kluwer Law International 2013).
- Poudret J F, Besson S, *Comparative Law of International Arbitration*, (Sweet&Maxwell 2007).
- Şit Köseoğlu B, *Milletlerarası Ticarî Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Sonunda Varılan Anlaşmaların Singapur Konvansiyonu Çerçevesinde Taraf Devletlerde İcra Edilebilirliği*, Ankara 2020.
- Taşpolat Tuğsavul M, *Türk Hukukunda Arabuluculuk*, (1st Edition, Yetkin 2012).
- van den Berg A J (ed), *New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond*, (ICCA Congress Series 2004) Beijing Volume 12.
- van den Berg A J (ed), *International Arbitration: The Coming of a New Age?*, (ICCA Congress Series 2013) Singapore Volume 17.

Yeşilova B, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi*, (1st Edition, Güncel Hukuk 2008).

Journal Articles

Alexander Nadja, Speech at Singapur Sözleşmesi'nin Arabuluculuk Üzerine Yansımaları Sempozyumu (Symposium of the Reflection of Singapore Convention on Mediation), Turkey 2019, <<https://adb.adalet.gov.tr/ekitap/sngprarbsempozyum.pdf>>, 43-48.

Akkan M, 'Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı ve Sonuçları' (2018) 20(2) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1-31.

Berger K P, 'Integration of Mediation Elements into Arbitration' (2003) 19(3) Arbitration International, 387-402.

Berger K P, 'Law and Practice of Escalation Clauses' (2006) 22(1) Arbitration International, 1-18.

Bhomawat D, 'Multi-Tier Dispute Resolution Clauses in Contracts- With special focus on Entertainment and Construction Contracts' (2014) 1(3) IJRA.

Bělohávek A J, Arbitration Agreement, MDR Clauses and Relation Thereof to Nature of Jurisdictional Decisions On The Break Of Legal Cultures, *Czech IV. Z problematkyki międzynarodowej i prawa obcego*, 401-427.

Born G B, 'Planning for International Dispute Resolution' (2000) 17(3) JIA, 61-72.

Boog C, 'How to Deal with Multi-tiered Dispute Resolution Clauses - Note - 6 June 2007 - Swiss Federal Supreme Court' (2008) 26(1) ASA Bulletin, 103-112.

Castillo James E, Speech at Singapur Sözleşmesi'nin Arabuluculuk Üzerine Yansımaları Sempozyumu (Symposium of the Reflection of Singapore Convention on Mediation), Turkey 2019, <<https://adb.adalet.gov.tr/ekitap/sngprarbsempozyum.pdf>>, 37-42.

Chapman S, 'Multi-tiered Dispute Resolution Clauses: Enforcing Obligations to Negotiate in Good Faith' (2010) 27(1) JIA, 89-98.

Chelli E A, 'Fransız Yargıtay'ının Zorunlu Olmayan Uzlaşma Şartı Tüketilmeden Dava Açılabileceğine İlişkin 29 Nisan 2014 Tarihli Kararının Tercümesi' 2015 (2) UTDER, 233-237.

Chua E, 'The Singapore Convention on Mediation—A Brighter Future for Asian Dispute Resolution' 2019 (9) Asian Journal of International Law, 195-205.

Cortes P, The Promotion of Civil and Commercial Mediation in the UK University of Leicester School of Law Research Paper No. 15-23, 1-22.

Dilyara N, 'The Combined Use of Mediation and Arbitration in Commercial Dispute Resolution: Results from an International Study' 33, no. 1 (2016) JIA, 37-82.

Ekşi N, 'Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Milletlerarası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi: Singapur Konvansiyonu' (2020) 9(1) UTDER, 203-216.

Erdoğan E, 'Milletlerarası Arabuluculuk Anlaşma Belgelerinin İcrasına İlişkin BM Sözleşmesinin (Singapur Sözleşmesi) Değerlendirilmesi', International Symposium On Enhancing Mediation, Ankara 2018 <<https://aybu.edu.tr/hukuk/contents/files/ARABULUCULUK%20SEMPOZYUM%20KI%CC%87TABI.pdf>>

Garimella S R and Siddiqui N A, 'The Enforcement Of Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses: Contemporary Judicial Opinion' 24 (1) 2016 IUMLJ, 157-191.

- Gharavi H G, 'Effect of Alternative Dispute Resolution on Arbitration', ICC Türkiye Milletlerarası Tahkim Semineri, 2 Nisan 2010 Ankara.
- Ginkel E, 'The UNCITRAL Model on International Commercial Conciliation: A Critical Appraisal' (2004) 21(1) JIA, 1-66.
- Jiménez-Figueroa D, 'Amicable Means to Resolve Disputes: How the ICC ADR Rules Work' (2004) 21(1) JIA, 91-102.
- Jolles A, 'Consequences of Multi-tier Arbitration Clauses: Issues of Enforcement' (2006) 72(4) Arbitration, 329-338.
- Kaya T, 'Singapur Sözleşmesi ve Uluslararası Ticari Arabuluculuk Sonucunda Ortaya Çıkan Sulh Anlaşmalarının Tanınması ve İcrası Meselesi', 2019) 25(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, 979-1008.
- Kayalı D, 'Enforceability of Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses' (2010) 27(6) JIA ("Enforceability"), 551-577.
- Kayalı D, 'Uluslararası Ticari Sözleşmelerde Basamaklı Uyuşmazlık Çözüm Şartları', Essays In Honour of Halûk Konuralp, Volume 1 (Yetkin Press 2009), ("MTDRC"), 500-514.
- Matli W, 'Private Justice in a Global Economy: From Litigation to Arbitration' (2001) International Organization, 919-947.
- Melnyk T, 'The Enforceability of Multi-tiered Dispute Resolution Clauses: the English Law Position' (2002) 5(4) Int. ALR 113-118.
- Namlı M, 'Belçika Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumunun Temel Esasları' Arabuluculuk Yasa Tasarısı, Eleştirileri ve Öneriler (İstanbul 2008), 99-111.
- Oetike C and Walz C, 'Non-Compliance with Multi-Tier Dispute Resolution Clauses in Switzerland', (2017) 35(4), ASA Bulletin, 872-887.
- Orejudo P, 'The Law Applicable to International Mediation Contracts' (2011) InDret 1, 2-16.
- Özbay İ, 'Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri' Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 10(3-4) 2006, 459-475.
- Özel S, 'Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Milletlerarası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi: Singapur Konvansiyonu' (2019) 25(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, 1190-1210.
- Özsunay E, 'Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Uluslararası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi': Singapur Arabuluculuk Sözleşmesi Türk Hukukuyla Uyumu Bakımından Bir Değerlendirme' 2019 93(3) İstanbul Barosu Dergisi, 31-49.
- Paulsson J, 'Jurisdiction and Admissibility' (2005) Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution, Liber Amicorum in Honour of Robert Briner (International Chamber of Commerce), 601-617.
- Pekcanitez H, 'Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri', Hukuki Perspektifler Dergisi, (2005)5, 12-16.
- Petsche M, 'Mediation as the Preferred Method to Solve International Business disputes? A Look into the Future' (2013) 4 IBLJ, 251-266.
- Pryles M, 'Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses' (2001) 18(2) JIA, 159-176.
- Reed L, 'Ultima Thule: Prospects for International Commercial Mediation' National University of Singapore Centre for International Law Working Paper 19/03 Schiefelbein Global Dispute Resolution Conference 2019, 1-23.

- Queen Mary University Report on International Arbitration 2006.
- Qtaishat A K A, Alshawabkeh H M H, Saleh H T, 'European Union Directive on Mediation: Assessing the Developments and Challenges', *European Journal of Scientific Research* 148(3) (2018), 386-393.
- Schnabel T, 'The Singapore Convention on Mediation: A Framework for the Cross-border Recognition and Enforcement of Mediated Settlement' 1 (2019) *Pepp. Disp. Resolve. LJ*, 1-60.
- Silvestri E, 'The Singapore Convention On Mediated Settlement Agreements: A New String To The Bow Of International Mediation?' *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro. Ano 13. Volume 20. Número 2. Maio a Agosto de 2019*, 189-200.
- Strong S I, 'Use and Perception of International Commercial Mediation and Conciliation: A Preliminary Report on Issues Relating to the Proposed UNCITRAL Convention on International Commercial Mediation and Conciliation' (Nov. 17, 2014), <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2526302> (accessed at 03.08.2020), 1-53.
- Sussman E, 'The Singapore Convention Promoting the Enforcement and Recognition of International Mediated Settlement Agreements' 2018(3) *ICC Dispute Resolution Bulletin*, 42-54.
- Tan Dehmen M, 'Tahkim Öncesi Müzakere ya da Uzlaşma Yollarının Tüketilmemiş Olmasının Tahkim Yargılamasına Etkisi', 2005-2006/1- 2 *MHB*, 451-472.
- Tanrıver S, 'Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk', *TBB Dergisi*, (2006)64, 151-177.
- Tevendale C and Ambrose H, Naish V, 'Multi-Tier Dispute Resolution Clauses and Arbitration' (2015) 1 *Turkish Commercial Law Review*, 31-40.
- Tochtermann P, 'Agreements to Negotiate in the Transnational Context — Issues of Contract Law and Effective Dispute Resolution' (2008) *Unif. L. Rev.* 13(3).
- VLavianos G M and Pappas V F L and Jones B, Multi-tier Dispute Resolution Clauses as Jurisdictional Condition Precedent to Arbitration in *The Guide to Energy Arbitrations* (ed. J William Rowley QC) (2nd Edition 2017) <<https://globalarbitrationreview.com/chapter/1142626/multi-tier-dispute-resolution-clauses-as-jurisdictional-conditions-precedent-to-arbitration>> (accessed 22.4.2020).
- Zeller B and Trakman L, 'Mediation and Arbitration: The Process of Enforcement' (2019) 1 *Uniform Law Review UNSWLRS* 43, 1-18 .

Online Sources

- AAA Mediation Procedure <https://www.adr.org/aaa/ShowProperty?nodeId=UCM/ADRSTG_004103>
- A Ten-Year-Long “EU Mediation Paradox” When an EU Directive Needs To Be More ...Directive <[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/608847/IPOL_BRI\(2018\)608847_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/608847/IPOL_BRI(2018)608847_EN.pdf)>
- CEDR Commission on Settlement in International Arbitration, *Final Report* (November 2009) ('CEDR Report') <http://www.cedr.com/about_us/arbitration_commission/Arbitration_Commission_Doc_Final.pdf>
- CEDR International Activity <http://www.cedr.com/about_us/international/>
- Directorate-General for Internal Affairs, ““Rebooting” the Mediation Directive: Assessing the Limited Impact of its Implementation and Proposing Measures to Increase the Number of Mediations in the EU” (2014), <[http://www.europarl.europa.eu/thinktank/fr/document.html?reference=IPOL-JURI_ET\(2014\)493042](http://www.europarl.europa.eu/thinktank/fr/document.html?reference=IPOL-JURI_ET(2014)493042)>

- HCCH Overview <http://www.hcch.net/index_en.php?act=text.display&tid=26>
- IBA Mediation Committee, Sub-Committee on the UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation, IBA (Oct. 2007), <https://www.ibanet.org/ENews_Archive/IBA_November_2007_ENews_MediationSummary.aspx>
- ICC Mediation Rules < <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/01/ICC-2017-Arbitration-and-2014-Mediation-Rules-english-version.pdf.pdf>>
- LCIA Mediation Rules < https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/LCIA_Mediation_Rules.aspx>
- WIPO Model Clauses < https://www.wipo.int/amc/en/clauses/med_arb/ >
- Standard ICC Arbitration clauses < <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2016/11/Standard-ICC-Arbitration-Clause-in-ENGLISH.pdf> >
- <<https://www.yumpu.com/en/document/read/4008908/cedr-commission-on-settlement-in-international-arbitration-final>>
- ICC Commission Report on Controlling Time and Costs in Arbitration*, Publication date: March 2018, <<https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2018/03/icc-arbitration-commission-report-on-techniques-for-controlling-time-and-costs-in-arbitration-english-version.pdf> >
- International Arbitration Survey – Driving Efficiency in International Construction Disputes <<http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2019/>>
- Report on Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration*, Publication date: 17/03/2014 | Document Number: 861 E, < <http://www.iccwbo.org/Advocacy-Codes-and-Rules/Document-centre/2012/ICC-Arbitration-Commission-Report-on-Techniques-for-Controlling-Time-and-Costs-in-Arbitration/>>
- RUAA <http://www.uniformlaws.org/shared/docs/arbitration/arbitration_final_00.pdf>
- Standard ICC Arbitration clauses <file:///C:/Users/Grundig/Downloads/Arbitration_clause_ENG.pdf> Accessed
- Status of UNCITRAL Model Law on International Arbitration 1985 <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html>
- Status of Convention on Recognition and Enforcement of International Arbitral Awards 1958 <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html>
- Status < https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards/status2 >
- Status < https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration/status >
- Status < https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_conciliation/status>
- Status <https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_conciliation/status>
- UML on Conciliation <https://uncitral.un.org/en/texts/mediation/modellaw/commercial_conciliation>
- UNCITRAL Working Group II (Arbitration and Conciliation) Settlement of Commercial Disputes: Enforceability of Settlement Agreements Resulting from International Commercial Conciliation/Mediation (62nd session, 2-6 February 2015, New York) A/CN.9/WG.II/WP.187 < https://uncitral.un.org/en/working_groups/2/arbitration>
- <<https://istac.org.tr/en/istac-med-arb-kurallarini-ilan-etti/>>
- Status<https://uncitral.un.org/en/texts/mediation/conventions/international_settlement_agreements>
- Status<https://uncitral.un.org/en/texts/mediation/conventions/international_settlement_agreements/status>

Status: United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation
<https://uncitral.un.org/en/texts/mediation/conventions/international_settlement_agreements/status>

Singapore Convention <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/EN/Texts/UNCITRAL/Arbitration/mediation_convention_v1900316_eng.pdf>

UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation with guide to Enactment and Use 2002, 8<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-conc/03-90953_Ebook.pdf>
<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-conc/03-90953_Ebook.pdf>

The FIDIC Golden Principles 1st Edition 2019

<https://fidic.org/sites/default/files/_golden_principles_1_6.pdf> .

<<http://www.swissarbitrationdecisions.com/>>.

Queen Mary University of London School of Int'l Arb. And White & Case, 'International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration' (2015), < http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2015_International_Arbitration_Survey.pdf>.

Public and Private International Law Bulletin

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Uluslararası Satımda 2020 INCOTERMS® Kuralları ve Hasarın Geçışı

INCOTERMS® 2020 Rules on International Sales and Transfer of Risks

Yusuf Çalışkan* 

Öz

Uluslararası ticaret hukukunun en temel kaynağı irade muhtariyeti bağlamında yapılan sözleşmelerdir. Bu nedenle, sözleşmelerde kullanılan terimlerin yorumlanması oldukça önemlidir. ICC, uluslararası ticarete teslim şekillerine ilişkin uygulamadan doğan yorum problemlerini gidermek amacıyla INCOTERMS® kurallarını yayınlamıştır. Bu kurallarla birlikte uluslararası ticarete kullanılan terimlerin farklı şekilde yorumlanması engellenmeye çalışılmıştır. ICC, uluslararası ticaretin gelişmesi, malların taşınmasında yeni ulaşım araçlarının kullanılması gibi farklı nedenlerden dolayı INCOTERMS® kurallarını sekiz kez revize etmiştir. Bu çalışmamızda, 1 Ocak 2020’de yürürlüğe giren, INCOTERMS® 2020 kuralları incelenmiştir. Özellikle ilk olarak INCOTERMS® 2020 kurallarına getirilen değişiklikler kısaca açıklanmıştır. Daha sonra ise, uluslararası satım sözleşmesinde taraflar açısından önem arz eden INCOTERMS® 2020 kurallarında hasarın geçışı konusuna ilişkin düzenlemeler incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler

INCOTERMS® 2020, Lex Mercatoria, Teslim, Masraflar, Hasarın Geçışı

Abstract

The most fundamental source of international commercial law is contracts made in the context of party autonomy. Therefore, it is essential to interpret the terms used in contracts. The International Chamber of Commerce (ICC) published what were called INCOTERMS® (International Commercial Terms) to resolve problems that could arise from different interpretations of terminology used in international trade. The ICC has revised the INCOTERMS® rules eight times for different reasons such as the development of international trade and the use of new means of transport in the transportation of goods. In this study, INCOTERMS® 2020 rules, which took effect on January 1, 2020, are examined; in particular, the new changes to the rules are briefly explained. Then, the regulations regarding transfer of risks in the INCOTERMS® 2020 rules, which are essential among the parties in the international sales agreements, are examined.

Keywords

INCOTERMS® 2020, Lex Mercatoria, Delivery, Costs, Transfer of risks

* Sorumlu Yazar: Yusuf Çalışkan (Prof. Dr.), İbn Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye. E-posta: ycaliska@gmail.com
ORCID: 0000-0003-1427-6334

Atıf: Caliskan Y, "Uluslararası Satımda 2020 INCOTERMS® Kuralları ve Hasarın Geçışı" (2021) 41(1) PPIL 231.
<https://doi.org/10.26650/ppil.2021.41.1.925755>

Extended Summary

INCOTERMS® (International Commercial Terms) are three-letter commercial terms published by the International Chamber of Commerce (ICC); the aim of developing the terms and the rules guiding their use was to solve the interpretation problems arising from the application of delivery methods in international trade. In accordance with the freedom of contracts, which is one of the most basic principles accepted in international trade law, the parties to sales contracts have the right to arrange all the details they can agree between them. However, sometimes these detailed regulations can cause interpretation problems in practice. Because interpretation problems inevitably cause loss of time and money, the ICC created the INCOTERMS® to uniformly interpret the terms used in international trade.

INCOTERMS® are three-letter abbreviations for the obligations of parties. The INCOTERMS® rules constitute neither an international treaty national legislation, and thus, parties that want to apply the terms must expressly incorporate them into any contract for the sale of goods. Therefore, the legal status of INCOTERMS® is *lex mercatoria*, merchant-made law.

The ICC rules were first published in 1936 and have been revised eight times, in 1958, 1967, 1976, 1980, 1990, 2000, 2010, and finally in 2020, for different reasons such as the development of international trade and the use of new means of transport in the transportation of goods. The 2020 rules, entered into force on January 1, 2020, are examined here.

Knowing the scope of INCOTERMS® 2020 rules and using them in sales contracts accordingly is beneficial in determining sales prices and who pays additional costs as well as for solving possible disputes between parties. In fact, the parties to international sales contracts have agreed on the delivery of goods, the sharing of costs, the obligations regarding documents, and the transfer of risks by referring to one of the delivery methods included in the INCOTERMS® 2020 rules.

The INCOTERMS® 2020 rules introduced significant changes. In particular, unlike in the previous rules, the internal order changed within each rule, and priority was given to issues of delivery and transfer of risks. Moreover, the term Delivered at Terminal was changed to DPU (Delivered at Place Unloaded) because a destination could be any place and not only a “terminal.” In addition, the cost provisions in the INCOTERMS® 2020 rules are regulated under articles A9/B9, unlike in earlier rules, and are now more detailed to include all costs.

Regarding risk, parties in sales contract have the freedom to determine the time and place of any transfers of risk, and incorporating INCOTERMS® rules ensures that those provisions on risk transfer apply in their contracts. As in previous rules, the

INCOTERMS® 2020 rules present the responsibilities of the buyer and seller under a total of ten articles divided into two columns: The seller's items are presented in column A and the buyer's are in column B. This is called a mirror system, and in INCOTERMS® 2020, risk transfer is stipulated in columns A3 for the seller and B3 for the buyer. For this study, after INCOTERMS® 2020 is summarized, the regulations regarding the transfer of risk under each term are evaluated. It is worthwhile to note that in a lawsuit related to international sales law, if the sales contract incorporates INCOTERMS® 2020, any provisions for a given trade term regarding the transfer of risk apply to any such terms that are specified in the contract.

For example, CIF is used for sea or inland waterway shipments and obliges a seller to arrange for both transportation and insurance to port of destination and then to deliver the goods on board the ship arranged by the seller. Under this term, the seller must arrange the transportation and pay the freight costs to the port of destination, but the seller will have fulfilled all delivery obligations when the goods have been loaded onto a vessel; the risk of loss or damage passes to the buyer once the goods are onboard.

DPU, in contrast, applies irrespective of the mode of transport selected. Under DPU, the seller must unload the goods from the arriving means of transport and must then deliver them by placing them at the disposal of the buyer at the agreed point, if any, at the named place of destination or by procuring the goods so delivered. That is, under DPU, the seller is responsible for all risks involved in bringing the goods to and unloading them at the named place of destination.

It is important for the parties in a sales contract to carefully examine each term regarding the transfer of risks in order to prevent possible problems that may arise. In this context, the rules related to delivery and to risk transfer should be evaluated together, and delivery locations should be determined meticulously.

Uluslararası Satımda 2020 INCOTERMS® Kuralları ve Hasarın Geçiş

Giriş

INCOTERMS® kuralları (*International Commercial Terms*), uluslararası ticarete teslim şekillerine ilişkin uygulamadan doğan yorum problemlerini gidermek amacıyla ICC tarafından yayınlanan üç harfli ticari terimlere ilişkin kurallardır. Uluslararası ticaret hukukunda kabul edilen en temel ilkelerden biri olan irade muhtariyeti gereği, taraflar aralarındaki satım sözleşmelerini diledikleri şekilde ve üzerinde anlaşmış oldukları konularda tüm detayları ile düzenleme hakkına sahiptir. Fakat bazen bu detaylı düzenlemeler, uygulamada yorum problemlerine sebep olabilmektedir. Özellikle, sözleşme taraflarının farklı hukuk sistemlerini benimseyen ülkelerden olması durumunda bu problemler artabilmektedir. Yorum problemleri ister istemez zaman ve para kaybına sebep olacağından, uluslararası ticarete kullanılan terimlerin yeknesak yorumlanması amacıyla ICC tarafından INCOTERMS® adı verilen kurallar oluşturulmuştur¹. Dolayısıyla, bu kurallarla uluslararası ticarete kullanılan terimlerin farklı şekilde yorumlanması engellenmeye çalışılmıştır.

ICC, INCOTERMS® kuralları hakkındaki çalışmalarına 1920'lerin başlarında başlamış ve ICC'nin Milli Komitelerinin de yardımıyla, FOB, FAS, FOT, FOR, Free Delivered CIF ve C&F olarak 6 terimli ilk kurallar 1923 yılında yayınlanmıştır. Ancak bu kuralların genişletilerek uluslararası ticarete en sık kullanılan terimlerin yeknesaklaştırılması ve alıcı ve satıcının hak ve borçlarının düzenlendiği INCOTERMS® olarak yayınlanması 1936 yılında olmuştur². Dolayısıyla, 1936 yılında ilk defa yayınlanan INCOTERMS® kuralları, yayınlandığı zaman itibariyle uygulamadaki yorum problemlerini gidermiş ve uyuşmazlıkların çözümünde önemli katkı yapmıştır.

ICC, uluslararası ticaretin gelişmesi, malların taşınmasında yeni ulaşım araçlarının kullanılması gibi farklı nedenlerden dolayı INCOTERMS® kurallarını 1958, 1967, 1976, 1980, 1990, 2000, 2010 ve son olarak 2020 yılında revize etmiştir³. İlk olarak 1936 yılında yayınlanan ve günümüze kadar 8 kez revize edilen bu kuralların son hali INCOTERMS® 2020 kuralları olup, bu kurallar 1 Ocak 2020 tarihinde yürürlüğe

- 1 Ercüment Erdem, *Milletlerarası Ticaret Hukuku İle İlgili Makaleler* (Beta 2008) 226-227; Aslıhan Sevinç Kuyucu, *INCOTERMS® (Uluslararası Ticari Terimler)* (2011) 12; Lucia Paliu-Popa, 'Development of the International Trade in Terms of INCOTERMS 2010 Rules' (2012) 18(1) *Annals of "Dunarea de Jos" University of Galati Fascicle I. Economics and Applied Informatics* 100; Ömer Özkan, 'INCOTERMS 2010 ile Getirilen Yenilikler' (2012) 31 *Akademik Bakış Dergisi* 4; Yusuf Çalışkan, *Uluslararası Satım Hukukunda Kanunlar İhtilafı Meseleleri* (Beta 2014) 215. Bu çalışmamızda, INCOTERMS® 2020 kuralları kapsamında hasarın itikali açısından değerlendirildiğinden, yeri geldiğinde kitapta yer alan bölümler aynen alınmış ve güncellemeler yapılmıştır.
- 2 Oğuz Caner, 'INCOTERMS 2010 (ICC RULES FOR THE USE OF DOMESTIC AND INTERNATIONAL TRADE AND INTERNATIONAL TRADE TERMS)' (2012) 11(22)(2) *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 226-227.
- 3 Roberto Bergami, 'INCOTERMS® 2010: Comments on the New Revision of Delivery Terms' (2011) 15 *Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration*, 157, 158; Tunay Köksal, *Uluslararası Ticaret Hukuku* (2012) 92-93.

girmiştir⁴. Burada belirtilmesi gerekli bir husus ise, her on yılda bir INCOTERMS® kurallarının revize ediliyor olmasının tamamen bir tesadüf eseri olmasıdır⁵. Yoksa her on yılda bir değil, uluslararası ticarete meydana gelen değişiklikler çerçevesinde bu kurallar değişikliğe uğramıştır. Aşağıda ilk önce bu kuralların kapsamı ve hukuki niteliği açıklandıktan sonra, INCOTERMS® 2020 kurallarının getirdiği yenilikler hakkında bilgi verilecektir. Daha sonra ise, uluslararası satım sözleşmelerinde tarafların sıklıkla kullandıkları INCOTERMS® kurallarında yer alan hasarın geçişi meselesi ayrıntılı olarak incelenecektir.

I. INCOTERMS® Kurallarının Kapsamı ve Hukuki Niteliği

INCOTERMS® 2020 kurallarının kapsamını bilmek ve ona göre satım sözleşmelerinde kullanmak taraflar arasında çıkması muhtemel uyumsuzlukların çözümünde yarar sağlayacağı gibi, satım bedelinin tespitinde ve ek masrafların kim tarafından ödeneceğinin belirlenmesinde de önemli rol oynayacaktır. Özellikle satım bedelinin belirlenmesinde önemli etkisi olan INCOTERMS® kurallarının yanlış kullanılması, elde edilmesi düşünülen kardan yoksun kalmaya ve hatta zarara uğramaya sebebiyet verebilecektir⁶. Dolayısıyla, INCOTERMS® kurallarını seçerken tarafların mutlak surette seçtikleri INCOTERMS®'ün satıcı ve alıcı açısından hangi hak ve yükümlülükleri getirdiğini dikkatlice okumaları ve değerlendirmeleri gerekmektedir. Uygulamaya baktığımızda, özellikle küçük ölçekli uluslararası ticaret yapan Türk firmalarının detaylı bir uluslararası satım sözleşmesi yapmaktan ziyade, gönderilen proforma faturalarda belirtilen INCOTERMS® kuralları çerçevesinde işlem yaptıkları görülmektedir. Bu durumda, taraflar arasında satım sözleşmesinden doğan bir uyumsuzluk çıktığında, INCOTERMS® kurallarının kapsamı dışında kalan mevzuların çözümünde bir takım problemler çıkabilmektedir. Dolayısıyla, INCOTERMS® 2020 kurallarında yer alan ve üç harften oluşan bir ticari terimi kullanmak isteyen taraflar, mutlaka bu terimin kapsamını ve özellikle satıcı ve alıcıya yüklediği borçları ve hakları bilmek durumundadırlar.

Uluslararası satım sözleşmesi tarafları, sözleşmede INCOTERMS®'te düzenlenen teslim şekillerinden birine atıf yapmak ile malların teslimi, masrafların paylaşımı, belgelere ilişkin yükümlülükler ve hasarın geçişi konusunda anlaşmış bulunmaktadır⁷. Zira bu konular, INCOTERMS® kurallarında detaylı bir şekilde düzenlenmiştir. Bu konular dışında ayrıca, Kontrol-Ambalajlama-İşaretlemeye ilişkin

4 ICC, INCOTERMS® 2010, ICC Rules for the use of domestic and international trade terms, (ICC, INCOTERMS® 2010) ICC Publication No. 715 E. Kuralların Türkçesi Prof. Dr. H. Ercüment Erdem tarafından çevrilmiştir. Bkz: ICC, Milletlerarası Ticaret Odası, INCOTERMS® 2010, iç ve dış ticarete ilişkin ticari terimlerin kullanımı için ICC Kuralları, ICC Yayın No. 715. Bergami (n 3) 157; Jonas Malfliet, 'INCOTERMS 2010 and the mode of transport: how to choose the right term' <http://hdl.handle.net/1854/LU-1212622>, s. 164 Erişim Tarihi 20.04.2021.

5 Jan Ramberg, 'INCOTERMS® 2010' (2010-2011) 29 Penn St. Int'L. Rev. 415, 415.

6 Carole Murray, David Holloway, Daren Timson-Hunt, *Schmitthoff Export Trade: The Law and Practice of International Trade* (11th edn, 2011) 11; Caner (n 2) 224; Palıu-Popa (n 1) 105; Malfliet (n 4) 177.

7 Erdem (n 1) 228-230.

hususlar, malların muayenesi, bilgi sağlama yardımı ve ilgili masraflar gibi hususlar da INCOTERMS® kurallarında hüküm altına alınmıştır⁸.

Malların teslimi hususu, INCOTERMS® 2020 kurallarında yer alan her bir terimde düzenlenmiş olup, malın nerede teslim edileceğine ilişkin hükümler yer almaktadır⁹. Örneğin, işyerinde teslim olarak ifade edilen EXW terimi, seçilen taşıma türü ne olursa olsun, birden çok taşıma türünün söz konusu olması durumunda kullanılabilmekte ve A2 hükmünde belirtildiği üzere, satıcı malları belirtilen teslim yerinde, eğer üzerinde anlaşılacak belirli bir nokta varsa o noktada, herhangi bir taşıma aracına yüklenmemiş olarak, alıcının tasarrufuna bırakmak durumundadır. Bir başka örnek olarak FOB terimine (Gemide Masrafsız) baktığımızda, bu terim sadece deniz veya iç su taşımacılığında kullanılmaktadır. Bu terimin A2 hükmünde, satıcı malları ya yükleme limanında, eğer varsa, alıcı tarafından gösterilen yükleme noktasında, alıcı tarafından seçilen gemide veya zaten bu şekilde teslim edilmiş malları tedarik ederek teslim etmelidir. En çok kullanılan ticari terimlerden biri olan CIF terimine (Masraflar, Sigorta ve Navlun) baktığımızda, bu terim sadece deniz veya iç su taşımacılığında kullanılmalıdır. Bu terimin A2 hükmünde, satıcı malları ya gemide veya zaten bu şekilde teslim edilmiş malları tedarik ederek teslim etmelidir. Her iki halde de, satıcı malları kararlaştırılan tarihte veya kararlaştırılan süre içerisinde ve ilgili limanda mutad olduğu şekilde teslim etmelidir.

Masrafların paylaşımı, INCOTERMS® kurallarında düzenlenmiş önemli konulardan biridir. Bu konu ile, satıcının hangi aşamaya kadar ne tür masrafları üstlendiği ve hangi aşamadan sonra masrafların alıcı tarafından ödendiği ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir¹⁰. Örneğin EXW teriminde, satıcı alıcıya malların teslim edildiği ana kadar mallara ilişkin bütün masrafları üstlenmektedir (EXW-A9). Alıcı ise, mallar teslim edildiği andan itibaren bu mallarla ilişkili bütün masrafları ödemelidir. Ayrıca B9 hükmünde, alıcının, mallar tasarrufuna bırakıldığı halde malları teslim almamasından veya satıcıya ihbar yapması gerektiği durumlarda, gerekli ihbarı yapmamasından doğan bütün ek masrafları, malların sözleşmeye konu olan mallar olduklarını belirtecek şekilde açıkça ferdileştirilmiş olmaları şartıyla ödeme yapmak zorunda olduğu ifade edilmiştir. Ayrıca, uygulandığı ölçüde, ihracat için ödenmesi gereken bütün resimleri, vergileri ve diğer harçları ve diğer masrafları alıcı ödemelidir (EXW-B9).

Masrafların paylaşımı konusunda da malların teslimi konusunda verdiğimiz gibi uygulama en çok kullanılan FOB ve CIF terimleri örnek olarak verilir, bu iki terim arasındaki önemli farklılıklar vurgulanacaktır. FOB teriminde, satıcı, malların teslim edildiği ana kadar mallara ilişkin bütün masrafları ve uygulandığı ölçüde, ihracat için gerekli gümrükleme işlemlerine ilişkin masrafları ve ihracat için ödenmesi gereken

8 Caner (n 2) 231-232; Kuyucu (n 1) 23.

9 ICC, INCOTERMS® 2020, s. 11; Erdem (n 1) 228.

10 ICC, INCOTERMS® 2020, s. 11; Paliu-Popa (n 1) 104; Erdem (n 1) 230.

bütün resimleri, vergileri ve diğer harçları ödemelidir¹¹. Alıcının bu konudaki en önemli yükümlülüğü ise, malların sözleşmeye konu olan mallar olduklarını belirtecek şekilde açıkça ferdileştirilmiş olmaları şartıyla, kendisi tarafından tayin edilen gemi zamanında gelmezse bu durumdan kaynaklanan ek masrafları ödemesidir. CIF teriminde ise satıcı, malların teslim edildiği ana kadar mallara ilişkin masraflardan sorumludur. Bunun yanında, FOB teriminden farklı olarak, malların gemiye yüklenmesi ile taşıma sözleşmesi uyarınca malların kararlaştırılan boşaltma limanında boşaltılmasına ilişkin satıcıya ait olacağı kararlaştırılan masraflar da dahil olmak üzere navlun, sigorta masrafları ve uygulandığı ölçüde, ihracat için gerekli gümrükleme işlemlerine ilişkin masrafları ve ihracat için ödenmesi gereken bütün resimleri, vergileri, ve diğer harçları ve taşıma sözleşmesi uyarınca malların herhangi bir ülkeden geçişine ilişkin olarak satıcıya ait olacağı kararlaştırılan masrafları ödemelidir¹².

Yukarıdaki örnek terimlerden anlaşılacağı üzere, INCOTERMS® kuralları içerisinde yer alan ticari terimlerin her birinde, alıcının ve satıcının ödemekle yükümlü oldukları masraflar değişmektedir. Dolayısıyla, satım sözleşmesi tarafları satım fiyatının belirlenmesinde hangi teslim türünün seçildiğine dikkat etmelidirler. Ticari terimleri seçerken masrafların paylaşımı hususunda alıcı ve satıcının yükümlülüklerinin göz ardı edilmesi, ekonomik anlamda önemli riskleri barındırmakta, tarafları zarara sokabilmektedir¹³. Bu bağlamda, yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, tarafların mutlaka, INCOTERMS® kurallarında yer alan üç harften oluşan bir ticari terimi seçerken iyi bir değerlendirme yapması gerekmektedir.

Belgelere ilişkin yükümlülükler INCOTERMS® kurallarında düzenlenmiştir¹⁴. Uluslararası satım sözleşmesinde taraflar arasında çıkması muhtemel bir uyuşmazlığın çözümünde tarafların düzenlemiş oldukları belgelerin rolü önemlidir. Ayrıca, akreditif gibi, uluslararası ticarete en çok kullanılan bir ödeme türünün taraflarca seçilmiş olması ve bu ödeme türünün işleyişinde belgelerin rolü düşünülecek olursa, belgelere ilişkin yükümlülüklerin INCOTERMS® kurallarıyla getirilmiş olması önemlidir. Alıcı ve satıcının teslim türüne göre değişen belgeleri düzenleme ve karşı tarafa gönderme yükümlülükleri bulunmaktadır. Özellikle başta teslim belgesi olmak üzere, taşıma belgesi, sigorta poliçesi gibi belgeleri düzenleme ve teslim etmeye ilişkin yükümlülükler teslim şekillerinin özelliklerine göre INCOTERMS® kurallarında yer almaktadır. Örneğin, CIF teriminde, satıcı, alıcıya sigorta poliçesini veya sigorta teminatına ilişkin diğer bir kanıtı vermelidir hükmü yer almaktadır (CIF-A5). FOB teslim şeklinde, sigorta zorunluluğu olmadığından, sigorta poliçesinin verileceğine ilişkin bir düzenleme yer almamakla birlikte, diğer birçok terimde olduğu gibi teslim belgesine ilişkin hüküm INCOTERMS® kurallarında FOB teslim şeklinde

11 ICC, INCOTERMS® 2020, s 110-111.

12 ICC, INCOTERMS® 2020, s 126-127.

13 Caner (n 2) 224.

14 Paliu-Popa (n 1) 104.

düzenlenmiştir. Buna göre, satıcı masrafları kendisine ait olmak üzere, malların teslim edildiğine ilişkin olağan teslim kanıtını alıcıya verir. Eğer, bu teslim kanıtı bir taşıma belgesi değilse, satıcı, alıcının talebi üzerine hasar ve masrafları alıcıya ait olmak üzere, bir taşıma belgesi sağlamasında alıcıya yardımcı bulunmalıdır (FOB-A6).

Hasarın geçişi konusu INCOTERMS® kurallarında her bir terim için ayrı olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla, seçilecek terimde hasarın hangi ana kadar satıcıya ait olduğu hangi anda alıcıya geçeceğinin değerlendirilmesi gerekmektedir. Hasarın geçişi konusu, bu çalışmanın temel konusu olduğundan, aşağıda ayrı bir başlıkta tüm terimler açısından incelenecektir.

INCOTERMS® Kurallarının neleri düzenlemediği ve dolayısıyla kapsamadığının bilinmesi bir gerekliliktir. Zira uluslararası satım sözleşmesi tarafları, nelerin düzenlenmediğini bildikleri durumlarda, yapacakları satım sözleşmelerine söz konusu düzenlenmeyen hususlarda hüküm koyabilirler¹⁵. Diğer bir ifade ile INCOTERMS® kurallarının düzenlemediği hususlar hakkında, taraflar çıkması muhtemel bir uyuşmazlık durumunda, çözümün ne olacağına ilişkin hükümleri irade muhtariyeti ilkesi gereğince sözleşmelerine derç edebilirler. INCOTERMS® kurallarında düzenlenmeyen konular şunlardır¹⁶:

- Ödeme ve Ödeme yöntemleri,
- Uyuşmazlıkların çözüm yöntemleri,
- Mülkiyetin geçişi,
- Fikri mülkiyet haklarına ilişkin sorunlar,
- Taşıma sözleşmesi,
- Sigorta sözleşmesi,
- Sözleşmenin ifası ile ilgili önemli konular,
- Sözleşmenin esasına uygulanacak hukuk sorunu.

Bu konulardan burada özellikle üzerinde durulması gerekenler, taşıma ve sigorta sözleşmeleri ile sözleşmenin ifası ile ilişkili hususlardır. Özellikle ticari terimler taşıma sözleşmeleriyle karıştırılabilmektedir. Taşıma sözleşmelerinin kimin tarafından yapılıp, taşıma bedelinin kime ait olacağı INCOTERMS® kurallarında belirtilmiş olmakla birlikte, taşıma sözleşmesinin ne şekilde yapılacağı düzenlenmemiştir. INCOTERMS® kuralları satım sözleşmesi için geçerli olan kurallardır. Sigorta sözleşmesi meselesine gelinecek olursa, CIF ve CIP terimlerinde sigorta hususunda düzenlemeler bulunmakla birlikte, diğer terimlerde sigorta konusunun belirtilmediğini vurgulamak gerekir. Sözleşmenin ifası ile ilgili önemli konular ise, teslim edilen mallara ilişkin ayıba ve

15 H. Ercüment Erdem, 'INCOTERMS 2010, (INCOTERMS®2010)' (2010) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan, 221.

16 Nuray Ekşi, *Milletlerarası Ticaret Hukuku* (Beta 2019) 185; Detaylı bilgi için bkz. Erdem (n 1) 231-233; Caner (n 2) 232-233; Bergami (n 3) 162-163.

zapta karşı tekeffül sorumluluğu ve cezai şartlara ilişkin hususların INCOTERMS® kurallarında düzenlenmediğidir.

Uluslararası ticarete kullanılan terimlerin her ülkede farklı yorumlanmasının sakıncalarını önlemek amacıyla yeknesak kurallar olarak ICC tarafından yayımlanan INCOTERMS® kuralları *lex mercatoria* olarak kabul edilmektedir¹⁷. INCOTERMS® kuralları, uluslararası satımlarda alıcı ile satıcının hak ve yükümlülüklerini düzenleyen maddi hukuk normları olup, taraflar aralarındaki sözleşmeye bu kuralları derç ederek, bu kuralları sözleşmenin hükmü, bir parçası haline getirmektedirler¹⁸. INCOTERMS® kurallarının seçimi, milli mahkemeler tarafından bir hukuk seçimi olarak nitelendirilmemektedir.¹⁹ Dolayısıyla, INCOTERMS®’lerde yer alan maddi hukuk hükümleri sözleşmenin bir parçası, sözleşme hükmü olarak uygulanır. Taraflar, aralarındaki satım sözleşmesinde INCOTERMS® 2020’ye atıf yaparak, INCOTERMS® kurallarının kapsamı içerisinde yer alan hususlarda karşılaşılabilecekleri riskleri bertaraf etmiş olacaklardır.

INCOTERMS® kurallarının doğru kullanılması uluslararası satım sözleşmesinin tarafları açısından önem arz etmektedir. Yukarıda da ifade edildiği üzere, INCOTERMS® kurallarında yanlış bir terim tercihi, satım sözleşmesinden beklenen karın elde edilmemesine yol açabileceği gibi, hukuki uyumsuzlukların doğmasına da sebep olacaktır²⁰. Özellikle, hangi yıla ait INCOTERMS® kuralı kullanılmak isteniliyorsa o kuralın belirtilmesinde fayda vardır. Eğer satım sözleşmesi tarafları, sözleşmelerine INCOTERMS® 2020 kurallarını uygulamak istiyorlarsa, bunu mutlaka kullanmak istedikleri terim, terim kapsamında malların teslim edileceği yer ve INCOTERMS® 2020 ibaresini sözleşmeye yazmalıdırlar. Eğer böyle açık bir atıf yer almaz ise, eski Türk Ticaret Kanununda yer aldığı gibi, bazı ülke kanunlarında yer alan CIF, FOB gibi terimlerden INCOTERMS® kuralları mı yoksa iç hukuk kurallarının mı anlaşılacağı sorunu gündeme gelebilir. Bunun yanında özellikle, uluslararası ticaret ile uğraşan kişilerin, INCOTERMS® kurallarına atıf yaparken hangi tarihli INCOTERMS® kurallarını uygulamak istediklerine ilişkin yorum problemleri de ortaya çıkabilecektir. Bu yorum problemlerinin meydana gelmesini bertaraf etmek amacıyla tarafların, uygulamak istedikleri ticari terimi ve INCOTERMS® kurallarının hangi versiyonunu seçtiklerini (INCOTERMS® 2010, INCOTERMS® 2020 gibi) açıkça belirtmeleri kendi menfaatlerine olacaktır²¹.

17 Tolga Ayoğlu, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari Adet-Teamüller Olarak *Lex Mercatoria* (2011) 323; Musa Aygül, ‘Milletlerarası Ticari Sözleşmelerde *Lex Mercatoria*’nın Uygulanması’ (2004) 12(3-4) 45, 68. Farklı görüş ve INCOTERMS® kurallarının hukuki niteliğine ilişkin diğer görüşler için bkz: Hüseyin Akif Karaca, *Milletlerarası Özek Hukukta INCOTERMS* (Onikilevha 2020) 44-47; Kuyucu (n 1) 14-19.

18 Bahadır Erdem, ‘INCOTERM’in Uluslararası Satımlarda Uygulanacak Hukuka Etkisi ve Hukuki Niteliği’ (1990) 10(1-2) MHB 70; Ekşi (n 16) 182-183.

19 *Lex Mercatoria* kurallarının milli mahkemeler ve hakemler tarafından farklı uygulandığına ilişkin açıklamalar birinci bölümde detaylı olarak açıklanmıştır.

20 Murray, Holloway, Timson-Hunt (n 6) 10; Malfliet (n 4) 164.

21 Kuyucu (n 1) 22.

Önemle belirtmek gerekir ki, INCOTERMS® 2010 kurallarının yürürlüğe girmesiyle, INCOTERMS®'ler ilk defa “kurallar” olarak kabul edilmiştir. Dolayısıyla, ICC, uzun yıllardan beri terimler olarak ifade edilen INCOTERMS® lerin, “kurallar” olduğunu belirterek, INCOTERMS® 2010'a etkin bir rol tanımıştır.²² Ayrıca, UNCITRAL gibi uluslararası satım hukukuna ilişkin önemli çalışmaları olan uluslararası kuruluşlar, INCOTERMS® 2010 kurallarının uygulanması yönünde tavsiyelerde bulunup, bu kuralların uluslararası satım sözleşmesinde uygulanmasını tavsiye etmektedirler.²³

II. INCOTERMS® 2020 Kurallarının Getirdiği Değişiklikler

1 Ocak 2020 tarihinde yürürlüğe giren INCOTERMS® 2020 kuralları ile INCOTERMS®'lere önemli yenilikler getirilmiştir. Bu yenilikler maddeler halinde aşağıda belirtilmiştir:

- Giriş bölümü genişletilmiş ve her bir INCOTERMS® kuralı için açıklayıcı not getirilmiştir. Ayrıca, INCOTERMS® 2020 kurallarında, önceki INCOTERMS® kuralları gibi, alıcının ve satıcının sorumlulukları, sağ ve sol sütunlarda, satıcının A, alıcının de B sütunda olmak üzere toplam on madde şeklinde kaleme alınmıştır. Ancak, önceki INCOTERMS® kurallarından farklı olarak, maddeler arasında sıralama değiştirilmiş ve teslim ile hasarın geçişi konularına madde sıralamalarında öncelik tanınmıştır²⁴.
- INCOTERMS® 2010 kurallarında taşıma türleri dikkate alınarak yapılan terimlerin sınıflandırılmasındaki değişiklik INCOTERM 2020 kurallarında da aynen kabul edilmiştir. Bu bağlamda, INCOTERMS® 2020 kurallarında, teslim şekilleri, tüm taşıma yöntemlerini kapsayan teslim şekillerinden oluşan EXW, FAC, CPT, CIP, DAP, DPU ve DDP bir grubu, deniz ve iç su yolu ile taşıma yapılan teslim şekilleri olan FAS, FOB, CFR ve CIF ise diğer grubu oluşturmakta olup 11 INCOTERMS® kuralı yer almaktadır. Ancak 2020 INCOTERMS® kurallarında önceki INCOTERMS® kurallarından farklı olarak, yatay sunum olarak, kuralların son bölümünde 11 kural arasındaki farklılıkların görülmesi amacıyla madde madde kurallar tekrar belirtilmiştir.
- DAT kuralı INCOTERMS® 2020 kurallarında DPU (Delivered at Place Unloaded) olarak değiştirilmiştir²⁵. DAT kuralında satıcının malları belirlenen varma yerinde veya limanında belirlenen terminalde gelen taşıma aracından boşaltılmış bir şekilde alıcının tasarrufuna bırakmakla malları teslim edeceği ifade edilmekteydi. Yeni getirilen DPU kuralında ise, varma yeri sadece terminal değil, herhangi bir yer olabilir. Ancak bu durumda, varma yeri olarak bir terminal belirlenmemiş ise, satıcının malları boşaltabileceği bir yeri belirlemesi yararına olacaktır.
- INCOTERMS® 2020 kurallarında ayrıca, INCOTERM 2010 kurallarından farklı olarak, DAP kuralı DAT (yeni haliye DPU) kuralından önce düzenlenmiştir²⁶. DAP kuralında,

22 Bergami (n 3) 159-160.

23 Report of the Commission on the work of its 45 th Session (A/67/17), 2012, Para. 141-144. http://www.uncitral.org/uncitral/en/other_organizations_texts.html Erişim Tarihi 20.04.2021.

24 ICC, INCOTERMS® 2020, s 12.

25 ICC, INCOTERMS® 2020, s 16.

26 ICC, INCOTERMS® 2020, s 16.

satıcının malları belirlenen varma yerine gelen taşıma aracından boşaltmadan alıcının tasarrufuna bırakmakla teslim yükümlülüğünü yerine getirdiği düzenlenmiştir. DPU kuralında ise, satıcı malları belirlenen yerde, araçtan indirmekle yükümlüdür.

- FCA (Taşıyıcıya Masrafsız Teslim) kurallarının deniz yoluyla taşınan mal satımlarında uygulanmasında genellikle satıcı veya alıcı yükleme konşimentosu (on board bill of lading) istemektedir. Ancak, FCA kuralına göre, gemiye mallar yüklenilmeden önce, teslim gerçekleşmektedir. Zira bu kurala göre, satıcı malları taşıyıcıya ya da alıcının tayin ettiği kişiye belirlenen yerde teslim etme yükümlülüğü altındadır. Yeni kuralların A6 ve B6 maddeleri bu konuda önemli bir seçenek sunmaktadır. Buna göre, alıcı ve satıcının, alıcının taşıyıcıya talimat vererek malların yüklenilmesinden sonra satıcı için yükleme konşimentosu düzenleyebileceğini kararlaştırabilecekleri kaleme alınmıştır²⁷.
- INCOTERMS® 2020 kurallarında masraflara ilişkin hükümler, diğer INCOTERMS® kurallarından farklı olarak A9/B9 maddelerinde düzenlenmiş olup ayrıca tüm masrafları içerecek şekilde kaleme alındığından daha uzun olmuştur²⁸. Satıcı ve alıcı açısından tüm masraflara ilişkin hükümlere bir maddede yer verilmiş olması, uluslararası ticari riskleri bertaraf etmeye yöneliktir.
- CIF (Masraflar, Sigorta, Navlun) ve CIP (Taşıma ve Sigorta Ödenmiş Olarak) kurallarında, satıcıya minimum seviyede sigorta yapma yükümlülüğü getirilmiştir. INCOTERMS® 2010 kurallarına göre, satıcı, alıcının yolculuk sırasında mallara ilişkin hasar riskine karşı bir sigorta sözleşmesi yapar. Satıcı, masrafları kendisine ait olmak üzere, asgari olarak Enstitü Kargo Kuralları'nın (LMA/IUA) C klotunda veya benzeri klotlarda yer alan kapsamda bir yük sigortası temin etmelidir. Uzun tartışmalar sonrasında, CIF ve CIP INCOTERMS® 2020 kurallarında farklı asgari koşullarda sigorta yaptırma yükümlülüğü getirilmiştir²⁹. Buna göre, CIF kurallarında, Enstitü Kargo Kuralları'nın C klotunda yer alan kapsamda bir yük sigortası yaptırma yükümlülüğü aynen devam etmekle birlikte, taraflar daha geniş kapsam konusunda anlaşabilirler. CIP kuralında ise, satıcının Enstitü Kargo Kuralları'nın A klotunda veya benzeri klotlarda yer alan kapsamda bir yük sigortası temin etmesi zorunluluğu getirilmiştir. Ancak taraflar daha düşük seviyede sigorta ettirme konusunda anlaşabilirler.
- FCA, DAP, DPU ve DDP INCOTERMS® 2020 kurallarında, satıcı veya alıcının kendi ulaşım araçlarıyla taşımayı gerçekleştirebileceklerine ilişkin açık düzenleme getirilmiştir³⁰.
- Malların dolaşımının güvenli bir şekilde sağlanması amacıyla, INCOTERMS® 2010 kuralları ilk defa, A2, B2, A10, B10 hükümleriyle, alıcı ve satıcıya güvenlikle ilgili gümrük işlemlerinin yerine getirilmesi amacıyla, gözetim zincirine ilişkin bilgi sağlama borcu, gerekli belgeleri almada yardım veya ilgili belgeleri bizzat alma yükümlülüğü getirmiştir. INCOTERM 2020 kurallarında ise, her kuralın A4 ve A7 maddelerinde, açıkça güvenlikle ilgili olarak taşıma yükümlülüklerine ilişkin düzenlemeler getirilmiştir³¹.

27 ICC, INCOTERMS® 2020, s 14.

28 ICC, INCOTERMS® 2020, s 14.

29 ICC, INCOTERMS® 2020, s 15.

30 ICC, INCOTERMS® 2020, s 15.

31 ICC, INCOTERMS® 2020, s 11

III. INCOTERMS® Kuralları ve Hasarın Geçişi

Taraflar hasarın geçişi anını ve yerini belirlemede irade muhtariyetine sahiptirler. Uygulamada taraflar özellikle INCOTERMS® kurallarını aralarında yapmış oldukları satım sözleşmelerinde seçerek INCOTERMS® kurallarında yer alan hasarın geçişi konusundaki hükümlerin sözleşmelerine uygulanmasını sağlamaktadırlar. INCOTERMS® 2020 kurallarında, önceki INCOTERMS® kuralları gibi alıcının ve satıcının sorumlulukları sağ ve sol sütunlarda, satıcının A, alıcının ki de B sütununda olmak üzere toplam on madde şeklinde, düzenleme yer almaktadır. Bu sistem ayna sistemi (*mirror system*) olarak adlandırılmaktadır³². Hasarın geçişi konusu satıcı için A3, alıcı için ise B3 maddelerinde hüküm altına alınmıştır. Bu nedenle, aşağıda INCOTERMS® 2020 kurallarında yer alan terimler, kısaca özetlendikten sonra her terimde yer alan hasarın geçişine ilişkin düzenlemeler incelenecektir. Dolayısıyla, uluslararası satım hukukuna ilişkin bir davada, eğer INCOTERMS® kurallarına satım sözleşmesinde atıf yapılmış ise, hasarın geçişi konusunda, hangi terim sözleşmede belirtilmişse, o ticari terime ilişkin kurallarda yer alan hükümlerin uygulanması gerekmektedir.

A. EXW (İşyerinde Teslim)

Bu kural, satıcının malları kendi mahallinde veya ismen belirlenmiş başka bir yerde (örneğin fabrikada, depoda) alıcının tasarrufuna bırakarak kendine ait yükümlülüğü yerine getirdiği bir teslim şeklini ifade eder. Satıcı malları hiçbir araca yüklemeyen ve taşımaya ilişkin hiçbir masraf yapmadan alıcının teslim alabileceği şekilde malları ayırarak belirlenen yer ve zamanda hazır tutmakla yükümlüdür. Ayrıca, satıcının malların ihracatı için gümrükleme işlemlerini yerine getirmek zorunluluğu bulunmamaktadır. Dolayısıyla, diğer INCOTERMS®'ler ile karşılaştırıldığında, satıcıya en az yükümlülük getiren EXW terimidir³³. Bu terim, seçilen taşıma türü ne olursa olsun, hatta birden çok taşıma türünün söz konusu olması halinde dahi, uygulanabilir. Uygulamaya bakıldığında özellikle, ihracat işlemlerinde satıcının sorumluluğunun bulunmamasından dolayı, bu terim iç ticarete uygulanırken, FCA terimi uluslararası ticarete daha yaygın olarak kullanılmaktadır³⁴.

Bu terimin INCOTERMS® 2020 kurallarında yer alan hasarın geçişine ilişkin A3 ve B3 maddeleri birlikte incelendiğinde, kural olarak, mallar belirtilen teslim yerinde, eğer üzerinde anlaşılan belirli bir nokta varsa o noktada, herhangi bir taşıma aracına yüklenmemiş olarak, alıcının tasarrufuna bırakıldığı andan itibaren, hasarın alıcıya geçtiği görülmektedir³⁵. Diğer bir ifadeyle, alıcı, malların teslim edildikleri tarihten itibaren, mallara ilişkin tüm ziya ve hasarı üstlenmektedir. Satıcının hasardan

32 Bergami (n 3) 163-164; Kuyucu (n 1) 35; Ayoğlu (n 17) 319.

33 Özkan (n 1) 7; Malfliet (n 4) 164; Kuyucu (n 1) 54.

34 ICC, INCOTERMS® 2010, s 15; Erdem (n 1) 237.

35 Kuyucu (n 1) 60.

sorumluluğu, malların teslim edilmesi anına kadardır. Fakat belirtmek gerekir ki, satıcının paketleme gibi bir takım yükümlüklerini yerine getirmemesinden ya da eksik getirmesinden doğan hasardan sorumluluk satıcının üzerindedir³⁶. Alıcı, kararlaştırılmış bir süre içerisinde teslimatın yapılacağı günü veya belirlenen yerdeki teslim noktasını belirleme hakkı kendisine ait olduğunda, bu konuda satıcıya yeteri kadar önceden ihbarda bulunmalıdır. Eğer, alıcı bu ihbarı göndermezse, kararlaştırılan tarihten veya kararlaştırılan sürenin sona erme tarihinden itibaren, malların sözleşmeye konu olan mallar olduklarını belirtecek şekilde açıkça ferdileştirilmiş olmaları şartıyla mallara ilişkin tüm ziya ve hasarı üstlenir³⁷.

B. FCA (Taşıcıya Masrafsız Teslim)

Bu kural, satıcının malları, satıcının işyerinde veya belirlenen başka bir yerde, alıcı tarafından tespit edilen taşıcıya veya başka bir kişiye teslim edilmesi ve gümrük çıkış işlemlerinin de satıcı tarafından yapılacağı ve ihracat işlemlerine ilişkin gümrük masraflarının da satıcının üzerinde olduğu teslim şeklini ifade eder. Bu kural, her türlü taşıma şeklinde uygulanmak üzere düzenlenmiştir³⁸. Adı üzerinde, bu terimde, satıcının malların taşınması ile ilgili bir taşıma sözleşmesi yapma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Ayrıca, satıcı malların sigortalanmasından da sorumlu değildir.

Uygulamada sıklıkla kullanılan bu ticari terimin hasarın geçişine ilişkin hükümleri değerlendirildiğinde, malların satıcı tarafından alıcıya teslim edildiği tarihten itibaren, mallara ilişkin tüm ziya ve hasarı alıcıya aittir. Dolayısıyla, satım sözleşmesi taraflarının teslim yerindeki ilgili noktayı açık bir şekilde belirlemeleri yerinde olacaktır. Zira hasarın alıcıya geçişi bu noktada olacaktır.

Dolayısıyla, hasarın geçişini anlayabilmemiz için malların teslimine ilişkin hükmü iyi irdelememiz gerekmektedir. Buna göre, satıcı, malları taşıcıya ya da alıcının tayin ettiği kişiye belirlenen yerde, eğer üzerinde anlaşılan belirli bir nokta varsa o noktada ve kararlaştırılan tarihte veya kararlaştırılan sürede teslim etme yükümlülüğü altındadır. Teslim, eğer belirlenen yer satıcının işyeri ise, alıcı tarafından sağlanan taşıma aracına malların yüklenmesiyle tamamlanmış olur. Diğer durumlarda ise, malların, satıcının taşıma aracında boşaltılmamış olarak taşıyıcının tasarrufuna bırakılmasıyla teslim yapılmış kabul edilir. Bu bağlamda, alıcıya yüklenen önemli sorumluluk ise, taşıyıcının veya diğer bir kişinin adını satıcıya bildirmektir. Bununla birlikte, alıcı, durum gerektiriyorsa, teslim için öngörülen süre içerisinde taşıyıcı veya alıcı tarafından atanan diğer bir kişinin malları teslim alması için seçilen tarihi, atanan kişi tarafından kullanılacak taşıma şeklini ve belirlenen yerde malların teslim edilmesi gereken noktayı satıcıya bildirmek yükümlülüğü altındadır³⁹.

36 Kuyucu (n 1) 60.

37 ICC, INCOTERMS® 2020, s 25.

38 ICC, INCOTERMS® 2020, s 29-30; Özkan (n 1) 8; Paliu-Popa (n 1) 102.

39 ICC, INCOTERMS® 2020, s 30; Hakan Acar, *Uluslararası Satışlarda Hasar Riskinin Geçişi* (2009) 106.

Hasarın geçişi noktasında dikkat edilmesi gerekli önemli bir husus ise, alıcı yukarıdaki paragrafta belirtildiği şekilde hareket etmezse, diğer bir ifadeyle, bir taşıyıcı veya başka bir kişi atandığına dair gerekli ihbarı yapmaz veya taşıyıcı ya da alıcı tarafından atanan diğer bir kişi malları teslim almaz ise, alıcının hasardan sorumluluğunun doğmasıdır. Bunun için, alıcı, kararlaştırılan tarihten itibaren veya böyle bir tarih bulunmaması halinde, kararlaştırılan sürede satıcı tarafından ihbar yapıldığı tarihten itibaren veya böyle bir tarih bulunmaması durumunda, kararlaştırılan teslim süresinin sona erme tarihinden itibaren, malların sözleşmeye konu olan mallar oldukları belirtecek şekilde açıkça ferdileştirilmiş olmaları şartıyla, mallara ilişkin hasardan sorumludur⁴⁰. Burada vurgulanması gerekli husus, malların sözleşmeye konu olan mallar oldukları belirtecek şekilde açıkça ferdileştirilmiş olmaları halinde, alıcının yukarıdaki şartlardan birinin gerçekleşmesi durumunda mallara ilişkin hasardan sorumlu olacaktır.

C. CPT (Taşıma Ödenmiş Olarak)

Bu kural, satıcının malları kendisinin seçtiği bir taşıyıcı veya eğer taraflarca kararlaştırılmış ise diğer bir kişiye belirlenen yerde teslim edeceğini ve satıcının, malların belirtilen varış noktasına getirilmesi için gerekli taşıma sözleşmesini yapmak ve taşıma masraflarını ödemek zorunda olduğunu belirtmektedir⁴¹. Bu terim, her türlü taşımacılıkta ve birden çok taşıma türünün söz konusu olduğu durumlarda da kullanılabilir. Satıcı, bu terim bağlamında, taşıma sigortası yaptırma mecburiyetinde değildir. Ayrıca, satıcının malların ihracatı için gümrükleme işlemlerinden sorumluluğu bulunmakla beraber, ithalata ilişkin herhangi bir yükümlüğü bulunmamaktadır⁴².

Bu kural seçildiğinde, satıcının malın kararlaştırılan varış yerine kadar taşınması için gerekli taşıma bedeli ve masraflarını ödemesi gerekmektedir. Burada dikkat edilmesi gereken en önemli husus, CPT, CIP, CFR veya CIF terimleri kullanıldığı takdirde, satıcının teslim yükümlülüğünü malların varma yerine ulaştığında değil, malları taşıyıcıya teslim ettiğinde yerine getirmiş kabul edilmesidir⁴³. Dolayısıyla, bu terimler kullanıldığında iki kritik noktaya dikkat edilmesi gerekir. Zira hasarın geçişi ve masrafların devri farklı iki yerde gerçekleşmektedir⁴⁴. Hasarın geçişini açıklamadan önce masrafların devri konusuna değinmek gerekir. Satım sözleşmesi taraflarının varma yerindeki ilgili noktayı açıkça belirlemeleri yerinde olacaktır. Zira bu noktaya kadar oluşacak masraflar satıcının sorumluluğundadır. Bu nedenle, kendi durumuna uygun bir taşıma sözleşmesi yapılmalıdır.

40 ICC, INCOTEMS 2020, s. 35; Kuyucu (n 1) 73-74.

41 Kuyucu (n 1) 136-137.

42 ICC, INCOTERMS® 2020, s 41-42.

43 ICC, INCOTERMS® 2010, s 33.

44 Malfliet (n 4) 165.

Yukarıda belirtildiği üzere, bu terim kullanıldığında masrafların geçişi ile hasarın geçiş noktaları birbirinden farklıdır. Diğer terimlerde olduğu gibi, malların teslim edildiği tarihten itibaren mallara ilişkin tüm ziya ve hasarı alıcı üstlenmektedir. Dolayısıyla, teslim ilişkili hükümlerin iyi irdelenmesi bir zorunluluktur. Bu terim kullanıldığında, satıcı malları kararlaştırılan tarihte veya kararlaştırılan süre içerisinde kendisi ile masrafları kendisine ait olmak üzere taşıma sözleşmesi yaptığı taşıyıcıya teslim etmelidir. Hasar, malların taşıyıcıya teslim edildiği andan itibaren alıcıya geçmektedir⁴⁵.

Burada belirtilmesi gerekli önemli bir husus ise, eğer satım sözleşmesi gereği, alıcı malların gönderi zamanını, varma yerini, malların teslim alınacağı noktayı belirlemek yetkisine sahip ise bu hususları satıcıya bildirmelidir. Eğer bu durumları bildirmez ise, kararlaştırılan tarihten veya kararlaştırılan teslim süresinin sona erme tarihinden itibaren, malların sözleşmeye konu olan mallar olduklarını belirtecek şekilde açıkça ferdileştirilmiş olmaları şartıyla mallara ilişkin tüm ziya ve hasardan alıcı sorumludur⁴⁶.

CPT kuralı kullanılırken dikkat edilmesi gereken bir diğer önemli husus ise, malların varma yerine ulaştırılması için birden çok taşıyıcının kullanılıyor olması durumunda malların ilk taşıyıcıya teslim edilmesiyle hasarın alıcıya geçiyor olmasıdır. Diğer bir ifadeyle, CPT teriminin kullanıldığı satım sözleşmelerinde varma yerine kadar birden fazla taşıyıcı bulursa dahi malların ilk taşıyıcıya teslim edilmesi durumunda hasar alıcıya geçer⁴⁷. Dolayısıyla, alıcının hiçbir kontrolünün olmadığı bir noktada hasarı üstlenmek zorunda olması nedeniyle taraflar hasarın daha ileriki bir noktada, örneğin okyanustaki bir limanda veya havaalanında, hasarın geçişini düzenlemek istiyorlarsa bunu satım sözleşmesinde irade muhtariyeti çerçevesinde belirtmelidir⁴⁸.

D. CIP (Taşıma ve Sigorta Ödenmiş Olarak)

CIP kuralında, satıcı CPT’de belirtilen yükümlülükleri yerine getirmek zorundadır. Dolayısıyla, yukarıda CPT terimi için yapılan açıklamalar CIP terimi içinde geçerlidir. CIP teriminin CPT teriminden tek farkı satıcıya yüklenen sigorta yapma yükümlülüğüdür⁴⁹. Satıcı, alıcının yolculuk sırasında mallara ilişkin hasar riskine karşı bir sigorta sözleşmesi yapar. Satıcı, masrafları kendisine ait olmak üzere Enstitü Kargo Kuralları’nın (LMA/IUA) A klotlarında veya kullanılan taşıma aracına uygun benzer klotlarda öngörülen kapsamda bir yük sigortası temin etmelidir⁵⁰.

45 ICC, INCOTERMS® 2020, s 41; Paliu-Popa (n 1) 102.

46 ICC, INCOTERMS® 2020, s 45.

47 Acar (n 39) 111.

48 ICC, INCOTERMS® 2020, s 42.

49 ICC, INCOTERMS® 2010, s 41; Paliu-Popa (n 1) 102; Erdem (n 1) 245; Acar (n 39) 111; Kuyucu (n 1) 142.

50 ICC, INCOTERMS®2020, s 56.

E. DPU (Belirlenen Yerde Boşaltılmış Olarak Teslim)

DPU kuralı, INCOTERMS® 2010'da düzenlenen DAT teslim şekli yerine INCOTERMS® 2020'de yer alan yeni bir terimdir. Bu terimde, satıcının malları belirlenen varma yerinde veya eğer kararlaştırılmışsa belirlenen varma yerindeki ilgili noktada taşıma aracından boşaltılmış bir şekilde alıcının tasarrufuna bırakmakla malları teslim edeceği ifade edilmektedir⁵¹. Bu teslim şekli, seçilen taşıma türüne bakılmaksızın birden fazla taşıma türünden yararlanıldığı durumlarda da kullanılır. DPU teslim şeklinde, satıcı malları sözleşmede DPU teriminin yanında yazılan varma yerine getirilmesi ve boşaltılmasına ilişkin tüm masrafları ödemekle yükümlüdür. DPU Kuralı, satıcının malları varma yerinde boşaltmasını gerektiren tek INCOTERMS® kuralıdır⁵². Bu nedenle, satıcı belirlenen varma yerinde boşaltma işlemlerini gerçekleştirecek durumda değilse, DAP kuralını seçmesi yerinde olacaktır. DPU teriminde, malların ihracatına ilişkin gümrük işlemlerini yerine getirmesi gerekmektedir. Ancak, malların ithalat ile ilgili izinleri ve gümrük işlemlerinden alıcı sorumludur⁵³.

Hasarın geçişi konusuna gelecek olursak, DPU kuralı kullanıldığında, satıcı, malların belirlenen varma yerine getirilmesi ve taşıma aracından boşaltılması anına kadar hasardan sorumludur⁵⁴. Mallar boşaltılıp, alıcının tasarrufuna bırakılarak teslim edildiği tarihten itibaren mallara ilişkin tüm ziya ve hasarı alıcı üstlenmektedir. Ancak, alıcı hasar ve masrafları kendisine ait olmak üzere her türlü ithalat iznini veya diğer resmi izni almadığı ve malların ithali için tüm gümrük işlemlerini tamamlamadığı durumda, bundan kaynaklanan mallara ilişkin tüm ziya ve hasarı malların sözleşmeye konu olan mallar olduklarını belirtecek şekilde açıkça ferdileştirilmiş olmaları şartıyla alıcı üstlenmektedir. Ayrıca, alıcı kararlaştırılan süre içerisinde bir tarihi ve/veya belirlenen varma yerindeki teslim alma noktasını belirlemek yetkisine sahip olduğu durumlarda, bu hususları satıcıya ihbar etmezse kararlaştırılan tarihten veya kararlaştırılan teslim süresinin sona erme tarihinden itibaren mallara ilişkin tüm ziya ve hasarı malların sözleşmeye konu olan mallar olduklarını belirtecek şekilde açıkça ferdileştirilmiş olmaları şartıyla alıcı üstlenmektedir.⁵⁵

F. DAP (Belirlenen Yerde Teslim)

DAP kuralı, INCOTERMS® 2000'de düzenlenen DAF, DES ve DDU teslim şekillerinin yerine kullanılmak üzere ilk defa INCOTERMS® 2010'da getirilen bir terim olup, INCOTERMS® 2020 Kurallarında da yer almaktadır. INCOTERMS® 2000 kurallarında yer alan DAF, DES ve DDU terimlerinin kaldırılıp tek terim olarak DAP adı altında düzenlenmesinin en önemli sebeplerinden biri bu terimlerin birbirlerine

51 ICC, INCOTERMS® 2010, s 73.

52 ICC, INCOTERMS®2020, s 73.

53 ICC, INCOTERMS®2020, s 74.

54 ICC, INCOTERMS®2020, s 73.

55 ICC, INCOTERMS®2020, s 77.

benzer özellikler taşımaları ve kullanıcıların bu terimleri kullanırken yaşadıkları problemleri bertaraf etmektir. DAP terimi, tüm taşıma şekillerinde kullanılmaya uygun olarak düzenlenmiştir. Bu terimden anlaşılan, satıcının malları belirlenen varma yerine gelen taşıma aracından boşaltmadan alıcının tasarrufuna bırakmakla teslim yükümlülüğünün yerine getirildiğidir⁵⁶. Dolayısıyla, satıcı malı belirlenen noktada araçtan indirmekle sorumlu olmadığı gibi, malın ithalatı için gerekli izinleri ve gümrük işlemlerini de gerçekleştirmekle yükümlü değildir. Diğer bir ifadeyle, DAP teslim şeklinin DPU teslim şeklinden farkı, satıcının malları belirlenen yerde araçtan indirmekle yükümlü olmamasıdır⁵⁷.

DAP kuralı, satıcının malların ihracatına ilişkin gümrük işlemlerini yapma yükümlülüğünü getirmektedir. Ancak, satıcının malların ithalat için gümrüklenmesi, ithalata ilişkin gerekli gümrük işlemlerinin yapılmasına dair herhangi bir yükümlülüğü bulunmamaktadır⁵⁸.

DAP kuralı kullanıldığı takdirde, satıcı, malların belirlenen varma yerinde, eğer varsa kararlaştırılan noktada, gelen taşıma aracından boşaltılmaya hazır şekilde bulundurma anına kadar hasardan sorumludur⁵⁹. Taşıma aracından boşaltılmaya hazır şekilde alıcının tasarrufuna bırakılarak teslim edildiği andan itibaren mallara ilişkin tüm ziya ve hasarı alıcı üstlenmektedir. Ancak, alıcı hasar ve masrafları kendisine ait olmak üzere, her türlü ithalat iznini veya diğer resmi izni almadığı ve malların ithali için tüm gümrük işlemlerinin tamamlamadığı durumda, bundan kaynaklanan mallara ilişkin tüm ziya ve hasarı malların sözleşmeye konu olan mallar olduklarını belirtecek şekilde açıkça ferdileştirilmiş olmaları şartıyla alıcı üstlenmektedir. Ayrıca, alıcı kararlaştırılan süre içerisinde bir tarihi ve /veya teslim alma noktasını belirlemek yetkisine sahip olduğu durumlarda, bu hususları satıcıya ihbar etmezse, kararlaştırılan tarihten veya kararlaştırılan teslim süresinin sona erme tarihinden itibaren, mallara ilişkin tüm ziya ve hasarı, malların sözleşmeye konu olan mallar olduklarını belirtecek şekilde açıkça ferdileştirilmiş olmaları şartıyla alıcı üstlenmektedir⁶⁰.

G. DDP (Gümrük Resmi Ödenmiş Olarak Teslim)

DDP kuralı, satıcının malları ithalat için gümrüklenmiş olarak ve belirlenen varma yerinde gelen taşıma aracında boşaltmaya hazır şekilde alıcının tasarrufuna bırakmakla teslim yükümlülüğünü yerine getirdiği anlamına gelir. Dolayısıyla, kapıdan kapıya bir satış sözleşmesi gibi, satıcı varış yerindeki ithalata ilişkin gümrük masrafları da dahil olmak üzere tüm masrafları karşılamakla yükümlüdür. Diğer bir ifadeyle,

56 Nesrin Akın Sunay, 'INCOTERMS 2010 Kuralları Hakkında Genel Bilgi ve Bu Kurallar Kapsamında DAT ve DAP Ticari Terimleri' (2012) 126 E-Akademi, Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi 16.

57 ICC, INCOTERMS® 2020, s 64.

58 ICC, INCOTERMS® 2020, s 64; Akın-Sunay (n 56) 17.

59 Akın-Sunay (n 56) 18.

60 ICC, INCOTERMS® 2020, s 67.

satıcı, malların belirlenen varna yerine getirilmesine ilişkin tüm hasar ve masrafları üstlenmektedir⁶¹. Bu sorumluluğa sadece malların ihracata ilişkin değil ithalata ilişkin gümrükleme işlerini yerine getirmek de dahildir. Dolayısıyla, DDP terimi, satıcı açısından en ağır yükümlülüğü getiren bir terimdir⁶². Hatta satım sözleşmesinde aksi kararlaştırılmadığı sürece, ithalata ilişkin ödenmesi gereken KDV ve tüm diğer vergiler satıcıya aittir. DDP terimi, her türlü taşıma türü ve birden çok taşıma türünün söz konusu olması hali de dahil kullanılabilir⁶³. Uygulamada baktığımızda, Türkiye'deki serbest bölgelerden, Türkiye'ye yapılan satım sözleşmelerinde, DDP kuralının uygulandığı görülmektedir⁶⁴.

Bu kural kullanılırken dikkat edilmesi gerekli en önemli husus, tarafların belirlenen varna yerindeki ilgili noktayı mümkün olduğunca açık bir şekilde belirlemeleri gerektiğidir. Zira bu noktaya kadar olan masraflar ve hasar satıcının üzerindedir. Dolayısıyla, satıcı bu terim kapsamında bir taşıma sözleşmesi yapmalıdır. Ayrıca, bazı ülkelerin mevzuatları gereği, satıcının ithalat için gerekli gümrükleme işlemlerini doğrudan veya dolaylı olarak yerine getirme imkânı yoksa bu terimin kullanılmaması yerinde olacaktır. Bu durumda, bu terim yerine DAP veya DPU terimleri kullanılabilir⁶⁵.

Yukarıda ifade edildiği üzere, hasarın geçişi noktasında, satıcı, malların belirlenen varna yerinde, eğer varsa kararlaştırılan noktada, gelen taşıma aracından boşaltılmaya hazır şekilde bulundurma anına kadar hasardan sorumludur. Taşıma aracından boşaltılmaya hazır şekilde alıcının tasarrufuna bırakılarak teslim edildiği andan itibaren mallara ilişkin tüm ziya ve hasarı alıcı üstlenmektedir. Ancak, alıcı hasar ve masrafları kendisine ait olmak üzere, malların ithali için gerekli her türlü ithal iznini veya diğer resmi izni temin etmekte satıcıya her türlü yardımı sağlamaz ise, bundan kaynaklanan mallara ilişkin tüm ziya ve hasarı malların sözleşmeye konu olan mallar olduklarını belirtecek şekilde açıkça ferdileştirilmiş olmaları şartıyla alıcı üstlenmektedir. Ayrıca, alıcı kararlaştırılan süre içerisinde bir tarihi ve /veya teslim alma noktasını belirlemek yetkisine sahip olduğu durumlarda, bu hususları satıcıya ihbar etmezse, kararlaştırılan tarihten veya kararlaştırılan teslim süresinin sona erme tarihinden itibaren, mallara ilişkin tüm ziya ve hasarı, malların sözleşmeye konu olan mallar olduklarını belirtecek şekilde açıkça ferdileştirilmiş olmaları şartıyla alıcı üstlenmektedir⁶⁶.

61 Paliu-Popa (n 1) 103.

62 Köksal (n 3) 99; Malfliet (n 4) 167; Erdem (n 1) 251.

63 ICC, INCOTERMS® 2020, s 83.

64 Örneğin TRT Genel Müdürlüğü Satın Alma Dairesi tarafından serbest bölgelerden yapılan satın almalarda, DDP terimi kullanılmaktadır.

65 ICC, INCOTERMS® 2020, s 84.

66 ICC, INCOTERMS® 2020, s 87.

H. FAS (Gemi Doğrultusunda Masrafsız)

Bu kural, satıcının malları belirlenen yükleme limanında, alıcı tarafından seçilen geminin doğrultusunda, örneğin bir rıhtımda veya bir mavnada, bırakarak teslim etmesi anlamına gelmektedir. FAS terimi, sadece deniz veya iç su taşımacılığında kullanılabilir. FAS teriminde, satıcı taşıma veya sigorta sözleşmesi yapmakla yükümlü değildir. Ayrıca, FAS terimi, satıcıya malların ihracatı için gerekli gümrükleme işlemlerini yapması yükümlülüğü getirmektedir. Ancak, satıcının malların ithalatı için gümrükleme işlemlerine ilişkin herhangi bir yükümlülüğü bulunmamaktadır⁶⁷.

Bu kural kullanılırken dikkat edilmesi gereken en önemli hususlardan biri, sözleşmede belirlenen yükleme limanındaki yükleme noktasının mümkün olduğunca açık bir şekilde tespit edilmesi gerekliliğidir. Zira bu nokta masrafların satıcıdan alıcıya geçtiği yerdir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, mallar eğer konteynerde ise, satıcının malları gemi doğrultusunda değil de bir terminalde taşıyıcıya teslim etmesi mantıklı olacağından, bu gibi durumlarda FAS terimi yerine FCA terimi tercih edilmelidir⁶⁸.

Hasar konusuna gelecek olursak, mallara ilişkin hem hasar hem de masraflar, mallar gemi doğrultusunda bırakıldıkları anda alıcıya geçmektedir. Zira satıcı ya malları yükleme limanında, eğer varsa alıcı tarafından belirlenen yükleme noktasında, alıcı tarafından seçilen geminin doğrultusunda bırakarak veya zaten bu şekilde teslim edilmiş malları tedarik ederek teslim yükümlülüğünü yerine getirmiş olur. Teslim anından itibaren de hasar alıcıya geçmektedir. Yalnız burada belirtilmesi gerekli önemli bir husus ise, satıcı malları kararlaştırılan tarihte veya kararlaştırılan süre içerisinde ve ilgili limanda mutad olduğu şekilde teslim etmelidir (FAS-A2).

Hasarın geçişi ile ilgili olarak dikkat edilmesi gerekli diğer hususlar ise, alıcının FAS kuralında belirtilen bazı yükümlülükleri yerine getirmemesi durumunda da hasara malların tesliminden önce katlanabileceğidir. Bu hususa ilişkin düzenleme B3 maddesinde yer almaktadır. Bu maddeye göre, eğer alıcı geminin adını, yükleme noktasını ve gerekli olduğu hallerde kararlaştırılan süre içerisinde seçilen yükleme tarihine ilişkin satıcıya ihbar göndermezse, mallara ilişkin tüm ziya ve hasarı alıcı üstlenir. Ancak bunun olabilmesi için ayrıca, malların sözleşmeye konu olan mallar olduklarını belirtecek şekilde açıkça ferdileştirilmiş olmaları gerekmektedir. Yine aynı madde uyarınca, eğer alıcı tarafından tayin edilen gemi zamanında gelmezse veya malları alamazsa, ya da ihbar edilen tarihten önce yük almayı durdurursa, mallara ilişkin tüm ziya ve hasarı alıcı üstlenir. Ancak bunun olabilmesi için ayrıca, malların sözleşmeye konu olan mallar olduklarını belirtecek şekilde açıkça ferdileştirilmiş olmaları gerekmektedir⁶⁹.

67 ICC, INCOTERMS® 2020, s 93-94; Kuyucu (n 1) 81-82; Erdem (n 1) 238.

68 ICC, INCOTERMS® 2010, s 93-94.

69 ICC, INCOTERMS® 2020, s 97; Kuyucu (n 1) 84, 90.

I. FOB (Gemide Masrafsız)

FOB kuralı, INCOTERMS® 2020’de “deniz ve iç su taşımalarına özgü” kurallar altında düzenlenmiştir. Bu sınıflandırma ile FOB teslim şeklinin deniz ve iç su taşımalarına özgü bir terim olduğu tekrar vurgulanmıştır. Zira uygulamada FOB terimine ilişkin kurallara aykırı olarak, bu terimin yanlış olarak kara taşımalarında da kullanıldığı görülmektedir⁷⁰.

Bu kurallar, satıcının malları belirlenen yükleme limanında, alıcı tarafından seçilen gemide veya bu şekilde teslim edilen malları temin ederek teslim etmekle satım sözleşmesinden doğan yükümlülüğü yerine getirmiş olacağı ifade edilmektedir⁷¹. Başka bir deyişle, malların gemide tesliminden sonra mallara ilişkin masraflardan veya mallara gelecek olan hasar veya ziyadan alıcı sorumlu olmaktadır. Kural olarak satıcının alıcıya karşı taşıma sözleşmesi yapma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Ancak alıcı tarafından talep edilmesi halinde veya ticari teamül uyarınca ve alıcının süresi içinde aksine talimat vermediği hallerde, satıcı risk ve masrafı alıcıya ait olmak üzere olağan şartlara sahip bir taşıma sözleşmesi yapabilecektir. Ayrıca satıcının alıcıya karşı mallara ilişkin sigorta sözleşmesi yapma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Ancak satıcı, alıcının talebi üzerine kendisine malların sigortalanması için gerekli bilgileri verme yükümlülüğü altındadır (FOB-A5).

Hasarın geçişi konusunu iyi algılayabilmemiz için, satıcının malları teslim etme yükümlülüğü konusunu anlamamız ve değerlendirmemiz gerekmektedir. Zira kural olarak, satıcı malların gemide teslimine kadar meydana gelebilecek her türlü ziya ve hasardan sorumludur (FOB-A3). Satıcının teslim yükümlülüğü konusuna tekrar değinilecek olursak, satıcı, alıcı tarafından belirlenen yükleme limanında alıcı tarafından tayin edilen gemide malları teslim etmek veya teslim edilen malları temin etmekle yükümlüdür⁷². Her iki halde de satıcı malları kararlaştırılan gün veya süre içerisinde ve liman teamüllerine uygun olarak teslim etmelidir. Alıcı tarafından belirli bir yükleme noktası belirtilmediği hallerde, satıcı yükleme limanında yükleme işlemi için uygun bir yükleme noktası seçme hakkına sahiptir (FOB-A2).⁷³

Tekrar vurgulamak gerekir ki, bu terim kapsamında mallara ilişkin hasar, mallar gemide bulunduğu anda alıcıya geçmektedir. Ancak, gemide teslimden önce de hasarın alıcı üzerinde olabileceği durumların da olabileceği, INCOTERMS® kurallarında düzenlenmiştir. Özellikle, alıcı tarafından satıcının malları teslimi için yükleme zamanının, geminin tayini gibi işlemlerin yerine getirilmemesi veya malların teslim alınmaması hallerinde, mallara ilişkin hasarın teslimden önce alıcıya geçmesi söz konusu olabilecektir. Ancak bu halin söz konusu olabilmesi için malların alıcı için

70 Ekşi (n 16) 190; Erdem (n 1) 158-159.

71 Erdem (n 1) 148.

72 Bergami (n 3) 169.

73 ICC, INCOTERMS® 2020, s 106.

hazırlanıp ayrıldığıının saptanabilmesi gerekmektedir⁷⁴. Gerçekten, FOB terimine ilişkin B3 maddesinde, alıcının geminin seçimine ilişkin ihbarı göndermemesi veya alıcı tarafından tayin edilen geminin zamanında gelmemesi veya malları almadığı durumlarda, malların sözleşmeye uygun olarak açıkça ferdileştirilmiş olması halinde alıcının mallara ilişkin tüm hasardan sorumlu tutulacağı belirtilmiştir.

İ. CFR (Masraflar ve Navlun)

Bu kural kapsamında, satıcı malları gemide teslim etmek veya teslim edilmiş malları temin etmek yükümlülüğünün yanında malların belirlenmiş varma limanına taşınması için masrafları kendisine ait olmak üzere taşıma sözleşmesi yapmak zorundadır. Teslime ilişkin hükümde belirtildiği üzere, satıcı malları ya gemide veya zaten bu şekilde teslim edilmiş malları tedarik ederek teslim yükümlülüğünü yerine getirecektir⁷⁵.

CFR teslim şeklinde, satıcının alıcıya karşı sigorta sözleşmesi yapma yükümlülüğü yoktur. Ancak, satıcı, alıcının talebi üzerine masrafları alıcıya ait olmak üzere alıcının sigorta sözleşmesi yapabilmesi için gerekli bilgileri alıcıya sağlamak zorundadır. Ayrıca, satıcı, malların ihracı için gerekli her türlü gümrük işlemlerini yapmakla yükümlüdür. Ancak, satıcının ithalata ilişkin gümrük işlemlerini yapma zorunluluğu bulunmamaktadır⁷⁶.

CFR teslim teriminde, hasar konusuna gelecek olursak, mallara ilişkin hasar yükleme limanında mallar gemide teslim edildiğinde alıcıya geçmektedir. Malların gemide teslim edilmesiyle mallara ilişkin tüm ziya ve hasarın alıcı tarafından üstlenilmesi dışında, alıcının bazı ihbar yükümlülüklerini yerine getirmemesi durumunda da hasardan sorumlu olacağı bu terime ilişkin düzenlemede yer almaktadır. Alıcı, malların gönderilme zamanı ve/veya belirlenen varma limanındaki tesellüm noktasını belirleme yetkisine sahip olduğu durumlarda bunu satıcıya bildirmek zorundadır. Eğer bu bildirim yerine getirmezse, kararlaştırılan tarihten veya kararlaştırılan yükleme süresinin sona erme tarihinden itibaren, malların sözleşmeye konu olan mallar olduklarını belirtecek şekilde açıkça ferdileştirilmiş olmaları şartıyla mallara ilişkin tüm ziya ve hasara alıcı katlanacaktır⁷⁷.

CFR terimi kullanılırken dikkat edilmesi gereken önemli bir husus ise, hasarın geçişi ile masrafların devrinin farklı yerlerde gerçekleşmesidir. Diğer bir ifadeyle bu teslim türünde iki önemli nokta bulunmaktadır. Satım sözleşmesinde bu terim varma limanı ile birlikte kullanılmaktadır. Varma limanına kadar olan masraflar satıcı tarafından

74 ICC; INCOTERMS® 2020, s107.

75 ICC; INCOTERMS® 2020, s 113.

76 ICC; INCOTERMS® 2020, s 115.

77 ICC; INCOTERMS® 2020, s 117; Kuyucu (n 1) 124.

karşılacaktır. Dolayısıyla varma limanı önemli bir nokta olduğundan sözleşmede açıkça belirtilmek zorundadır. Ancak mallara ilişkin hasar ziya ve hasarın alıcıya geçtiği yer yükleme limanıdır. Yükleme limanı da önemli bir diğer noktadır⁷⁸.

J. CIF (Masraflar, Sigorta ve Navlun)

Uygulamada FOB kuralı gibi, sıklıkla kullanılan diğer bir teslim şekli CIF olup, INCOTERMS® 2020’de deniz ve iç su taşımalarına özgü kurallar altında düzenlenmiştir. Bu terim kapsamında, satıcı malları gemide teslim etmek veya teslim edilmiş malları temin etmek yükümlülüğünün yanında malların belirlenmiş varma limanına taşınması için masrafları kendisine ait olmak üzere taşıma sözleşmesi ve malların taşıma sırasında hasar veya ziya uğrama riskine karşı sigorta sözleşmesi yapma yükümlülüğü altındadır⁷⁹.

Yukarıda belirtildiği üzere, CIF teslim şeklinde, satıcının taşıma sözleşmesi yapma yükümlülüğü bulunmaktadır. Satıcı, malların kararlaştırılan teslim yerinden varma limanına veya taraflarca kararlaştırılmışsa varma limanındaki bir noktaya taşınmasına ilişkin bir taşıma sözleşmesi yapma veya tedarik etme yükümlülüğü altındadır. Satıcı tarafından, masrafları kendisine ait olmak üzere, gerçekleştirilecek bu taşıma sözleşmesiyle, satılan tip malların taşınması için kullanılan bir gemide olağan bir rota izlemek suretiyle malların varma limanına taşınması sağlanmalıdır (CIF-A4).

CIF teslim şeklinde de FOB teriminde olduğu gibi her ne kadar satıcının malları gemide teslimi veya teslim edilmiş malların tedariki öngörülmüş olsa da, bu teslim şeklinde FOB teslim şekline farklı olarak satıcı ayrıca, masrafları kendisine ait olmak üzere, taşıma ve sigorta sözleşmesi gerçekleştirmekle yükümlüdür. INCOTERMS® kurallarını anlatırken değindiğimiz üzere, terimlerin yanlış kullanılması, satıcının mali kaybına neden olabilecektir. Dolayısıyla, taşıma sözleşmesine ilişkin masrafların satıcıya ait olması ve bunun mal bedeli içerisinde yer alması sebebiyle, satıcı doğması muhtemel masrafları ve özellikle navlun fiyatlarını dikkate alarak mal bedelini tespit etmelidir. Zira taşıma ve sigorta sözleşmesine ilişkin masraflar alıcıya ayrıca yansıtılmamakta, götürü şeklinde mal bedelinin içerisinde yer almaktadır. CIF teslim şeklini içeren satım sözleşmesinin imzasından sonra navlun bedeli veya sigorta sözleşmesi masraflarında herhangi bir artış olsa dahi, kural olarak satıcı bu artışı alıcıya yansıtamayacaktır.

CIF terimi kapsamında, satıcının sigorta sözleşmesi yapma yükümlülüğü bulunmaktadır. Satıcı masrafları kendisine ait olmak üzere, asgari olarak Kargo Kuralları Enstitüsü (Londra Sigortacılık Kurumu)’nun (C) klotunda veya benzer klotlarda yer alan kapsamda bir yük sigortası yaptırmak ve primlerini ödemekle

78 ICC, INCOTERMS® 2020, s 114.

79 ICC, INCOTERMS® 2020, s 123; Ercüment H. Erdem, *SIF Satışlar* (1999).

yükümlüdür. Söz konusu sigorta sözleşmesi, bu alanda güvenilir sigortacılar veya bir sigorta şirketi ile yapılmış ve alıcı veya mallara ilişkin sigortalanabilir menfaati bulunan üçüncü kişilere sigortacıdan doğrudan talep hakkı verir nitelikte olmalıdır (CIF A5).

Belirtmek gerekir ki, CIF kuralında, satıcının sadece asgari teminat sağlayan bir sigorta temin etmek zorunluluğu bulunmaktadır. Dolayısıyla alıcı daha geniş bir teminat ile korunmak istiyorsa, ya bu konuda satıcı ile açıkça anlaşmalı veya kendisi ek sigorta yaptırmalıdır. Bu husus, CIF terimine ilişkin kurallarda açıkça ifade edilmiştir. Buna göre, satıcı, alıcı tarafından talep edilmesi halinde ve masrafları alıcıya ait olmak üzere, Enstitü Savaş Klotları ve/veya Enstitü Grev Klotları (LMA/IUA) veya benzer klotlarla sağlanan ek sigortayı sağlamakla yükümlüdür. Bununla birlikte satıcı talep etmesi halinde alıcıya, masraf ve riski alıcıya ait olmak üzere, ilave sigorta temin edebilmesi için gerekli bilgileri vermekle yükümlüdür (CIF A5).

CIF terimi bağlamında, satıcının malların ihracat için gümrüklenmesi yükümlülüğünün de olduğu bir teslim şeklidir. Ancak, satıcının malların ithalat için gümrüklenmesine ilişkin herhangi bir yükümlülüğü bulunmamaktadır⁸⁰.

Hasarın geçişi noktasında, FOB teslim şeklinde olduğu gibi, mallara ilişkin hasardan sorumluluk malların gemide teslimi ile alıcıya geçer. Malların gemide teslim kavramı INCOTERMS® 2010 kuralları ile getirilmiş bir kriterdir. Malların gemide teslim edilmesiyle mallara ilişkin tüm ziya ve hasarın alıcı tarafından üstlenilmesi dışında, alıcının bazı ihbar yükümlülüklerini yerine getirmemesi durumunda da hasardan sorumlu olacağı INCOTERMS® kurallarında düzenlenmiştir. Buna göre, alıcı, malların gönderilme zamanı ve/veya belirlenen varma limanındaki tesellüm noktasını belirlemek yetkisine sahip olduğu durumlarda bunu satıcıya bildirmek zorundadır. Eğer bu bildiri yerine getirmezse, kararlaştırılan tarihten veya kararlaştırılan yükleme süresinin sona erme tarihinden itibaren, malların sözleşmeye konu olan mallar olduklarını belirtecek şekilde açıkça ferdileştirilmiş olmaları şartıyla mallara ilişkin tüm ziya ve hasara alıcı katlanacaktır⁸¹.

Vurgulamak gerekir ki, FOB teslim şeklinden farklı olarak, CIF teslim şeklinde malların hasar veya ziya uğramasına ilişkin riskin ve mallara ilişkin masrafların satıcıdan alıcıya geçişi iki ayrı noktada gerçekleşmektedir. Satım sözleşmelerinde kural olarak CIF klotunun ardından varma limanını belirtmektedir. Örnek olarak, CIF İstanbul. Buradaki teslim yeri ile satıcının ifa yükümlülüğünü yerine getirdiği yükleme yeri karıştırılmamalıdır. Eğer yükleme limanı alıcı açısından önem arz etmekte ise, taraflar bunu sözleşmede açıkça belirleyebilirler. CIF teslim kapsamında mallara ilişkin hasarın geçişi yükleme limanında gemide teslim ile alıcıya geçmekte

80 ICC, INCOTERMS® 2020, s 125.

81 ICC, INCOTERMS® 2020, s 127.

iken, satıcının masraflara ilişkin sorumluluğu, malların alıcıya fiilen teslim edildiği varma limanında sona ermektedir⁸². Diğer bir ifadeyle, malların varma limanına kadar taşınması masrafları satıcıya, malların gemide tesliminin ardından ortaya çıkacak hasar riski alıcıya aittir.

IV. HASARIN İNTİKALİ AÇISINDAN CISG VE INCOTERMS® KURALLARI ARASINDAKİ İLİŞKİ

CISG ile INCOTERMS® kurallarında hasarın intikaline ilişkin hususlarda benzerlik ve farklılıkların olup olmaması hususu, doktrinde incelenen önemli konulardandır⁸³. Her iki uluslararası enstrümanın yapılaş amaçlarına baktığımızda, her ikisinin de satım hukukuna ilişkin bir yeknesaklaştırmayı hedefledikleri görülmektedir.

Belirtmek gerekir ki, hasarın intikaline ilişkin konular açısından CISG ve INCOTERMS® kuralları birçok benzerlik taşımaktadır. İlk olarak her iki enstrüman açısından hasar tanımı aynı şekilde kabul edilmektedir. Bunun yanında, her ikisinde de semen hasarı riski düzenlenmiş olup, edim hasarı riski düzenlenmemiştir. Ayrıca, iki düzenlemede farklı taşıma metotları dikkate alınmıştır. Özellikle, satım konusu malın taşıma araçları kullanılarak teslimi ile malların taşıma aracı kullanılmaksızın teslimi hususu iki düzenlemede de dikkate alınmıştır. Her iki düzenleme incelendiğinde, ikisinin de hasarın intikalinde fiili hâkimiyeti dikkate aldığı sonucuna ulaşılmaktadır⁸⁴. Dolayısıyla, INCOTERMS® kuralları uzun yıllardır uluslararası ticarete kullanılan terimlerin yorumlanması için çıkarılan kurallar olduklarından bir nevi CISG'in hasarın intikaline ilişkin düzenlemelerinde bir model oluşturmuşlardır⁸⁵.

Ancak, benzerliklerinin yanında hasarın intikali açısından bu iki uluslararası enstrüman arasında farklılıklar da bulunmaktadır. Örneğin, FOB, FAS, CIF gibi klasik ticari terimlere baktığımızda, bu terimlerde yer alan hasarın geçişine ilişkin düzenlemelerde, CISG'in 67(1) maddesine oranla hasarın geçiş anı daha kesin olarak belirtilmiştir⁸⁶. Ayrıca, CISG'in hasarın intikaline ilişkin hükümlerinde kullanılan bazı terimler yorum problemlerine sebep olacak nitelikte olup, uygulamada farklı şekillerde yorumlanabilmektedirler.

Vurgulamak gerekir ki, uygulamaya baktığımızda, hasarın intikaline ilişkin CISG'in ilgili maddelerinin uygulandığı davalarda, çoğunlukla tarafların ticari terimleri

82 ICC, INCOTERMS® 2020, s 124-125.

83 Jan Ramberg, 'To What Extent Do INCOTERMS® 2000 vary Articles 67 (2), 68 and 69?' (2005-2006) 25 Journal of Law and Commerce 210, 219-222.; De Vries H, 'The Passing of Risk in International Sales Under the Vienna Sales Convention 1980 as compared with Traditional Trade Terms' (1982) (17) Eur Trans L 495; Juana Coetzee, *INCOTERMS as a form of Standardisation in International Sales Law: an Analysis of the interplay between merchantile custom and substantive sales law with specific reference to the passing of risk*, PhD Dissertation, University of Stellenbosch (2010) 282-320.

84 Coetzee (n 83) 270.

85 INCOTERMS® kurallarının hasarın intikaline ilişkin hükümlerinin CISG ile kıyaslamasının yapıldığı detaylı bir çalışma için bkz: Coetzee (n 83) 271-279.

86 Coetzee (n 83) 280.

sözleşmelerine ekledikleri görülmektedir⁸⁷. Bu nedenle, CISG ve INCOTERMS® kuralları birbirlerini karşılıklı olarak etkilemektedirler. Uluslararası bir satım sözleşmesi tarafları, INCOTERMS® kurallarını sözleşmeye derç ederek, bu kuralların hasarın intikali konusunda CISG'e nazaran öncelikli olarak uygulanmasını istemektedirler. Bu durum, CISG'in 6. maddesi kapsamında taraflara tanınan irade muhtariyeti ilkesinin de bir sonucudur⁸⁸. Dolayısıyla, taraflar, INCOTERMS® kurallarını açıkça sözleşmelerinde kullanmışlar ise, bu kurallar öncelikli olarak uygulanacaktır. Ancak, satım sözleşmesi taraflarının bu kuralları açık olarak seçmedikleri durumda, ticari terimlerin yorumlanması konusunda uygulamada farklı görüşler bulunmaktadır. Bazı mahkemeler ticari terimleri, somut uyuşmazlıkta uygulanacak hukuk olan milli hukuk kuralları çerçevesinde yorumlarken, bazıları ise, ticari terimleri CISG'in 9 (1)⁸⁹ veya 9 (2) maddeleri kapsamında uluslararası ticari teamül kabul ederek uygulamaktadır⁹⁰.

Eğer taraflar satım sözleşmelerinde INCOTERMS® kurallarına atıf yapmadan, ticari terim kullanmışlar ise, tarafların iradeleri, CISG'in 8. maddesi kapsamında yorumlanacaktır⁹¹. Özellikle taraflar daha önceki ilişkilerinde INCOTERMS® kuralları kullanmışlar ise, bu maddenin 3. fıkrası bağlamında zımnî olarak INCOTERMS® kurallarını sözleşmede tercih ettikleri kabul edilmektedir⁹². Örneğin, İspanyol mahkemesi, İspanyol satıcı ile Amerikan alıcı arasında 1500 ton üzüm suyu satım sözleşmesinde yer alan "ex factory" terimini, INCOTERMS® 2000 kuralları çerçevesinde yorumlamıştır⁹³. Mahkeme, kurallarının uygulanmasını kabul ederken, hasarın geçişi ile ilgili olarak uluslararası ticarete en çok kullanılan teamüller oldukları için INCOTERMS® kurallarını uyguladığını gerekçe olarak göstermiştir. Bu davada alıcı malları, akreditifi açmadığı için zamanında almamıştır. Bu gecikmeden ötürü üzüm suları renk değiştirmiştir. Mahkeme, INCOTERMS® kurallarını uygulayarak, mallar satıcının yerinde alıcının alması için tahsis edilmişlerse, alıcı malları teslim almazsa, hasardan alıcı sorumlu olacaktır şeklinde karar vermiştir.

INCOTERMS® kurallarının CISG'in 9(2) maddesi gereğince uygulanması konusunda, ticari terimler, ticari teamüller olarak kabul edilip, tarafların bildiği veya bilmesi gerektiği ve milletlerarası ticarete aynı tür sözleşmeleri ilgili ticari branşta akdedenler tarafından yaygın olarak bilinen ve düzenli olarak uygulanan

87 Coetsee (n 83) 282.

88 Murray, Holloway, Timson-Hunt (n 6) 10; Peter Huber, Alastair Mullis, *The CISG: A New Textbook for students and practitioners* (2007) 64.

89 Bir ICC hakem kararına göre, taraflar CFR INCOTERMS® 1990 olarak bir ticari terimi, CISG'in 9 maddesinin 1. fıkrası bağlamında teamül olarak uygulanacağını kararlaştırabilirler. Bkz: ICC Arbitration Case No. 7645 of March 1995 (Crude Metal Case).

90 Coetsee (n 83) 283; Huber, Mullis (n 88) 19.

91 Yeşim M. Atamer, *Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları* (BETA 2005) s. 86; Coetsee (n 83) 287.

92 Coetsee (n 83) 287.

93 CLOUT Case No. 549 (Cherubino Valsangiacomo SA v. American Juice Import Inc Appellate Court Valencia Spain 7 June 2003).

teamüller olarak uygulanabilir. Gerçekten, konuyla ilgili milli mahkeme kararları veya hakem kararları dikkate alındığında, INCOTERMS® kurallarının CISG madde 9(2) bağlamında ticari teamüller olarak kabul edildiği görülmektedir⁹⁴. Örneğin, New York Bölge mahkemesi bir kararında INCOTERMS® kurallarını 9. maddenin 2. fıkrası anlamında teamül olarak kabul etmiştir⁹⁵. Karara konu olayda, Alman satıcı ve Amerikan alıcı arasında yapılan satım sözleşmesinde kullanılan CIF terimi, anlaşmanın 9(2) maddesi dikkate alınarak INCOTERMS® 1990 kuralları çerçevesinde yorumlanmıştır.

INCOTERMS® kuralları ile CISG arasındaki ilişkide, INCOTERMS® kurallarının uygulanabilirliği yanında, bu kuralların birlikte nasıl uygulanacağı sorunu da önem arz etmektedir. Örneğin, taraflar satım sözleşmesinde INCOTERMS® kurallarının uygulanmasını kararlaştırmış olsalar dahi, hasarın intikali açısından bu durum, CISG hükümlerinin tamamen mi yoksa kısmen mi bertaraf edilmesini sağladığı konusunda bir açıklık getirmemektedir. Özellikle, INCOTERMS® kurallarının yetersiz olduğu durumlarda, CISG kurallarının tamamlayıcı bir rol oynayıp oynamaması bir sorun teşkil etmektedir. Örneğin gelenekçi görüşe sahip yazarlara göre, hasarın intikali açısından INCOTERMS® kuralları CISG hükümlerini tamamen bertaraf etmektedir⁹⁶. Zira INCOTERMS® kuralları hasarın intikali açısından tüm detayları düzenler dolayısıyla tamamlayıcı bir kurala ihtiyaç bulunmamaktadır. Bazı yazarlar daha ileri giderek, sözleşmede INCOTERMS® kurallarına yer verilmesi durumunda, CISG'in tüm hükümlerinin bertaraf edildiği gibi herhangi bir inandırıcılığı ve dayanağı olmayan görüşler de ileri sürmüşlerdir⁹⁷.

Ancak yukarıda açıkladığımız üzere, INCOTERMS® kuralları, satım hukukuna ilişkin her türlü meseleyi düzenleyen kurallar değillerdir. Dolayısıyla, haklı olarak genel kabul gören görüş, INCOTERMS® kurallarının CISG'i tamamen bertaraf etmediğidir⁹⁸. Ayrıca, INCOTERMS® kuralları ile CISG arasında hasarın intikali açısından, kabul edilen en mantıklı çözüm, kuralların CISG hükümlerini tamamen bertaraf etmediği, sadece sınırlı bir şekilde bertaraf ettiği'dir. Her iki uluslararası enstrüman birbirlerini tamamlamaktadır. Eğer INCOTERMS® kurallarında hasarın geçişi ile ilgili bölümde yer almayan bir husus, CISG'de düzenlenmişse, CISG hükümleri tamamlayıcı olarak uygulanacaktır. Örneğin, hasarın geçişinden sonra, satım konusu olan malın yok olması veya zarar görmesi satıcının bir eyleminden veya eylemsizliğinden kaynaklanıyorsa, bu durumda ne olacağına ilişkin herhangi bir

94 Coetsee (n 83) 300; Ayoğlu (n 17) 323, Farklı görüş için bkz: Atamer (n 91) 86-87.

95 St Paul Guardian Insurance v Neuromed Medical Systems, 26 March 2002, (New York) Federal District Court, <http://www.cisg.law.pace.edu/cases/020326u1.html> Erişim Tarihi 20.04.2021

96 Coetsee (n 83) 306.

97 HJ. Berman, M. Ladd, 'Risk of Loss or Damage in Documentary Transactions under the Convention on the International Sale of Goods' (1988) 21 Cornell Int LJ 423, 437; Coetsee (n 83) 306.

98 Johan Erauw, 'CISG Articles 66-70: The Risk of Loss and Passing it' (2005-2006) 25 Journal of Law and Commerce 203, 212-213; Coetsee (n 83) 305.

düzenleme INCOTERMS® kurallarında yer almamaktadır. Ancak bu durum CISG'in 66. maddesinde düzenlenmiş olup, hasar alıcıda olmasına rağmen, alıcının hasardan sorumlu olmayacağı hüküm altına alınmıştır. Çin Hakem heyeti vermiş olduğu bir kararda, INCOTERMS® kuralları ile CISG kurallarının birlikte nasıl uygulandığını göstermiştir⁹⁹. Dava konusu olayda, satıcı alıcıya 10.000 kilogram, kilosu 21 Amerikan doları ve CIF New York terimiyle yasemin aldehit satmayı taahhüt etmiştir. Mallar geldiğinde, malların eridiği ve aktığı görülmüştür. Hasarın, mallar taşınırken taşıyıcının satıcı tarafından uyarılmaması sonucu ortaya çıktığı ve özellikle malların uygun bir sıcaklıkta taşınmadığı sonucuna varılmıştır. Hakem heyeti, CIF teslim şeklinde, hasarın, yükleme limanında geminin küpeştesini geçmesiyle alıcıya intikal ettiğine karar vermiştir. Ancak, somut olayda, mallarda oluşan zararın satıcının bir eylemi veya eylemsizliğinden ve özellikle taşıyıcıya malların uygun sıcaklıkta taşınmasına ilişkin bir bildirim yapılmasından dolayı, CISG'in 66. maddesi haklı olarak hakem heyetince uygulanmıştır.

Sonuç olarak ifade etmek gerekirse, yapılan çalışmalarda haklı olarak belirtildiği üzere, CISG ve INCOTERMS® kuralları, hasarın geçişi konusunda birbirlerini hem tamamlamakta hem de desteklemektedir¹⁰⁰. INCOTERMS® kurallarında yer almayan hususlarda, CISG'in hükümleri uygulama alanı bulacağı gibi, bunun tersi durumda, diğer bir ifadeyle, hasarın geçişiyle ilgili olarak CISG'de yer almayan hususlarda da INCOTERMS® kuralları tamamlayıcı olarak uygulama alanı bulabilecektir.

Sonuç

Uluslararası Satım sözleşmesi tarafları, sözleşmelerine INCOTERMS® 2020 kurallarını derç edebilirler. Bu bağlamda, INCOTERMS® 2020 kurallarının kapsamını bilmek ve ona göre satım sözleşmelerinde kullanmak taraflar arasında çıkması muhtemel uyuşmazlıkların çözümünde yarar sağlayacağı gibi, satım bedelinin tespitinde ve ek masrafların kim tarafından ödeneceğinin belirlenmesinde de önemli rol oynamaktadır. Uluslararası satım sözleşmesi tarafları, INCOTERMS® 2020 kurallarında yer alan teslim şekillerinden birine atıf yapmak ile malların teslimi, masrafların paylaşımı, belgelere ilişkin yükümlülükler ve hasarın geçişi konusunda anlaşmış bulunmaktadırlar.

INCOTERMS® 2020 kuralları ile INCOTERMS®'lerde önemli yenilikler getirilmiştir. Özellikle, önceki INCOTERMS® kurallarından farklı olarak, maddeler arasında sıralama değiştirilmiş ve teslim ile hasarın geçişi konularına madde sıralamalarında öncelik tanınmıştır. INCOTERMS® 2020 kurallarında DPU (Delivered

99 China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC)-Jasmine aldehyde Case, China 1995. <http://www.cisg.law.pace.edu/cases/950223c1.html> Erişim Tarihi 20.04.2021.

100 Neil Gary Oberman, *Transfer of risk from seller to buyer in International Commercial Contracts: A Comparative analysis of risk allocation under the CISG, UCC and INCOTERMS®*, LLM Thesis, Laval (1997); <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/thesis/Oberman.html>; Coetzee (n 83) 320.

at Place Unloaded) terimi, DAT terimi yerine getirilmiştir. Ayrıca INCOTERMS® 2020 kurallarında masraflara ilişkin hükümler, diğer INCOTERMS® kurallarından farklı olarak A9/B9 maddelerinde düzenlenmiş olup, tüm masrafları içerecek şekilde kaleme alındığından daha detaylı bir şekilde kaleme alınmıştır.

INCOTERMS® 2020 kurallarında teslim ve hasarın geçişinin madde düzenlemelerinde öncelikli olarak kaleme alınmaları yerinde olmuştur. Ayrıca, tarafların hasarın geçişi konusunda her bir terimi dikkatlice incelemesi, önceden çıkması muhtemel sorunların önüne geçilmesi bakımından önemlidir. Bu bağlamda, teslim ve hasarın geçişine ilişkin maddeler birlikte değerlendirilmeli, teslim yerleri titizlikle belirlenmelidir.

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 H, *Uluslararası Satışlarda Hasar Riskinin Geçişi* (2009).
- Akın Sunay N, 'INCOTERMS 2010 Kuralları Hakkında Genel Bilgi ve Bu Kurallar Kapsamında DAT ve DAP Ticari Terimleri' (2012) 126 E-Akademi, Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi.
- Atamer YM, *Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları* (BETA 2005).
- Aygül M, 'Milletlerarası Ticari Sözleşmelerde Lex Mercatoria'nın Uygulanması' (2004) 12(3-4) 45.
- Ayoğlu T, *Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari Adet-Teamüller Olarak Lex Mercatoria* (2011).
- Bergami R, 'INCOTERMS® 2010: Comments on the New Revision of Delivery Terms' (2011) 15 Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration, 157.
- Berman HJ, Ladd M., 'Risk of Loss or Damage in Documentary Transactions under the Convention on the International Sale of Goods' (1988) 21 Cornell Int LJ 423.
- Caner O, 'INCOTERMS 2010 (ICC RULES FOR THE USE OF DOMESTIC AND INTERNATIONAL TRADE AND INTERNATIONAL TRADE TERMS)' (2012) 11(22)(2) İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi.
- Coetzee J, *INCOTERMS as a form of Standardisation in International Sales Law: an Analysis of the interplay between mercantile custom and substantive sales law with specific reference to the passing of risk*, PhD Dissertation, University of Stellenbosch (2010) 282.
- Çalışkan Y, *Uluslararası Satım Hukukunda Kanunlar İhtilafı Meseleleri* (Beta 2014).
- Ekşi N, *Milletlerarası Ticaret Hukuku* (Beta 2019).

- Erauw J, 'CISG Articles 66-70: The Risk of Loss and Passing it' (2005-2006) 25 Journal of Law and Commerce 203.
- Erdem B, 'INCOTERM'in Uluslararası Satımlarda Uygulanacak Hukuka Etkisi ve Hukuki Niteliği' (1990) 10(1-2) MHB 70.
- Erdem E, *Milletlerarası Ticaret Hukuku İle İlgili Makaleler* (Beta 2008).
- Erdem HE, 'INCOTERMS 2010, (INCOTERMS®2010)' (2010) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan.
- Erdem HE, *SİF Satışlar* (1999).
- Huber P, Mullis A, *The CISG: A New Textbook for students and practitioners* (2007).
- Karaca HA, *Milletlerarası Özek Hukukta INCOTERMS* (Onikilevha 2020).
- Köksal T, *Uluslararası Ticaret Hukuku* (2012).
- Kuyucu AS, *INCOTERMS® (Uluslararası Ticari Terimler)* (2011).
- Malfliet J, 'INCOTERMS 2010 and the mode of transport: how to choose the right term' <http://hdl.handle.net/1854/LU-1212622>.
- Murray C, Holloway D, Timson-Hunt D, *Schmitthoff Export Trade: The Law and Practice of International Trade* (11th edn, 2011).
- Oberman NG, *Transfer of risk from seller to buyer in International Commercial Contracts: A Comparative analysis of risk allocation under the CISG, UCC and INCOTERMS®, LLM Thesis*, Laval (1997) <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/thesis/Oberman.html>
- Özkan Ö, 'INCOTERMS 2010 ile Getirilen Yenilikler' (2012) 31 Akademik Bakış Dergisi.
- Paliu-Popa L, 'Development of the International Trade in Terms of INCOTERMS® 2010 Rules' (2012) 18(1) Annals of "Dunarea de Jos" University of Galati Fascicle I. Economics and Applied Informatics.
- Ramberg J, 'INCOTERMS® 2010' (2010-2011) 29 Penn St. Int'L. Rev. 415.
- Ramberg J, 'To What Extent Do INCOTERMS® 2000 vary Articles 67 (2), 68 and 69?' (2005-2006) 25 Journal of Law and Commerce 210.
- Vries DH, 'The Passing of Risk in International Sales Under the Vienna Sales Convention 1980 as compared with Traditional Trade Terms' (1982) (17) Eur Trans L 495.

Uluslararası Hukukta Eylemin Devlete Atfedilmesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Ülke Dışı Yetki Arasındaki İlişki

The Relationship Between Attribution of an Act to a State in International Law and Extraterritorial Jurisdiction within the Context of the European Convention on Human Rights

Miray Azaklı Köse* 

Öz

Uluslararası hukukta hukuka aykırı eylemin devlete atfedilmesi devletin sorumlu tutulabilmesinin bir koşuludur ve özel kurallar uyarınca gerçekleştirilmektedir. Atfedilme, uluslararası hukuka aykırı eylemin devlete bağlanması işlemidir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadında çoğu halde bu işlem zımni olarak gerçekleştirilmektedir. Ancak atfedilmeye ilişkin kurallar, AİHM uygulamasında hukuka aykırı eylemin devlete bağlanabilmesinin ötesinde davalı devletin ülke dışı yetkisinin kurulması noktasında da gündeme gelmektedir. Söz konusu davalarda teorik bakımdan birbirinden ayrı iki mesele olan yetki ile atfedilme iç içe geçmiş haldedir. Bu çalışmada söz konusu yaklaşımın uluslararası hukuka uygun olup olmadığı incelenecektir. *Jaloud v Netherlands* kararı atfedilme-yetki arasındaki teorik ayrımın AİHM tarafından onaylanması bakımından önemli bir karardır. Doktrinde yetki-oluşturan eylem ile ihlal-oluşturan eylem ayrımı yapılarak bunların her zaman aynı eylemler olmayabileceği belirtilmektedir. İki mesele arasında yapılacak ayırım bu bakımdan önemlidir. Çalışmanın cevaplamayı amaçladığı diğer bir soru AİHM'in yetki bağlamında, genel uluslararası hukukta kabul edilen "etkin kontrol" kriteri dışında kendine özgü bir kriter uygulayıp uygulamadığıdır. Bu amaçla çalışmanın ilk kısmında uluslararası hukukta atfedilmenin ne anlama geldiği ve uluslararası hukukta atfedilmeye ilişkin kurallar incelenmiş, ikinci kısımda ise AİHM'in ülke dışı yetkiye ilişkin içtihadı yukarıdaki sorular ışığında değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ülke dışı yetki, etkin kontrol, sorumluluk, atfedilme

Abstract

Attribution of an internationally wrongful act to the state is a condition of holding a state responsible in international law and it operates according to special rules for that purpose. In most cases, it is an implied process in the jurisprudence of the European Court of Human Rights. Rules regarding attribution are not only in place while connecting a wrongful act to the State but are also applied when the respondent State's extraterritorial jurisdiction is in question. In those cases, jurisdiction and attribution, two theoretically distinct issues, become intertwined. This study examines whether that approach is in conformity with international law. *Jaloud v Netherlands* is a significant judgment since the theoretic distinction between jurisdiction and attribution has been adopted by the European Court of Human Rights. It has been argued that a jurisdiction-establishing act and violation-establishing act must be held separately and that the two might not refer to the same acts in every case. Therefore, the distinction between the two is significant. Another question this study aims to answer is whether the Court applies its own criteria other than "effective control" which is recognized in general international law. To this end, the first part of the study examines what attribution means in international law, and the second part analyzes the Court's jurisprudence in light of the questions mentioned above.

Keywords

European Court of Human Rights, extraterritorial jurisdiction, effective control, responsibility, attribution

* **Sorumlu Yazar:** Miray Azaklı Köse (Arş. Gör. Dr.), İstanbul Medeniyet Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: miray.kose@medeniyet.edu.tr ORCID: 0000-0002-9723-8618

Atf: Azaklı Köse M, "Uluslararası Hukukta Eylemin Devlete Atfedilmesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Ülke Dışı Yetki Arasındaki İlişki" (2021) 41(1) PPIL 261. <https://doi.org/10.26650/ppil.2021.41.1.908748>

Extended Summary

Attribution of an internationally wrongful act to a State is one of the fundamental conditions of responsibility. International law provides special rules regarding attribution, most of which have customary rule character and have been codified in *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* (ARSIWA) by the United Nations International Law Commission. This document has not yet become a convention and is therefore not binding as a written document. As mentioned, however, because most of the rules represent customary international law, international courts and tribunals frequently refer to them in their judgments. Although rules regarding attribution have been designed for the special purpose of connecting an internationally wrongful act to a State, they are applied in different contexts in some cases. For instance, the European Court of Human Rights practice shows that when extraterritorial jurisdiction is in question, the issues of attribution and jurisdiction intertwine. The Court does not make a clear theoretic distinction between the two in most cases. That has been seen as problematic by legal scholars, some of whom have argued that this approach is not in conformity with international law. In our view, treating these two issues as if they are the same is contrary to the principles of the ARSIWA and therefore to international law. The rules regarding attribution are not designed for that purpose, i.e., for connecting any acts to a State other than wrongful ones. In some cases, acts taken into account to establish jurisdiction and acts taken into account for responsibility of the State might be different. Consequently, considering the issues in the same vein is also theoretically problematic.

Of the eight articles in ARSIWA that address attribution, three of them are deemed as core principles: Articles 4, 5, and 8. According to Article 4, the conduct of any State organ that has that status in accordance with the internal law of the State shall be considered an act of that State under international law. Article 5 refers to persons or entities exercising elements of governmental authority. According to Article 5, the conduct of persons or entities empowered by the law of a State to exercise elements of the governmental authority shall be considered an act of that State under international law. Article 5 refers to public corporations, semipublic entities, public agencies, and private companies that are empowered by the law of the State to exercise public functions normally exercised by State organs. Finally, according to Article 8, the conduct of a person or persons shall be considered an act of a State under international law if that person or group of persons is acting on the instructions of or under the direction or control of the State in carrying out the conduct. Although “effective control” criteria has not been provided in the article, international jurisprudence reflects that “effective control” of the State over the conduct is deemed as the threshold for holding a State responsible according to that rule.

Article 1 of the European Convention on Human Rights stipulates that parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I of the Convention. This article has been a starting point for extending the Court's jurisdiction outside the contracting parties' territories. It has however not clarified what establishes a State's extraterritorial jurisdiction. The Court has various judgments on the subject. For instance, in *Loizidou v Turkey*, the Court referred to "the relevant principles of international law governing State responsibility" and State's "effective control of an area." The Court found however that it was not necessary to determine whether Turkey actually exercised detailed control over the actions of the authorities of the Turkish Republic of Northern Cyprus. Conversely, customary international law dictates otherwise, that "effective control on the *act* claimed to be unlawful" is the crucial point to attribute an act to the State. If the Court had applied a lower threshold regarding jurisdiction of the State compared to effective control test, that would have been acceptable. In *Loizidou*, however, the Court evaluated jurisdiction and responsibility together and applied that lower threshold to attribution question too, while referring to the relevant principles of State responsibility.

On the contrary, in *Jaloud v Netherlands*, the Court stated that "the test for establishing the existence of 'jurisdiction' under Article 1 of the Convention had never been equated with the test for establishing a State's responsibility for an internationally wrongful act under general international law." In this way, the Court successfully divided the two theoretically different issues. Consequently, acts and omissions of Netherlands military personnel and investigative and judicial authorities, not a general or effective control of the Netherlands over an area, gave rise to the responsibility of the Netherlands. In *Jaloud*, the test of "effective control of an area" is relevant when the Court examines extraterritorial jurisdiction.

ARSIWA does not deal with the jurisdiction issue. Article 2 sets the conditions of international responsibility of a State and provides that there are two conditions of responsibility: (1) attribution of an act to the State under international law and (2) a breach of an international obligation of the State. In other words, ARSIWA has not stipulated the criteria applicable to the jurisdiction problem. The Court's developing its *own* criteria such as "effective control of an area" or "effective overall control" regarding jurisdiction has therefore not been prohibited by the law of State responsibility. Consequently, this practice regarding jurisdiction is not contrary to international law. When it comes to attribution, however, both customary international law and jurisprudence are quite clear that State's "effective control" on the act to be claimed unlawful is a *sine qua non* condition of attribution within the context of Article 8 of ARSIWA. Article 8 refers to instruction, direction, or control of a State as reflections of effective control. In this regard, the jurisdiction-establishing conduct and violation-establishing conduct duality offered by *Milanovic*, becomes

crucial while examining jurisdiction and attribution. *Milanovic* rightly argues that the conduct claimed to be unlawful and the conduct that establishes a State's extraterritorial jurisdiction do not have to be the same in every case. The conduct to be considered while examining those issues is therefore as significant as the tests regarding jurisdiction and attribution.

Uluslararası Hukukta Eylemin Devlete Atfedilmesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Ülke Dışı Yetki Arasındaki İlişki

I. Giriş

Devlet, soyut bir varlık olması nedeniyle eylemlerini organ ya da görevlileri eliyle gerçekleştirmektedir. Bazı hallerde ise özel kişiler adeta devletin bir uzantısı, ajanı gibi hareket ederek eylemleri ile devletin sorumluluğuna yol açabilmektedir. Uluslararası hukukta devlet organı kavramı, yalnızca devletin iç hukuku uyarınca bu statünün tanındığı birimlerden ibaret olmayıp, özel kişilerin eylemleri de belirli koşullar altında devlete atfedilebilmektedir. Diğer bir ifadeyle, uluslararası hukukta ilgili devletin iç hukuku uyarınca görevli ya da organ statüsü taşımayan kişi veya birimlerin eylemleri nedeniyle devletin sorumluluğunun öne sürülebilmesi için eylemin devlete bağlanabilmesini sağlayan “atfedilme” işleminin gerçekleştirilmesi gerekir. Hatta atfedilme, devletin uluslararası sorumluluğunun ayrılmaz bir unsurunu oluşturmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)¹ temelinde devletin insan hakları hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerini ihlali de uluslararası sorumluluğun bir görünüm biçimidir. Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihadında özel kişilerin hukuka aykırı eylemleri nedeniyle devletin sorumluluğu öne sürüldüğünde, devletin ilgili hakkı korumak için yeterli tedbiri almamış olması, yani önleme yükümlülüğü veya özel kişileri cezalandırmaması temelinde sorumlu tutulması mümkün olduğundan; çoğu durumda ayrıca bir atfedilme işlemine ve devletin özel kişinin eyleminden sorumluluğunun araştırılmasına gerek duyulmamaktadır. Belirtelim ki, bu halde ihmal suretiyle yükümlülüğü ihlal eden eylem; devlete aittir. Diğer bir ifadeyle, bu halde özel kişinin hukuka aykırı eylemi devlete atfedilmemektedir. AİHM içtihadında gerçek anlamda özel kişilerin eyleminin devlete atfedilmesinin söz konusu olduğu sınırlı durumlarda ise bu işlem çoğu halde açıkça adlandırılmadan sorumluluk başlığı altında zımni olarak gerçekleştirilmektedir. Bu bakımdan, AİHM içtihadında devletin önleme ve cezalandırma yükümlülüğü temelinde sorumluluk kurulabildiğinden ve yalnızca sınırlı durumlarda özel kişilerin eyleminin devlete atfedilmesine başvurulduğundan, atfedilmenin sorumluluk teorisi bakımından anlamı yeterince ortaya çıkarılamamıştır.

Bu belirsizlik nedeniyle, AİHM uygulamasında devlet dışı aktörlerin eylemleri nedeniyle devletin sorumluluğunun ve AİHS bağlamında devletin ülke dışı yetkisinin bir arada öne sürüldüğü bazı davalarda, ülke dışı yetkinin kurulmasında aranan devletin “etkin kontrol”ü ile, atfedilme bakımından aranan devletin eylem üzerinde “etkin kontrol”ü iç içe geçmiş ve aynı hususu ifade eder haldedir. Diğer bir ifadeyle, yetki ile atfedilme birbirinden ayrılmayarak tek bir etkin kontrol testi neticesinde hem

1 Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (European Convention on Human Rights, as amended) (ECHR).

yetkinin hem de devlet dışı aktörlerin eylemlerinden sorumluluğun bulunduğu hükmedilmektedir. Örneğin, Moldova'nın Transdinyester bölgesinde faaliyet gösteren ayrılıkçıların yani devlet dışı aktörlerin eylemleri nedeniyle Rusya'nın sorumluluğunun öne sürüldüğü *Ilascu and Others v Moldova and Russia* davasında AİHM'in içtihadı bu yöndedir. AİHM yapmış olduğu değerlendirmede Rusya'nın Transdinyester'de bir ayrılıkçı rejim kurulmasına askeri ve siyasi destekte bulunarak yardım ettiği ve kendi askeri personeli ile çatışmalara katıldığı gerekçesiyle ayrılıkçıların hukuka aykırı eylemlerinden sorumluluğunun söz konusu olduğunu ifade etmiştir.² Ayrıca Rusya 1992'de yapılan ateşkes anlaşmasından sonra da ayrılıkçı rejime askeri, siyasi ve ekonomik yardımda bulunmaya devam etmiş; böylelikle rejimin güçlenmesini ve Moldova karşısında belirli ölçüde otonomi kazanmasını sağlamıştır.³ Rusya'nın yardımı ile kurulan ve kendisine ait organlar ve idareye sahip olan ayrılıkçı rejim (*Moldovan Republic of Transdniestria* - "MRT") Rusya'nın etkin otoritesi (*effective authority*) veya en azından mutlak etkisi altındadır ve her halükarda varlığını Rusya tarafından verilen askeri, ekonomik, finansal ve siyasi yardım sayesinde sürdürmektedir.⁴ Bu değerlendirmeler neticesinde AİHM yetki ile atfedilme meselesini bir arada ele alarak, Rusya'nın hem AİHS'nin 1. maddesi bağlamında ülke dışı yetkisinin bulunduğu hem de şikayet konusu eylemler nedeniyle sorumluluğu bulunduğu hükmetmiştir.⁵ Kararda, Rusya'nın bölge üzerindeki kontrolünden ziyade MRT üzerinde yeterli kontrol veya etkiye sahip olup olmadığı araştırılmıştır.⁶ Ayrıca AİHM'in Rusya'nın AİHS bağlamında ülke dışı yükümlülüklerini açıklarken pozitif yükümlülük doktrinine başvurmamış olması da, atfedilme bağlamında ayrılıkçıların eylemlerinden sorumlu tutulduğunun göstergesi olarak kabul edilmiştir.⁷

Ancak bu yaklaşım genel uluslararası hukuka aykırı olduğu gibi; ülke dışı yetkinin kurulmasını sağlayan eylemler her halde sorumluluğu doğuran eylemler ile aynı değildir. Diğer yandan, MRT'nin eylemleri nedeniyle Rusya'nın sorumluluğunun öne sürüldüğü *Catan and Others v Moldova and Russia* davasında⁸ yetki ve atfedilme birbirinden ayrı meseleler olarak ele alınmıştır. Yetki meselesini değerlendirirken AİHM, MRT'ye ait dava konusu eylemlerin gerçekleştiği 2002-2004 yılları arasında Rusya'nın MRT üzerinde etkin kontrole sahip olup olmadığı sorusuna cevap aramıştır.⁹ Bu konuda *Ilascu and Others v Moldova and Russia* davasında yaptığı değerlendirme ile bağlı kalacağını belirtmiş ve MRT'nin söz konusu dönemde Rusya'nın askeri,

2 *Ilascu and Others v Moldova and Russia* App No 48787/99 (ECtHR, 8 July 2004) para 382.

3 *Ibid.*

4 *Ibid* para 392.

5 *Ibid* para 394.

6 Jane M. Rooney, 'The Relationship between Jurisdiction and Attribution after *Jaloud v. Netherlands*' (2015) 62 *Netherlands International Law Review* 407, 418.

7 *Ibid.*

8 *Catan and Others v. Moldova and Russia* App No.s 43370/04, 8252/05, 18454/06 (ECtHR, 19 October 2012).

9 *Ibid* para 116.

ekonomik ve siyasi desteği sayesinde varlığını sürdürebildiğini ve Moldova'nın ve uluslararası toplumun uyumsuzluğun çözümü yönündeki çabalarına direnebildiğini kaydetmiştir. Bu şartlar altında MRT'nin Rusya'nın sağlamış olduğu desteğe yüksek düzeydeki bağımlılığı, Rusya'nın MRT idaresi üzerindeki etkin kontrolü ve mutlak etkisinin kuvvetli bir göstergesi olarak kabul edilmiştir.¹⁰ Bundan sonra AİHS ve 1 No.lu Protokol'e dayanan ihlal iddiaları bakımından Rusya'nın sorumluluğunu ayrı olarak inceleyen AİHM, Rus görevlilerin şikayet konusu tedbirlere doğrudan katılımı olmadığı sonucuna vardığı halde¹¹, yetki meselesi bağlamında Rusya'nın sahip olduğu etkin kontrolü gerekçe göstererek yerel idarenin politikası ve eylemleri üzerinde Rusya'nın detaylı kontrolünün araştırılmasına gerek bulunmadığına hükmetmiştir.¹² Buna göre Rusya'nın askeri, ekonomik ve siyasi desteği olmaksızın varlığını sürdürmesi mümkün olmayan MRT'nin başvuruçuların eğitim hakkını ihlal ettiği tespit edilen eylemlerinden Rusya'yı sorumlu bulmuştur.¹³ *Catan and Others v. Moldova and Russia* kararı yetki ve atfedilmenin ayrı meseleler olarak ele alınması bakımından önemli bir karar olmakla birlikte, AİHM'in ihlalin devlete atfedilmesi bakımından eylem üzerinde etkin kontrolün varlığını aramamış, bu konuda yetki çerçevesinde etkin kontrolün var olduğu tespitine atıf yapmakla yetinmiştir. AİHM'in *Jaloud v Netherlands* kararı¹⁴ da (devlet görevlilerinin eylemleri nedeniyle sorumluluk öne sürülmüş ise de) yetki-atfedilme ayrımının yapılması yönündeki bu yaklaşımın son dönemdeki örneklerinden biridir.

Bunun yanı sıra, devlet dışı aktörler yerine devlet görevlilerinin eylemlerinin hukuka aykırılığının ve devletin bu görevlileri vasıtasıyla ülke dışında etkin kontrol sağlayarak yetkiye sahip olduğunun birlikte öne sürüldüğü (örneğin ülke dışı askeri operasyonların söz konusu olduğu) davalarda da yetki ve atfedilme ayrımı önemli hale gelmektedir. Bu halde devlet dışı aktörlerin eylemleri söz konusu olmadığından atfedilme bağlamında ayrı bir etkin kontrol testi uygulanmasına gerek bulunmamaktadır. Bu nedenle etkin kontrol testi bağlamında yukarıda sözünü ettiğimiz ikilik ortaya çıkmamaktadır. Ancak bu halde de devlet görevlilerinin ülke dışı yetkinin kurulması bağlamında dikkate alınacak eylemleri ile devletin sorumluluğunun doğması bakımından dikkate alınacak eylemleri birbirinden farklı olabileceğinden yetki-atfedilme ayrımının yapılması yine önem arz etmektedir.

Aşağıda atfedilmenin genel uluslararası hukuktaki anlam ve işlevi açıklandıktan sonra AİHM içtihadında yetki ile atfedilme arasındaki ilişki incelenecektir.

¹⁰ İbid para 122.

¹¹ İbid para 149.

¹² İbid para 150.

¹³ İbid.

¹⁴ *Jaloud v Netherlands* App No 47708/08 (ECtHR, 20 November 2014).

II. Hukuka Aykırı Eylemin Devlete Atfedilmesi Meselesi

A. Genel Olarak

Uluslararası hukukta bir devletin sorumlu tutulabilmesi için sorumluluğu gerektiren davranışla devlet arasında bir bağın kurulması gerekir. Atfedilme, bir gerçek kişinin ya da birimin eyleminin uluslararası hukukta devletin eylemi (*act of state*) sayılıp sayılamayacağı ve devletin sorumluluğuna yol açmaya ehil olup olmadığının tespit edilmesi işlemidir.¹⁵ Bu bakımdan atfedilme, devletin sorumluluğu bağlamına özgüdür.¹⁶ Dolayısıyla hukuka uygun bir eylemin devlete ait olup olmadığının belirlenmesi bağlamında atfedilmeye ilişkin kuralların uygulanması tartışmalı görünmektedir. Devlet adına hareket etmekle birlikte, ilgili devletin iç hukukunda bu statüyü haiz olmayan kişiler dahi, devlet adına hareket eden organ kavramı içerisinde yer alabilmektedir.¹⁷

Özetle atfedilme, bir eylem; daha doğru ifadesi ile “uluslararası hukuka aykırı bir eylem” ile devlet arasında sorumluluk neticesini doğuracak bir bağ kurulabilmesidir. Örneğin uluslararası hukukta kural olarak devlet, özel kişilerin eylemlerinden sorumlu değildir.¹⁸ Bu sorumluluğun doğabilmesi için devletin eylem üzerinde belirli bir ölçüde kontrolünün olması gerekir. Yani burada, devletin sorumluluğunun doğabilmesi için hukuk uygulayıcısının eylem ile devlet arasındaki bağı tespit eden bir mantıksal çıkarımda bulunması, bir “ek işlem” yapması gerekir.

Devlet bir tüzel kişi olduğundan, eylemlerini organ veya görevlileri vasıtasıyla gerçekleştirir. Bu bakımdan apaçık bir devlet organının eylemi söz konusu olduğunda dahi, bu organın eylemi devlet tüzel kişiliğine atfedilmektedir.

B. Genel Uluslararası Hukukta Atfedilmeye İlişkin Kurallar

Uluslararası hukukta atfedilmeye ilişkin kurallar teamül hukukuna dayanmaktadır. Bu konuda aşağıda inceleyeceğimiz üç dava atfedilmeye ilişkin klasik örneklerdir. Söz konusu davalardan ikisi Birleşmiş Milletler Uluslararası Adalet Divanı (Divan) tarafından görülmüş olup, verilen kararlar Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonu (UHK) tarafından kodlaştırılan “*Devletin Uluslararası Hukuka Aykırı*

15 Ian Brownlie, *System of the Law of Nations: State Responsibility Part I* (Oxford University Press 1983) 132, 133; Luigi Condorelli ve Claus Kress, ‘The Rules of Attribution: General Considerations’ in James Crawford ve Alain Pellet (edn), *The Law of International Responsibility* (Oxford University Press 2010) 220; James Crawford, *State Responsibility: The General Part* (Cambridge University Press 2013) 113; Malcolm N. Shaw, *Uluslararası Hukuk* (Yücel Acer, İbrahim Kaya, M. Turgut Demirtepe ve G. Engin Şimşek trs, Türkiye Bilimler Akademisi 2018) 567.

16 Ufuk Dal, *Uluslararası Sorumluluk Hukukunda Uluslararası Hukuka Aykırı Eylemin Devlete Atfedilmesi* (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi 2019) 14.

17 Anthony Aust, *Handbook of International Law* (Cambridge University Press 2010) 379; Yusuf Aksar, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk II* (Seçkin 2019) 206.

18 Malcolm N. Shaw, *International Law* (8th edn, Cambridge University Press 2018) 595.

Eylemlerinden Dolayı Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeler”de (UHK Maddeleri)¹⁹ yer alan atfedilmeye ilişkin bazı kuralların da temelini oluşturmaktadır. UHK Maddeleri ve yorumlarına (*Commentaries*), Divan’ın yanı sıra Dünya Ticaret Örgütü tahkim panelleri ve Temyiz Organı, AİHM, Uluslararası Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözüm Merkezi ve yatırım uyumsuzluklarını gören diğer mekanizmalar ile genel itibariyle hakem mahkemeleri tarafından yaygın şekilde başvurulmaktadır.²⁰

UHK Maddeleri içerisindeki bazı maddeler var olan hukukun kodlaştırılması niteliğinde ise de maddelerin belirli bir kısmı uluslararası hukukun tedrici gelişimi çerçevesinde oluşturulmuştur. Buna rağmen oldukça etkili olmuşlardır.²¹

Sorumluluk hukukuna ilişkin kuralların oluşturulması sürecinde Divan ve UHK arasında bir işbirliği göze çarpmaktadır. UHK Maddeleri’nde yer verilen bazı normların varlığının delili olarak Divan kararlarının gösterilmesi karşısında, Divan da kararlarında UHK Maddeleri’ni uygulamıştır. Böylelikle yıllar içerisinde hukuk yaratma süreci bakımından Divan ve UHK arasında “neredeyse simbiyotik bir ilişki” oluşmuş ve bu iki kurum hukuk yaratmada ortak olmuştur.²² UHK, sorumluluğa ilişkin maddeleri kodlaştırırken (başkaca yargısal makamların kararlarını da dikkate almış olmakla birlikte) geniş ölçüde Divan kararlarını teamül hukukunun delili olarak kabul etmiş ve bu nedenle kararlarda aranan unsurlardan hareketle ilgili kuralları kaleme almıştır. Diğer yandan Divan, kararlarında UHK Maddeleri’ne sık sık atıf yaparak esas itibariyle bağlayıcı bir belge olmayan ve bir kısmı UHK yaratımı olan kuralların teamül hukukunun göstergesi olarak kabul edilmesinin yolunu açmıştır. Böylelikle UHK bazı Divan kararlarında yer alan ilkeleri kodlaştırmış ve uygulanma gücünü arttırmışken, Divan da UHK Maddeleri’ne atıf yaparak metnin uygulamada teamül hukukunun göstergesi olarak bağlayıcı bir hale dönüşmesine yol açmaktadır.

Uluslararası sorumluluk hukuku bağlamında devlet organı kavramı, iç hukukta olduğundan daha geniş şekilde anlaşılmaktadır. Devletin iç hukuku uyarınca devlet organizasyonu içerisinde yer alan tüm kişi ve yapılar devletin *de jure* organlarını teşkil etmekte olup; bu kişi ve yapıların her türlü eylemi uluslararası bir yükümlülüğü ihlal ettiği takdirde devletin sorumluluğunu doğurabilmektedir. Kısacası burada belirleyici olan o devletin iç hukukudur. İç hukukta söz konusu birim devlet organı ya da görevlisi

19 Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, (2001) 2 (Part Two) Yearbook of the International Law Commission <https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf> Erişim Tarihi 6 Ocak 2021.

20 James Crawford, ‘State Responsibility’ in Rüdiger Wolfrum (edn), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (Oxford Public International Law 2006) para 65 <<https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1093?prd=EPIL>> Erişim Tarihi 15 Şubat 2021.

21 David D. Caron, bağlayıcı bir belge olmadığı halde uygulamada etkili olmasını bir paradoks olarak nitelendirmiştir. David. D. Caron, ‘The ILC Articles on State Responsibility: The Paradoxical Relationship Between Form and Authority’ (2002) 96(4) *American Journal of International Law* 857, 858.

22 Christian J. Tams, ‘Law-making in complex processes: The World Court and the modern law of state responsibility’ in Christine Chinkin ve Freya Baetens (edn), *Sovereignty, Statehood and State Responsibility* (Cambridge University Press 2015) 287, 297-298.

olarak vasıflandırılmış ise atfedilme bağlamında ayrıca bir araştırma yapılmasına gerek yoktur. Söz konusu temel ilke UHK Maddeleri, 4. maddesinde kodlaştırılmıştır:

“Madde 4

Devlet Organlarının Tasarrufu

1. Herhangi bir devlet organının tasarrufu, organın yasama, yürütme, yargı ya da başka bir fonksiyonu yerine getirip getirmediğine, organın devlet organizasyonu içerisindeki pozisyonuna ve merkezi hükümetin bir organı mı yoksa devletin yerel idaresinin bir organı mı sayıldığına bakılmaksızın uluslararası hukuka göre o devletin eylemi kabul edilecektir.

2. Organ, devletin iç hukuku uyarınca bu statüye sahip olan her kişi veya birimi içermektedir.”

Diğer yandan sorumluluk hukuku bağlamında devlet organı kavramı iç hukukta sayılanlardan ibaret değildir. Bu şekilde devletin iç hukuku uyarınca devlet organı sayılmayan ancak, uluslararası hukuk uyarınca devlet organı olarak kabul edilen kişi veya yapılar *de facto* organlar olarak adlandırılmaktadır.²³ *De facto* organ kavramı içerisine herhangi bir olayda devletin etkin kontrolü altında hareket eden kişiler girmektedir.

UHK Maddeleri içerisinde sekiz maddeden oluşan atfedilmeye ilişkin kurallar üç kategoride incelenebilir²⁴: 4 ila 7. maddeler kamu otoritesi kullanan organ ve birimlere ilişkin iken, 8. madde ise devletin yönlendirmesi ve kontrolü vasıtasıyla devletin *de facto* organı olarak nitelendirilen kişilere ilişkindir. Bu maddenin uygulanması genellikle paramiliter örgütler, özel askeri şirketler ve güvenlik şirketleri ile terörist gruplar gibi devlet dışı aktörlerin eylemleri nedeniyle devletin sorumluluğu çerçevesinde gündeme gelmektedir.²⁵ 9., 10. ve 11. maddeler ise atfedilmeye ilişkin istisnai kategorilerdir.

Ancak özellikle 4., 5. ve 8. maddeler uluslararası yargı ve hakem mahkemeleri tarafından yaygın şekilde uygulanmaktadır ve atfedilmeye ilişkin çekirdek hükümler olarak nitelendirilmektedir.²⁶ Bunlar, yukarıda yer verdiğimiz devlet organlarının eylemlerine ilişkin 4. madde, aşağıda inceleyeceğimiz kamu gücü kullanan birimlerin eylemlerini düzenleyen 5. madde ve devletin yönlendirme veya kontrolü altında hareket eden özel kişilerin eylemlerine ilişkin 8. maddedir.²⁷ Özellikle yatırım tahkimi uygulamasında hukuka aykırı bir eylemin devlete atfedilmesinin bu üç madde

23 Paolo Palchetti, ‘De Facto Organs of a State’ in Rüdiger Wolfrum (eds), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (Oxford Public International Law 2017) para 2. <<https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1394>> Erişim Tarihi 6 Ocak 2021.

24 Crawford, *State Responsibility* (n 15) 115, 116.

25 İbid 115.

26 James Crawford, ‘Investment Arbitration and the ILC Articles on State Responsibility’ (2010) 25(1) ICSID Review – Foreign Investment Law Journal 127, 133.

27 İbid.

çerçevesinde gerçekleştirildiği açıkça görülmektedir.²⁸

“Madde 5

Kamu Gücü Unsurlarını Kullanan Kişi ve Birimlerin Tasarrufu

Madde 4 uyarınca devlet organı sayılmayan ancak ilgili devletin i hukuku uyarınca kamu gücü unsurlarını kullanmakla yetkilendirilmiş ve somut olayda bu nitelikte hareket eden kişi veya birimlerin tasarrufları devletin eylemi olarak kabul edilir.”

Son dönemlerde giderek daha fazla görülen bir olgu, devlete ait bazı kamusal faaliyetlerin özel kişilere grdrlmesidir. Burada devlet normal şartlarda kendisinin yerine getirdiği kamusal bir faaliyeti özel hukuk kişilerine, örneğin bir şirkete devretmektedir. Devletin idari teşkilatı içinde bulunmayan ya da kısmen bulunan bu kişilerin eylemleri nedeniyle devletin sorumluluğunun doğup doğmayacağına ilişkin kesin bir fikir elde etmeye yetecek sayıda uluslararası yargı kararı bulunmamaktadır.²⁹ Ancak konunun UHK Maddeleri 5. maddesinde düzenlenmesi ile birlikte kural, hakem kararlarında sıkça başvurulan bir norm haline gelmiştir.

Atfedilmeye ilişkin üçüncü temel kural, özel kişilerin (madde metninde açıkça ifade edilmemiş olsa da) devletin etkin kontrolü altındaki eylemlerinin devlete atfedilebilmesine ilişkindir:

“Madde 8

Devlet Tarafından Yönlendirilen veya Kontrol Edilen Tasarruf

Bir kişi veya kişi grubunun tasarrufu, eğer bunlar tasarrufta bulunurken aslında bir devletin talimatı veya yönlendirmesi veya kontrolü altında hareket ediyorlarsa uluslararası hukuka göre o devletin eylemi olarak kabul edilir.”

Uluslararası hukukta yükümlülüğün niteliği ya da doğasının, devletin eylem üzerinde sahip olduğu kontrolün ölçüsünün belirlenmesinde etkili olup olmayacağı tartışma konusu olmuştur. Divan’a göre 8. madde örf ve adet hukuku kuralıdır³⁰ ve *Nikaragua* kararı³¹ ışığında okunmalıdır.³² Divan, Amerika Birleşik Devletleri’nin Nikaragua’da bazı paramiliter grupları kullanarak gerçekleştirdiği eylemlerinin uyuşmazlık konusu olduğu *Nikaragua* davasında, devletin eylemler üzerinde önemli ölçüde kontrole sahip olmasını gerektiren “etkin kontrol” kriterini uygulamıştır:

28 Her ne kadar, yatırım tahkiminde söz konusu maddelere başvuruluyor ise de pek çok davada maddeler farklı hakem heyetleri tarafından farklı biçimlerde yorumlanmış ve uygulanmıştır. Bu bakımdan birbiriyle çelişen uygulamalara ve maddelerin UHK tarafından öngörüldüğünden farklı biçimlerde uygulandığı örneklere rastlanmaktadır.

29 Elif Uzun, *Millleterarası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Dolayı Devletin Sorumluluğu* (Seçkin, 2016) 91, 92.

30 *Soykırım Sözleşmesi’nin Uygulanması Davası, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)* (Judgment) [2007] ICJ Rep 43, para 398.

31 *Nikaragua Davası, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)* (Merits) [1986] ICJ Rep 14.

32 *Soykırım Sözleşmesi’nin Uygulanması Davası* (n 30) para 399.

“Divan, ... Birleşik Devletlerin kontraları finanse etme, organize etme, eğitime, tedarik sağlama, donatma, askeri veya yarı askeri hedeflerini belirleme, operasyonun tamamını planlama şeklindeki katılımının, başkan ya da sonucu belirleyici nitelikte olsa dahi, Divan önündeki deliller temel alındığında, kontraların Nikaragua’daki askeri ve yarı askeri operasyonları sırasında gerçekleştirdiği eylemlerinin Birleşik Devletlere atfedilmesi bakımından tek başına yetersiz olduğu görüşünü benimsemektedir. Yukarıda belirtilen Birleşik Devletler katılımının tüm biçimleri ve hatta davalı devletin üst düzeyde kendisine bağımlı bulunan bir kuvvet üzerinde sahip olduğu genel kontrol, tek başına ve başka bir delil bulunmaksızın, Birleşik Devletlerin başvuru devlet tarafından öne sürülen insan hakları ve insancıl hukuka aykırı eylemlerin ifasını yönettiği veya yürüttüğü anlamına gelmemektedir. Bu eylemler Birleşik Devletler kontrolü olmaksızın da kontra mensupları tarafından gerçekleştirilebilirdi. Bu tasarrufun Birleşik Devletler’in hukuki sorumluluğuna yol açabilmesi için, ilke olarak, ileri sürülen ihlallerin gerçekleştirildiği askeri veya yarı askeri operasyonlar üzerinde etkin kontrolünün bulunduğunun ispatı gerekir.”³³

Bu nedenle Divan, Birleşik Devletler’in kontralara sağladığı yardımın, kontraların Birleşik Devletler’e bağlı olduğu sonucuna varılmasını haklı kılmadığına ve kontraların kendi eylemlerinden sorumlu olduklarına hükmetmiştir.³⁴

Divan, *Soykırım Sözleşmesi’nin Uygulanması* davasında yapmış olduğu değerlendirmede aynı husus teyit ederek, bir kişi veya birimin devlet organı sayılıp sayılmayacağını belirlemede devlete tam bağımlı olmasının yeterli sayılmayacağını; bu kişi veya birimlerin devletin talimatları veya etkin kontrolü altında hareket ettiğinin kanıtlanması gerektiğini ifade etmiştir.³⁵

Nikaragua kararında en açık ifadesini bulan bu yaklaşım AİHM’in neden pozitif yükümlülükler doktrini geliştirdiğini de açıklamaktadır.³⁶ Etkin kontrol kriteri, özellikle özel kişilerin insan haklarının ihlali niteliğindeki eylemlerinin devlete bağlanabilmesinde yetersiz kalmaktadır. Çünkü devletin sorumluluğu bakımından talimat, yönlendirme veya kontrolün varlığını aradığından yüksek bir eşik öngörmektedir. Eğer AİHM tarafından pozitif yükümlülükler doktrini geliştirilmemiş ve devletin önleme ve koruma yükümlülüğü temelinde sorumluluğu esas alınmamış olsa idi, açıktır ki devletin özel kişilerin eylemleri üzerinde etkin kontrole sahip olmadığı gerekçesiyle pek çok durumda sorumsuzluğu söz konusu olacaktı. Bu bakımdan AİHM’in içtihadı, oluşan bu sorumluluk boşluğunu doldurmaktadır.

33 *Nikaragua Davası* (n 31) para 115.

34 *İbid* para 116.

35 *Soykırım Sözleşmesi’nin Uygulanması Davası* (n 30) para 400.

36 AİHM tarafından geliştirilen ve AİHS’den doğan hakların genişletilmesi sonucunu doğuran pozitif yükümlülük doktrini, AİHS ve protokollerde düzenlenen haklar ile AİHS’in 1. maddesinin AİHM tarafından birlikte değerlendirilmesine dayanmaktadır. Buna göre devlet yargı yetkisindeki herkese AİHS’de yer alan hakları sağlamakta yükümlüdür ve bu yükümlülük yalnızca devlet organları tarafından yapılan hukuka aykırı müdahalelerden kaçınma yükümlülüğü içermez. Pozitif yükümlülük doktrini uyarınca devletin hukuka aykırı eylemleri önleme, bunlara karşı tedbir alma ya da ihlali ve sorumlularını soruşturma ve cezalandırma gibi yükümlülükleri de bulunmaktadır. Detaylı bilgi için bkz. Jean-François ve Akandji-Kombe, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitabı* No: 7 (Özgür Heval Çınar ve Abdulcelil Kaya trs, 1. Baskı, Avrupa Konseyi 2008)

Yine etkin kontrol yaklaşımının, insan hakları hukuku bakımından taşıdığı muhtemel sakıncaların önemli bir göstergesi olarak, Divan önünde görülen *Soykırım Sözleşmesi'nin Uygulanması* davasında verilen karar dikkate değerdir. Söz konusu kararda yine etkin kontrol kriterine bağlı kalan Divan, Sırbistan'ı soykırım suçunun işlenmesini *önleme* yükümlülüğü bakımından sorumlu tutmuş³⁷; silahlı oluşumların soykırım suçu niteliğindeki eylemleri üzerinde devletin etkin kontrolü bulunmadığı gerekçesiyle Sırbistan'ın sorumlu olmadığına karar vermiştir.³⁸

Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi (EYUCM) önünde görülen ve bireysel cezai sorumluluğa ilişkin olan *Tadic* davası³⁹ da yukarıda incelediğimiz *Soykırım Sözleşmesi'nin Uygulanması* davasındaki aynı vakialara dayanmaktadır. Yani, EYUCM önünde Sırp general Tadic'in bireysel sorumluluğu temelinde bir yargılama yapılırken, aynı vakıalar Divan önünde devletin sorumluluğu öne sürülerek dava konusu edilmiştir. EYUCM önündeki davada devletin sorumluluğunun tartışılması söz konusu olmadığından, eylemlerin devlete atfedilmesi meselesi de gündeme gelmemiştir. Ancak, Bosna-Hersek'teki silahlı çatışmaların "uluslararası" nitelikte olup olmadığının tespit edilmesi bakımından, silahlı oluşumların eylemleri üzerinde yabancı bir devletin, yani Sırbistan'ın kontrolünün olup olmadığı incelenmiştir. Diğer bir ifadeyle eylemler üzerinde devletin kontrolü meselesi, devletin sorumluluğu temelinde değil, silahlı çatışmaların uluslararası nitelik taşıyıp taşımadığı özelinde gündeme gelmiştir. Sonuç olarak bu mesele ile ilgili olarak EYUCM Sırbistan'ın Bosna-Hersek'teki silahlı oluşumlar üzerinde *genel* bir kontrolünün var olduğuna ve bu oluşumların Sırbistan'ın *de facto* organları olarak hareket ettiklerine karar vermiştir.⁴⁰ EYUCM, Divan'ın *Soykırım Sözleşmesi'nin Uygulanması* davasında verdiği karardan farklı olarak etkin kontrol kriterini değil; eylemler üzerinde daha düşük düzeyde bir kontrolün mevcudiyetini arayan *genel kontrol* kriterini uygulamıştır.

Esas itibariyle aynı vakialara dayanan iki uluslararası nitelikteki davada, devletin aynı eylemler üzerindeki kontrolü bakımından farklı sonuçlara ulaşılmış olması eleştirilere yol açmıştır. Diğer yandan Divan, farklı bir yaklaşım ile EYUCM'den farklı bir içtihadı benimsemiş olmasını önündeki meselenin hukuki niteliği ile açıklamaktadır: Divan'a göre genel kontrol kriteri, silahlı çatışmanın uluslararası nitelik taşıyıp taşımadığının belirlenmesinde uygun bir ölçüt iken; silahlı çatışma sırasında işlenen belirli bir eylemden devletin sorumlu tutulması bakımından uygun bir ölçüt değildir⁴¹; çünkü devletin sorumluluğunu temel prensiplere aykırı olarak aşırı bir biçimde genişletmektedir.⁴²

37 *Soykırım Sözleşmesi'nin Uygulanması Davası* (n 30) para 432.

38 *Ibid* para 390, 395.

39 *Tadic Davası, Prosecutor v Tadic* (Judgment), ICTY-94-1-A (15 July 1999) <<https://www.refworld.org/cases,ICTY,40277f504.html>> Erişim Tarihi 6 Ocak 2021.

40 *Ibid* para 162.

41 *Soykırım Sözleşmesi'nin Uygulanması Davası* (n 30) para 405.

42 *Ibid* para 406.

Görüldüğü üzere etkin kontrol kriteri nedeniyle ağır insan hakları hukuku ve insancıl hukuk ihlallerinin mevcut olduğu durumlarda bile devletin sorumluluğu oldukça dar bir alan ile sınırlı kalmaktadır. Bu bakımdan AİHM tarafından AİHS’de yer alan hakların genişletilmesi anlamına gelen pozitif yükümlülükler doktrini, sorunun çözümü bakımından pragmatik bir yaklaşımdır. Uluslararası hukukun bizzat kendi doğasından kaynaklanan ve hatta onun bir hukuk dalı olup olmadığını bile tartışmaya açan kimi olumsuz özelliklerinin, uluslararası yargı organlarına tanınacak yetkiler ve bu yetkilerin sağladığı esneklik sayesinde ya da bizzat bu yargı organlarının inisiyatif almaları ile giderilebileceğinin en önemli örneklerinden biri insan hakları hukuku uygulamasıdır.

Burada akla şu soru gelebilir: AİHM genel uluslararası hukuktaki atfedilme prensiplerini benimseyip, *Tadic* kararına benzer bir biçimde daha düşük düzeyde bir kontrolü devletin sorumluluğu bakımından yeterli kabul edebilir miydi? Böyle bir yaklaşım yükümlülüğün niteliğine bakılmaksızın devletin özel kişilerin eylemlerinden sorumlu tutulmasını olanaklı kılan ve somut eylem üzerinde kontrole vurgu yapan 8. madde uygulamasına aykırı olacaktır. Böyle bir uygulamaya, devletin özel kişilere karşı uluslararası sorumluluğunun görünüm biçimlerinden biri olan yatırım tahkiminde rastlamaktayız: *Bayindir v Pakistan* davasında hakem heyeti etkin kontrol kriterinden daha düşük düzeyde bir kontrolü yeterli görmüş, ve bu durumu önündeki uyuşmazlıkta söz konusu olan yükümlülüğün “ekonomik” karakterli olması, yani yükümlülüğün doğası ile açıklamıştır.⁴³ Diğer yandan teamül hukukuna aykırı görünen bu uygulama diğer hakem heyetleri tarafından takip edilmemiştir.

III. AİHM İçtihadında Atfedilme Meselesi

A. Genel Olarak

Atfedilme meselesi insan hakları hukukunun konusunu oluşturmakta ya da AİHM önünde bir mesele teşkil etmekte midir? *Milanovic*’e göre atfedilme işlemi AİHM kararlarında sessiz bir biçimde (*sub silentio*) gerçekleştirilmektedir.⁴⁴ Yani kararlarda AİHM’nin atfedilme konusundaki soruşturması açıkça ifade edilmese de, aslında zımnî olarak bu işlem yerine getirilir. Çünkü AİHM önündeki çoğu davada, ihlal teşkil ettiği öne sürülen eylemleri gerçekleştiren kişi bir devlet görevlisidir ve bu nedenle atfedilme sorusunu cevaplamak için mahkeme tarafından detaylı incelemelere girişmek gerekmez. Örneğin bir polis memurunun bir kişiyi öldürmesi durumunda, polis memurunun açıkça devlet görevlisi olması nedeniyle eylemin devlete atfedilebileceği de açıktır. Verdiğimiz bu örnekte, devletin negatif bir yükümlülüğünün (yaşam hakkının korunması) ihlali gündeme gelecektir.

43 *Bayindir Insaat Turizm Ticaret ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/29 (27 August 2009) para 130 <<https://www.italaw.com/cases/131>> Erişim Tarihi 6 Ocak 2021.

44 Marko Milanovic, ‘Jurisdiction, Attribution and Responsibility in Jaloud’ (EJIL:Talk, 11 Aralık 2014). <<https://www.ejiltalk.org/jurisdiction-attribution-and-responsibility-in-jaloud/>> Erişim Tarihi 15 Şubat 2021.

Öldürme eyleminin bir özel kişi tarafından gerçekleştirildiği, dolayısıyla devletin yaşam hakkının korunması için yasal düzenlemeler yapma ya da etkin soruşturma gibi pozitif veya usuli yükümlülüklerinin gündeme geldiği hallerde de aynı sessiz atfedilme işlemi gerçekleşmektedir. Bu halde de yasal düzenleme ya da etkin soruşturma yapmayan birim devlet organlarıdır. Yani hakka müdahale, yine devlet organları eliyle gerçekleştirilmiştir. Dolayısıyla açıkça belirtilmese de burada da gizli bir atfedilme işleminin mevcut olduğu belirtilmelidir.

Diğer yandan açık ya da gizli bir atfedilme işleminin mevcudiyeti kabul edilse bile, AİHM'nin yaklaşımının genel uluslararası hukuktaki sorumluluk yaklaşımından ayrıldığı öne sürülmüştür: *Evans*'a göre AİHM uygulamasında atfedilme, UHK Maddeleri'ndeki prensiplere aykırı bir biçimde gerçekleştirilmektedir.⁴⁵ *Crawford* ve *Keene* ise genel atfedilme kurallarının uygulanması bakımından AİHM'in farklı kararlarda farklı yaklaşımlar benimsediğini belirtmektedir.⁴⁶

B. AİHS Bağlamında Yetki ve Atfedilme İlişkisi

AİHM uygulamasında mahkemenin kişi ve yer bakımından yetkisi ile eylemin devlete atfedilmesi meseleleri mahkeme açısından birleşik bir hal almaktadır.⁴⁷ Esasen AİHM içtihadı bağlamında atfedilme meselesine ilişkin tartışmalar da ağırlıklı olarak atfedilme ile mahkemenin yetkisi arasındaki ilişkiye odaklanmıştır. AİHS'in 1. maddesinde devletin yetkisinde bulunan herkese AİHS'deki hakları tanıyacağı belirtildiğinden AİHM buradan hareketle devletin AİHS'den kaynaklanan yükümlülüklerinin belirli koşullar altında ülkesi dışına teşmil edebileceğini kabul etmiştir.

Al Skeini v United Kingdom davasında devletin bir ülke üzerinde kontrol sahibi olduğu veya bir kişi üzerinde güç ve kontrol sahibi olduğu durumlarda ülke dışı yetkiye sahip olacağı kabul edilmiştir.⁴⁸ Bu durum, atfedilme-yetki meselelerinin iç içe geçmesinin sebebini açıklamaktadır: Devlet bir toprak veya kişi üzerinde kontrol sahibi olduğu takdirde, yer bakımından yetkili (*ratione loci*) olmaktadır.

AİHM'in *Jaloud v Netherlands* davasında verdiği karar yetki-atfedilme ilişkisine dair tartışmaların odağında bulunmaktadır. Davaya konu olay şu şekilde özetlenebilir: Bir aracın Irak'ın güneyinde bir kontrol noktasına yaklaşması sırasında, araçtan kontrol noktasında bulunan personele ateş açılmış ve personel ateşe karşılık vermiştir. Kimse zarar görmemiş ve araç oradan uzaklaşmıştır. Kontrol noktasının komutanı

45 Malcolm Evans, 'State Responsibility and the European Convention on Human Rights' in Malgosia Fitzmaurice and Dan Sarooshi (edn) *Issues of State Responsibility Before International Judicial Institutions* (Hart Publishing 2004) 139, 157.

46 James Crawford ve Amelia Keene, 'The Structure of State Responsibility under the European Convention on Human Rights' in Anne van Aaken and Iulia Motoc (edn) *The European Convention on Human Rights and General International Law* (Oxford University Press 2018) 178, 198.

47 Dal (n 16) 94.

48 *Al Skeini v United Kingdom* App No 55721/07 (ECtHR, 7 July 2011) para 138.

altı Hollanda askerinden oluşan devriyeyi çağırıştır. Daha sonra başka bir araç hızla yaklaşarak kontrol noktasında bulunan varillere çarpmış; karşılığında Hollanda askeri olan bir komutan tarafından araca ateş açılmıştır. Başvurucunun araçta bulunan oğlu Azhar Sabah Jaloud açılan ateş nedeniyle hayatını kaybetmiş ve başvurucu, Hollanda'yı AİHS'in 2. maddesini ihlal ettiği iddiası ile AİHM önünde dava etmiştir.⁴⁹

Hollanda, Irak'ta işgalci kuvvet olarak bulunmadığı gerekçesi ile şikayet konusu eylemlerin AİHS'in 1. maddesi bağlamında kendi yetki alanında gerçekleşmediğini öne sürmüş ise de AİHM, daha önceki içtihatlarına ve *Al Skeini v United Kingdom* davasında verdiği karara atıf yaparak⁵⁰ olayın Hollanda'nın yetki alanında gerçekleştiğine karar vermiştir. *Al Skeini v United Kingdom* kararına göre yetki iki bağlamda söz konusu olabilir: Devletin bir ülke üzerinde etkin kontrolü ve kişi üzerinde güç ve kontrolü.⁵¹

Bir devletin işgalci kuvvet olup olmaması AİHS'in 1. maddesi çerçevesinde yetki kurulması açısından belirleyici değildir.⁵² AİHM'e göre bir Birleşik Krallık görevlisinin operasyonel kontrolünün kabul edilmesi tek başına, Hollanda'nın yetkisini ortadan kaldırmaz. Hollanda somut olayda, kendi askeri personeli üzerinde tam komuta yetkisini muhafaza etmiştir.⁵³ Karara göre:

*“Çok uluslu kuvvetin uygulamadaki detayları, Irak'ta bulunan farklı silahlı birlikler arasındaki ilişkileri düzenleyen bir kısım Mutabakat Muhtırası tarafından şekillendirilmiştir. 6 Haziran 2003 tarihinde Dışişleri ve Savunma Bakanlığında Avam Kamarası'na gönderilen mektup Hollanda hükümetinin Irak'taki Hollanda askeri birlikleri üzerinde tam komuta yetkisini muhafaza edeceğini vurgulamaktadır.”*⁵⁴

Bu nedenle Hollanda'nın bu bölgede, diğer katılan devletler hariç olmak üzere güvenliği sağlama sorumluluğunu kabul ettiği ve oradaki birlikleri üzerinde tam komuta yetkisine sahip olduğuna hükmedilmiştir.⁵⁵ Hollanda, Irak'ta bulunurken UHK Maddeleri 6. maddesi anlamında başka bir devletin talimat veya kontrolü altında değildir.⁵⁶ Daha sonra AİHM atfedilme başlığı altında **AİHS'in 1. maddesi bağlamındaki yetki bahsinin, genel uluslararası hukuk uyarınca devletin sorumluluğu testine eş değer tutulmadığını** ifade etmiştir.⁵⁷ AİHM atfedilmeye ilişkin olarak:

49 *Jaloud v Netherlands* (n 14) para 10, 13.

50 İbid para 139.

51 *Al Skeini v United Kingdom* (n 48) para 130-139.

52 *Jaloud v Netherlands* (n 14) para 142.

53 İbid para 143.

54 İbid para 146.

55 İbid para 149.

56 İbid para 153.

UHK Maddeleri 6. madde:

“Devlet Tarafından Başka Bir Devletin Emrine Verilen Organların Tasarrufu

Devlet tarafından başka bir devletin emrine verilen devlet organının tasarrufu, eğer organ emrine verildiği devletin kamu gücü unsurlarını kullanarak hareket ediyorsa, uluslararası hukuka göre emrine verildiği o devletin eylemi sayılır.”

57 *Jaloud v Netherlands* (n 14) para 154.

“Başvurucunun şikayetine yol açan olaylar, Hollanda askeri personeli ile soruşturma ve yargı makamlarının işlediği öne sürülen fiil ve ihmallerinden kaynaklanmaktadır. Bu itibarla, bunlar Sözleşme uyarınca Hollanda’nın sorumluluğunu doğurmaya mukteldir.”⁵⁸

Jaloud v Netherlands kararı, AİHM’nin daha önce vermiş olduğu bazı kararlara benzer biçimde yetki-atfedilme ayrımını onaylayan bir karar olmasından dolayı önemlidir. Çünkü *Milanovic*’e göre *Loizidou v Turkey*⁵⁹ ve *Ilascu and Others v Moldova and Russia*⁶⁰ davalarında AİHM, AİHS’nin 1. maddesi çerçevesinde sorumluluk konusunu tartışarak yetki ve sorumluluk meselelerini birbirine karıştırmıştır.⁶¹ Bu karmaşa nedeniyle söz konusu davalar incelendiğinde, davalı devletin doğrudan devlet dışı aktörlerin eylemlerinden mi, yoksa söz konusu aktörlerin eylemlerini önleme yükümlülüğünü ihlal etmesi sebebiyle mi sorumlu tutulduğu anlaşılacaktır.⁶² Bu noktada KKTC’nin yazar ve diğer bazı yazarlar tarafından Transdinyester’de faaliyet gösteren MRT’ye benzer biçimde devlet dışı aktör olarak değerlendirildiği anlaşılmaktadır.⁶³ AİHM, *Loizidou v Turkey* kararında KKTC için devlet dışı aktör ifadesini kullanmamış; ancak uluslararası uygulama ve BM Güvenlik Konseyi’nin ve diğer bazı uluslararası örgütlerin ilgili organlarının verdiği kararların açıkça KKTC’nin uluslararası hukukta devlet olarak tanınmadığı ve Güney Kıbrıs Rum Yönetimi’nin⁶⁴ Kıbrıs’ın tek yasal hükümeti olarak tanındığını ortaya koyduğunu belirtmiştir.⁶⁵ Başka bir yazar ise AİHM’in kararda KKTC’yi hiçbir biçimde 8. madde bağlamında Türkiye’nin *de facto* organı olarak nitelendirmediğini ve kararda geçen “alt yerel idare” ifadesi nedeniyle atfedilmenin daha ziyade UHK Maddeleri 4. maddesi ile bağlantılı olduğunu savunmaktadır.⁶⁶ Bu konuda kararda gerçekten de bir açıklık bulunmamaktadır ve bu belirsizliğin sebebi yetki-atfedilme ayrımının yapılmamasıdır. Ancak belirtelim ki, MRT için de “alt yerel idare” nitelendirmesinin yapıldığı⁶⁷ *Catan and Others v. Moldova and Russia* kararında atfedilme bağlamında uygulanacak hukuk kuralı olarak 8. maddeye işaret edilmiştir.⁶⁸

58 İbid para 155.

59 *Loizidou v Turkey* App No 15318/89 (ECtHR, 18 December 1996).

60 *Ilascu and Others v Moldova and Russia* (n 2).

61 *Milanovic*, ‘Jurisdiction, Attribution and Responsibility’ (n 44).

62 Marko Milanovic, ‘Special Rules of Attribution of Conduct in International Law’ (2020) 96 *International Law Studies* 295, 350-351.

63 *Milanovic*, ‘Jurisdiction, Attribution and Responsibility’ (n 44); Rooney (n 6) 422.

64 Kararda Kıbrıs Cumhuriyeti ifadesi kullanılmıştır.

65 *Loizidou v Turkey* (n 59) para 44, para 56. Bu nedenle KKTC’de yaşayan kişiler iç hukuk yollarını tükettikten sonra, AİHS’in ihlalden dolayı yapabilecekleri başvuruları KKTC aleyhine değil, şikayet konularına ve muhatabına göre, Türkiye veya Güney Kıbrıs Rum Yönetimi aleyhine yapmak durumundadır. Bkz. Özde Dereboylular ve Perçem Arman, ‘Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Kıbrıs İlgili Verdiği Kararların KKTC ve Türkiye’ye Etkisi’ (2018) 136 *TBB Dergisi* 293, 296.

66 Olivier De Frouville, ‘Private Individuals’ in James Crawford, Allain Pellet and Simon Olleson (edn) *The Law of International Responsibility* (Oxford University Press 2010) 257, 269. *Loizidou v Turkey* davasında atfedilmenin 8. madde bağlamında gerçekleştirildiği yönünde bir görüş için bkz. Vassilis P. Tzevelekos, ‘Reconstructing the Effective Control Criterion in Extraterritorial Human Rights Breaches: Direct Attribution of Wrongfulness, Due Diligence and Concurrent Responsibility’ (2014) 36(1) *Michigan Journal of International Law* 129, 137.

67 *Catan and Others v. Moldova and Russia* (n 8) para 150.

68 İbid para 74.

Atfedilme, yetki konusundan teorik bakımdan tamamen farklıdır. Diğer yandan *Milanovic*, kanaatimizce isabetsiz olarak eylemin devlete atfedilmesi meselesinin UHK Maddeleri’nde devletin uluslararası hukuka aykırı eyleminin unsurlarını düzenleyen 2. maddenin⁶⁹ (a) bendinin konusunu oluştururken (eylem ilgili devlete mi ait?); yetki meselesinin ise 2. maddenin (b) bendinin (eylem devletin bir yükümlülüğünün ihlalini mi teşkil ediyor?) konusunu oluşturduğunu öne sürmüştür.⁷⁰ Oysa, yetki UHK Maddeleri’nin bir konusu değildir; düzenleme yetki bakımından sessizdir. UHK Maddeleri’nde yetki konusu (AİHS’nin 1. maddesinin bir örneğini teşkil ettiği üzere) her bir yargısal mekanizmanın kendi özel düzenlemelerine bırakılmıştır. Üstelik bir uluslararası yükümlülüğünün ihlal edilip edilmediği, yetkiye değil uyumsuzluğun esasına ilişkin bir meseledir. *Rooney*’in isabetle belirttiği üzere AİHM’in yetki bakımından yaptığı değerlendirme, madde 2(b) çerçevesinde yükümlülüğün ihlal edilmediğinin tespiti olmayıp; ilgili devletin ülke dışı eylemleri bakımından AİHS’in yürürlükte olup olmadığına ilişkindir.⁷¹

Diğer yandan *Rooney* UHK Maddeleri 2. maddesindeki bu sessizliği, yetki ile atfedilmenin birlikte değerlendirilmesinin yasaklanmadığı biçiminde yorumlamaktadır.⁷² Bu görüşe de şu gerekçe ile kısmen katılmamaktayız: Bir düzenlemede herhangi bir kavramla karıştırılma olasılığı bulunan her hususla ilişkin detaylı olarak belirtilmesi mümkün olmadığı gibi, gerekli de değildir. UHK Maddeleri’nin ikincil niteliği ve *lex specialis* ilkesi⁷³ nedeniyle bir konuda özel bir düzenleme var ise söz konusu kural; yok ise genel kuralları oluşturan UHK Maddeleri uygulanacaktır. 2. maddede yetkiden söz edilmediğine göre, yetki “uluslararası hukuka aykırı eylem”in unsurlarından birini oluşturmamaktadır. Başvurulan yargısal mekanizmanın özel düzenlemeleri çerçevesinde yetki konusunun hüküm altına alınmış olması beklenir; ancak alınmamış ise de yetkiye ilişkin tamamlayıcı hukuk kuralının aranacağı yer UHK Maddeleri değildir. Ayrıca burada AİHM’in araştırdığı husus mahkemenin yer bakımından yetkisidir ve davalı devletin ülke dışı yetkisi bakımından dikkate alınacak eylemlerin muhakkak hukuka aykırı olması gerekmez. Devlet hukuka uygun

69 UHK Maddeleri 2. madde

“Devletin Uluslararası Hukuka Aykırı Eyleminin Unsurları

Fil ya da ihmalden oluşan tasarruf

(a) uluslararası hukuka göre devlete atfedilebiliyorsa; ve

(b) devletin uluslararası bir yükümlülüğünün ihlalini teşkil ediyorsa devletin uluslararası hukuka aykırı eylemi söz konusudur.”

70 *Milanovic*, ‘Jurisdiction, Attribution and Responsibility’ (n 44).

71 *Rooney* (n 6) 421.

72 İbid. *Jaloud v Netherlands* davasında “atfedilme” başlığında yetki çerçevesinde yapılan değerlendirmeden ayrı detaylı bir inceleme yapılmamasından hareketle yazar, AİHM tarafından yukarıda belirttiğimiz ikili atfedilme testinin uygulandığı görüşüne karşı çıkmakta ve AİHM’in tek bir test uyguladığını öne sürmektedir. 2. maddedeki yetkiye ilişkin sessizliğin yasak olmadığı savından hareketle de AİHM’in tek atfedilme testi uygulamasının uluslararası sorumluluk hukukuna aykırı olmadığını öne sürmektedir. Bkz. İbid 415, 421.

73 UHK Maddeleri 55. madde

“*Lex specialis*

Uluslararası hukuka aykırı eylemin varlığına ilişkin şartlar veya devletin uluslararası sorumluluğunun içerik ya da uygulanması uluslararası hukukun özel kuralları tarafından düzenlendiğinde ve bu ölçüde bu maddeler uygulanmaz.”

eylemler ile ülke dışında etkin kontrol sağlamış olabilir. Şu halde devletin hukuka uygun eylemleri bakımından uygulanması amaçlanmayan atfedilme kurallarının bu bağlamda uygulanması en azından UHK Maddeleri'nin yaklaşımı ile uyumlu değildir. Diğer yandan yetki konusu ilgili mekanizmanın kurallarına bırakıldığından, *Rooney*'in AİHM'nin yetki ile atfedilmeyi birlikte değerlendirmeyi tercih etmesi halinde bunu yasaklayan bir norm olmadığı görüşüne katılıyoruz.

Gondek'e göre de insan hakları anlaşmaları çerçevesinde atfedilme ve yetkiyi birleştirmek metodolojik olarak doğru değildir⁷⁴ ve bir kişinin insan hakları anlaşmaları uyarınca devletin yetki alanında olup olmadığı meselesi ile hukuka aykırı bir eylemin devlete atfedilmesi meselesi aynı şey değildir.⁷⁵ *De Shutter*'a göre ise insan hakları anlaşmaları uyarınca yetki meselesi UHK Maddeleri 2. maddesinde yer alan unsurların aranması karşısında önceliklidir⁷⁶; çünkü yetki meselesi devletin sorumluluğuna ilişkin herhangi bir sorunun yanıtlanmasına geçilmeden önceki ilk eşiktir.⁷⁷

Ancak AİHM içtihadında var olduğu öne sürülen bu kavramsal karmaşanın elbette bazı sebepleri vardır. Birincisi hem AİHS'in 1. maddesi çerçevesinde yetki; hem de atfedilme meseleleri benzer sorularla meşgul olmaktadır:

Yetki bakımından bu soru devletin söz konusu toprak parçası üzerinde etkin kontrol ya da bir kişi üzerinde otorite sahibi olup olmadığı iken, atfedilme bahsinde bu soru (yukarıda *Soykırım Sözleşmesi'nin Uygulanması* davasında Divan'ın uyguladığı kriterden hatırlanacağı üzere) devletin somut olayda hukuka aykırı eylemi gerçekleştiren kişiler ve nihayetinde eylem üzerinde etkin kontrol sahibi olup olmadığıdır. İkincisi, devlet yetki bakımından etkin kontrolü kendi organ veya görevlileri vasıtasıyla sağlamaktadır.⁷⁸ Örneğin Türkiye Kuzey Kıbrıs'ta etkin kontrolü orada bulunan askerleri ve diğer görevlileri vasıtasıyla sağlamıştır. Tersinden ifade edilecek olur ise, orada Türk askerleri bulunmadığı takdirde etkin kontrol kurulması da mümkün olmayacaktır.⁷⁹ Öyleyse bu değerlendirme ışığında, yetki-atfedilme karmaşasını devletin etkin kontrolünü sağlayan askerlerin eylemlerinin aynı zamanda devletin sorumluluğunu doğurabilmesinin yarattığını söylemek mümkündür. Diğer bir ifadeyle, bazı eylemler hem yetki hem de atfedilmenin aynı anda konusunu oluşturabilir. Aynı olasılık, kişiler üzerinde sahip olunan kontrol ve otorite temelinde oluşan yetki bakımından da geçerlidir.

74 Michal Gondek, *The Reach of Human Rights in a Globalizing World* (Maastricht University Doctoral Thesis 2009) 164.

75 İbid

76 Olivier De Schutter, 'Globalization and Jurisdiction: Lessons from the European Convention on Human Rights' (2006) 6(1) *Baltic Yearbook of International Law* 183, 189.

77 İbid 190.

78 Milanovic, 'Jurisdiction, Attribution and Responsibility' (n 44).

79 İbid.

Yetki ve atfedilme meseleleri hukuk tekniği bakımından birbirinden tamamen farklı adımlarda ele alınacak olsa da acaba bu iki meselenin tam bir kesinlik ile birbirinden ayrılması şart mıdır? Bu konuda doktrinde farklı görüşler öne sürülmüştür. *Milanovic*'e göre, *Jaloud v Netherlands* kararı ile de onaylandığı üzere AİHM, iki farklı test uygulamaktadır: Birincisi “**yetki-oluşturan eylem**” (*jurisdiction-establishing conduct*), diğeri ise “**ihlal-oluşturan eylem**” testidir (*violation-establishing conduct*).⁸⁰ Örneğin, *Loizidou v Turkey* davası bakımından Türk askerlerinin Kuzey Kıbrıs'a konuşlandırılması ya da *Ilascu and Others v Moldova and Russia* davası bakımından Rusya'nın Transdinyesterli ayrılıkçılara sağladığı büyük miktardaki askeri ve ekonomik yardım *yetki-oluşturan eylem* iken; *Al-Skeini v United Kingdom* ve *Jaloud v Netherlands* davalarında soruşturmada başarısız olunması biçimindeki ihmali eylemler (AİHS'in 2. maddesi bakımından pozitif yükümlülük ihlali) ve öldürme eylemleri *ihlal-oluşturan eylem*dir.⁸¹ Kanımızca AİHM'in *Jaloud v Netherlands* kararında yapmış olduğu bu teorik ayırım atfedilme-yetki karmaşasını önlemek ve AİHM uygulaması ile genel uluslararası hukukun entegrasyonu bakımından son derece önemlidir.

AİHS'nin ülke dışında uygulanması konusunda AİHM'nin uyguladığı kontrol testi, bazı yazarlarca “etkin genel kontrol” (*effective overall control test*) ve “nihai otorite ve kontrol” (*ultimate authority and control test*) testi olarak adlandırılmıştır.⁸² Etkin genel kontrol testinin uygulanmasına örnek olarak gösterilen *Loizidou v Turkey* davasında AİHM:

“Türkiye'nin KKTC makamlarının politika ve eylemleri üzerinde gerçekten detaylı bir kontrol kullanıp kullanmadığının tespit edilmesi gerekli değildir. Kuzey Kıbrıs'ta aktif görevde olan çok sayıdaki askerden açıkça anlaşılmaktadır ki ordusu adanın bu bölümünde etkin genel kontrol kullanmaktadır. Bu kontrol, ilgili teste ve olayın koşullarına göre, KKTC'nin politika ve eylemlerinden sorumluluğunu doğurmaktadır.”⁸³

Görüldüğü üzere davada sorumluluğun kurulmasında eylem üzerinde detaylı kontrol aranmamış; genel kontrol yeterli görülmüştür. *Talmon*, AİHM'in kararda Divan ve EYUCM'nin yukarıda incelediğimiz, atfedilme konusuna ilişkin içtihadına atıf yapmamasından ve başka bir açıklamaya da yer vermemesinden hareketle kendi kontrol testini geliştirdiğini ifade etmektedir.⁸⁴

Nihai otorite ve kontrol testine örnek gösterilen *Behrami and Saramati v France* davası ise, *Jaloud v Netherlands* davasına benzer biçimde ülke dışında farklı devletlerin

80 İbid.

81 İbid.

82 Elena Laura Álvarez Ortega, ‘The attribution of international responsibility to a State for conduct of private individuals within the territory of another State’ (Indret 2015) 28, 33 <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1116_es.pdf> Erişim Tarihi 15 Şubat 2021; Kjetil Mujezinović Larsen, ‘Attribution of Conduct in Peace Operations: The ‘Ultimate Authority and Control’ Test’ (2008) 19(3) The European Journal of International Law 509.

83 *Loizidou v Turkey* (n 59) para 56.

84 Stefan Talmon, ‘The Responsibility of Outside Powers For Acts of Secessionist Entities’ (2009) 58(3) International and Comparative Law Quarterly 493, 509.

katıldığı operasyonlara ilişkindir. Bu davada konu uluslararası örgütlerin sorumluluğunu ilgilendirdiğinden, AİHM *Uluslararası Örgütlerin Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeler*'e⁸⁵ atıf yapmış ve düzenlemenin 5. maddesini değerlendirmiştir.⁸⁶ İlgili hükme göre:

“Başka bir uluslararası örgütün tasarrufu altındaki bir devlet organının ya da bir uluslararası örgüt organının ya da temsilcisinin eylemi eğer o eylem üzerinde etkin kontrolü varsa, uluslararası hukuka göre, önceki uluslararası örgütün eylemi sayılır.”

AİHM, *Jaloud v Netherlands* davasındaki kararına benzer bir biçimde gönderen devletlerin ulusal birlikleri üzerindeki münhasır kontrol yetkilerini çok uluslu komutaya devretmediklerine ve belirli kontrol yetkilerini ellerine tuttuklarına hükmetmiştir.⁸⁷ Ancak *Behrami and Saramati v France* davasında bu kısmi kontrol, ulusal birliklerin eylem ve ihmallerinin NATO ve Birleşmiş Milletler'e atfedilmesini engellememiş⁸⁸ ve başvuruçular ile davalı devletler arasında yetki bakımından bir bağ kurulmasını da sağlamamıştır.⁸⁹ Yukarıda belirttiğimiz üzere *Jaloud v Netherlands* davasında ise Hollanda'nın “tam komuta”yı elinde bulundurduğu gerekçesi ile, yetki bakımından tam tersi yönde karar verilmiştir. Bu nedenle AİHM'in *Jaloud v Netherlands* davasında vermiş olduğu karar ve “tam komuta” kavramına yapmış olduğu vurgu eski içtihadından radikal biçimde ayrılması olarak yorumlanmıştır.⁹⁰

IV. Sonuç

Gördüğü pek çok başka davada olduğu gibi, *Loizidou v Turkey* kararında AİHM, devletin sorumluluğuna ilişkin uluslararası hukukun ilgili prensiplerine atıf yapmış ve bunlara uygun olarak karar vereceğini açıklamıştır.⁹¹ Ancak AİHM yetki ve atfedilme konularını birbirinden ayırmamış ve AİHS'in 1. maddesi bağlamında davalı devletin belirli bir bölgedeki etkin kontrolünü hem ülke dışı yetkinin hem de sorumluluğun esası saymıştır. Ayrıca uluslararası hukuk prensiplerine yapılan göndermeye rağmen, devlet bakımından aranan kontrolün düzeyi söz konusu prensiplerde öngörülenden düşüktür. AİHM bu davada Türkiye'nin KKTC yetkililerinin eylem ve politikaları üzerinde detaylı kontrol sahibi olup olmadığını değerlendirmenin gerekli olmadığına hükmetmiştir. Oysa hem uluslararası örf ve adet hukuku, hem de yargı kararları

85 Second Report of the *Special Rapporteur*, Giorgio Gaja (56th session of the ILC) (2004) 2 Yearbook of the International Law Commission (Part Two) 46. Maddeler 2011 yılında nihai hale gelmiş ve söz konusu 5. madde düzenlemesi, nihai metnin 7. maddesinde aynen kabul edilmiştir: Draft Articles on the Responsibility of International Organizations (2011) 2 Yearbook of the International Law Commission (Part Two) <https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_11_2011.pdf> Erişim Tarihi 16 Şubat 2021.

86 *Behrami and Behrami v France* App No 71412/01 and *Saramati v France, Germany and Norway* App No 78166/01 (ECtHR, 31 May 2007) para 30.

87 Aurel Sari, 'Jaloud v Netherlands: New Directions in Extra-Territorial Military Operations' (EJIL: Talk, 24 November 2014) <<https://www.ejiltalk.org/jaloud-v-netherlands-new-directions-in-extra-territorial-military-operations/>> Erişim Tarihi 15 Şubat 2021; *Behrami v France* (n 86) para 138–139; *Jaloud v Netherlands* (n 31) para 146.

88 Sari (n 87); *Behrami v France* (n 86) para 140.

89 Sari (n 87); *Behrami v France* (n 86) para 71.

90 Sari (n 87).

91 *Loizidou v Turkey* (n 59) para 52.

devletin şikayet konusu eylem üzerinde genel kontrolün ötesinde hakimiyet sahibi olmasını aramaktadır. Öyle ki, bu çalışmada incelediğimiz üzere örneğin *Soykırım Sözleşmesi'nin Uygulanması* davasında Divan etkin kontrol kriterini uygulayarak, Sırbistan'ı soykırım suçunun işlenmesini önleme yükümlülüğü bakımından sorumlu tutarken, silahlı oluşumların soykırım suçu niteliğindeki eylemleri üzerinde devletin etkin kontrolü bulunmadığından Sırbistan'ın sorumlu olmadığına karar vermiştir. Dolayısıyla uluslararası hukuk bakımından belirli bir bölgede kurulan etkin kontrol sorumluluğunun kurulması bakımından yeterli değildir.

Diğer yandan *Jaloud v Netherlands* davasında tam tersine olarak AİHM, AİHS'in 1. maddesi bağlamında yetki bakımından uygulanacak test ile genel uluslararası hukuka göre devletin hukuka aykırı eyleminden sorumluluğu bakımından uygulanacak testin birbirinin aynısı olmadığını ifade etmiştir. Böylelikle AİHM iki farklı teorik meseleyi birbirinden ayırmıştır. Karara göre Hollanda'nın sorumluluğunun esası, belirli bir bölgedeki genel ya da etkin kontrolü değil; Hollanda askeri personeli ile soruşturma ve yargı makamlarının, yani devlet organlarının fiil ve ihmalleridir. Kararda, belirli bir bölgenin etkin kontrolü testi ise yetki bakımından inceleme sırasında uygulanmıştır.

Belirtelim ki, yetki bakımından uygulanacak test, uluslararası sorumluluk hukukunun konusu değildir. UHK Maddeleri, yalnızca sorumluluk bağlamında uygulanmak üzere; bu özel amaç için tasarlanmıştır. Bu bakımdan, hukuka uygun eylemler bağlamında hangi kişi veya birimlerin devlet organı teşkil ettiğini belirlemek üzere bu maddelere başvurulması en azından UHK Maddeleri'nin yaklaşımı ile uyumlu değildir. *Milanovic*'in önerdiği *yetki-oluşturan eylem* ile *ihlal-oluşturan eylem* ayırımında ise; pek çok durumda devletin yetki oluşturan eylemleri, diğer bir ifadeyle yetki bakımından dikkate alınacak eylemler hukuka uygundur. Çünkü devlet hukuka uygun eylemler ile de ülke dışında etkin kontrol sağlamış olabilir. Yetki ve atfedilme bakımından ayrı eylemlerin dikkate alınmasını gerektiren bir uyumsuzluk halinde ise, söz konusu teorik ayırımın yapılması davanın neticesine; davalı devletin sorumlu tutulup tutulamayacağına etki edecektir. Devletin yetki oluşturan eylemleri, devletin sorumluluğunu doğurmayabilir.

Sonuç olarak, AİHM'in yetki bağlamında kendine özgü bir kontrol kriteri uygulaması uluslararası hukuka uygundur. Bu bakımdan, AİHM'in uluslararası hukukta aranan etkin kontrol düzeyinden daha düşük düzeyde bir kontrol araması ya da tamamen kendine özgü bir kriter geliştirmesi hukuka aykırılık içermemektedir. EYUCM tarafından görülen *Tadic* davasında da eylemler üzerinde devletin kontrolü meselesi, devletin sorumluluğu bağlamında değil, silahlı çatışmaların uluslararası nitelik taşıyıp taşımadığı özelinde gündeme gelmiştir. Bu bağlamda EYUCM etkin kontrol kriterini değil; eylemler üzerinde daha düşük düzeyde bir kontrolün mevcudiyetini arayan *genel kontrol* kriterini uygulamıştır.

Ancak eylemin devlete atfedilmesi bağlamında, genel uluslararası hukukun sorumluluk hukukuna ilişkin kurallarının uygulanması gerekir. Sorumluluk hukukunda *lex specialis* prensibi kabul edilmekle birlikte, AİHS’de eylemin devlete atfedilmesi bağlamında özel hüküm öngörülmemiştir. Kaldı ki AİHM, pozitif yükümlülük doktrininden ayrı olarak, özel kişilerin eylemlerinin devlete atfedilmesinde çalışmanın birinci bölümünde incelediğimiz genel uluslararası hukuk kurallarını zımnı biçimde uygulamaktadır. Bu bakımdan AİHM uygulaması, atfedilme ile ülke dışı yetkinin bir arada incelendiği bazı davalarda genel uluslararası hukuka aykırılık göstermektedir. Sonuç olarak, bu gibi uyuşmazlıklarda etkin kontrol kriterinin (UHK Maddeleri terminolojisine göre devletin eylemi gerçekleştiren kişiler üzerinde talimat, yönlendirme veya kontrolünün) aranması gerekir. Bu bakımdan belirli bir bölgede etkin kontrol sağlanması sorumluluk açısından yeterli değildir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

ıkar 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

Al Skeini v United Kingdom App No 55721/07 (ECtHR, 7 July 2011).

Aksar Y, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk II* (Seçkin 2019).

Aust A, *Handbook of International Law* (Cambridge University Press 2010).

Bayindir Insaat Turizm Ticaret ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/03/29 (27 August 2009) <<https://www.italaw.com/cases/131>> Erişim Tarihi 6 Ocak 2021.

Behrami and Behrami v France App No 71412/01 and *Saramati v France, Germany and Norway* App No 78166/01 (ECtHR, 31 May 2007).

Brownlie I, *System of the Law of Nations: State Responsibility Part I* (Oxford University Press 1983).

Caron DD, ‘The ILC Articles on State Responsibility: The Paradoxical Relationship Between Form and Authority’ (2002) 96(4) *American Journal of International Law* 857.

Catan and Others v. Moldova and Russia App No.s 43370/04, 8252/05, 18454/06 (ECtHR, 19 October 2012).

Condorelli L ve Kress C, ‘The Rules of Attribution: General Considerations’ in James Crawford ve Alain Pellet (edn), *The Law of International Responsibility* (Oxford University Press 2010) 221.

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (European Convention on Human Rights, as amended) (ECHR).

Crawford J, ‘State Responsibility’ in Rüdiger Wolfrum (edn), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (Oxford Public International Law 2006) <<https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1093?prd=EPIL>> Erişim Tarihi 15 şubat 2021.

- Crawford J, 'Investment Arbitration and the ILC Articles on State Responsibility' (2010) 25(1) ICSID Review – Foreign Investment Law Journal 127.
- Crawford J, *State Responsibility: The General Part* (Cambridge University Press 2013).
- Crawford J ve Keene A, 'The Structure of State Responsibility under the European Convention on Human Rights' in Anne van Aaken and Iulia Motoc (edn) *The European Convention on Human Rights and General International Law* (Oxford University Press 2018) 178.
- Dal U, *Uluslararası Sorumluluk Hukukunda Uluslararası Hukuka Aykırı Eylemin Devlete Atfedilmesi* (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi 2019).
- Dereboylular Ö ve Arman P, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Kıbrısla İlgili Verdiği Kararların KKTC ve Türkiye'ye Etkisi' (2018) 136 TBB Dergisi 293.
- Draft Articles on the Responsibility of International Organizations (2011) 2 Yearbook of the International Law Commission (Part Two) <https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_11_2011.pdf> Erişim Tarihi 16 Şubat 2021.
- Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, (2001) 2 (Part Two) Yearbook of the International Law Commission <https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf> Erişim Tarihi 6 Ocak 2021.
- Evans M, 'State Responsibility and the European Convention on Human Rights' in Malgosia Fitzmaurice and Dan Sarooshi (edn) *Issues of State Responsibility Before International Judicial Institutions* (Hart Publishing 2004) 139.
- François J ve Kombe A, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları No: 7* (Özgür Heval Çınar ve Abdulcelil Kaya trs, 1. Baskı, Avrupa Konseyi 2008).
- Frouville OD, 'Private Individuals' in James Crawford, Allain Pellet and Simon Olleson (edn) *The Law of International Responsibility* (Oxford University Press 2010) 257.
- Gondek M, *The Reach of Human Rights in a Globalizing World* (Maastricht University Doctoral Thesis 2009).
- Ilascu and Others v Moldova and Russia App No 48787/99 (ECtHR, 8 July 2004).
- Jaloud v Netherlands* App No 47708/08 (ECtHR, 20 November 2014).
- Larsen KM, 'Attribution of Conduct in Peace Operations: The 'Ultimate Authority and Control' Test' (2008) 19(3) *The European Journal of International Law* 509.
- Loizidou v Turkey* App No 15318/89 (ECtHR, 18 December 1996).
- Milanovic M, 'Jurisdiction, Attribution and Responsibility in *Jaloud*' (EJIL: Talk, 11 December 2014) <<https://www.ejiltalk.org/jurisdiction-attribution-and-responsibility-in-jaloud/>> Erişim Tarihi 15 Şubat 2021.
- Milanovic M, 'Special Rules of Attribution of Conduct in International Law' (2020) 96 *International Law Studies* 295.
- Nicaragua Davası*, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) (Merits) [1986] ICJ Rep 14.
- Ortega ELA, 'The attribution of international responsibility to a State for conduct of private individuals within the territory of another State' (Indret 2015) <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1116_es.pdf> Erişim Tarihi 15 Şubat 2021.
- Palchetti P, 'De Facto Organs of a State' in Rüdiger Wolfrum (eds), *Max Planck Encyclopedia of*

- Public International Law* (Oxford Public International Law 2017) <<https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1394>> Erişim Tarihi 6 Ocak 2021.
- Rooney JM, ‘The Relationship between Jurisdiction and Attribution after *Jaloud v. Netherlands*’ (2015) 62 *Netherlands International Law Review* 407.
- Sari A, ‘*Jaloud v Netherlands: New Directions in Extra-Territorial Military Operations*’ (EJIL: Talk, 24 November 2014) <<https://www.ejiltalk.org/jaloud-v-netherlands-new-directions-in-extra-territorial-military-operations/>> Erişim Tarihi 15 Şubat 2021.
- Second Report of the *Special Rapporteur*, Giorgio Gaja (56th session of the ILC) (2004) 2 *Yearbook of the International Law Commission (Part Two)*.
- Schutter OD, ‘Globalization and Jurisdiction: Lessons from the European Convention on Human Rights’ (2006) 6(1) *Baltic Yearbook of International Law* 183.
- Shaw MN, *Uluslararası Hukuk* (Yücel Acer, İbrahim Kaya, M. Turgut Demirtepe ve G. Engin Şimşek, trs, Türkiye Bilimler Akademisi 2018).
- Shaw MN, *International Law* (8th edn, Cambridge University Press 2018).
- Soykırım Sözleşmesi’nin Uygulanması Davası, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)* (Judgment) [2007] ICJ Rep 43.
- Tadic Davası, Prosecutor v Tadic* (Judgment), ICTY-94-1-A (15 July 1999) <<https://www.refworld.org/cases,ICTY,40277f504.html>> Erişim Tarihi 6 Ocak 2021.
- Talmon S, ‘The Responsibility of Outside Powers For Acts of Secessionist Entities’ (2009) 58(3) *International and Comparative Law Quarterly* 493.
- Tams CJ, ‘Law-making in complex processes: The World Court and the modern law of state responsibility’ in Christine Chinkin ve Freya Baetens (edn), *Sovereignty, Statehood and State Responsibility* (Cambridge University Press 2015) 287.
- Tzevelekos VP, ‘Reconstructing the Effective Control Criterion in Extraterritorial Human Rights Breaches: Direct Attribution of Wrongfulness, Due Diligence and Concurrent Responsibility’ (2014) 36(1) *Michigan Journal of International Law* 129.
- Uzun E, *Milletlerarası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Dolayı Devletin Sorumluluğu* (Seçkin 2016).

Seri Tahkim Yargılaması ve Güncel Uygulamaları

Fast-Track Arbitration and its Current Practices

Ayşe Yasemin Aydoğmuş* 

Öz

Tahkim müessesesinin ortaya çıkmasındaki en önemli etkenlerden birisi devlet mahkemelerinde yargılamaların uzun sürmesi ve dolayısıyla yüksek maliyetli olmasıdır. Tahkim objektif uzmanlar tarafından irade serbestisine uygun olarak gerçekleştirilecek bir yargılama imkanı sunmanın yanı sıra daha kısa sürede daha ucuz bir yargılama yürütme imkanını da gündeme getirmiştir. Bu nedenlerle de tahkim yargılaması uzun zamandır ticari uyuşmazlıkların çözümünde önemli rol oynamaktadır. Ancak zaman içerisinde tahkime yönelen yoğun ilgi ve uyuşmazlıkların niteliği neticesinde tahkim yargılamalarının da uzun süreli ve yüksek maliyetli olmaya başladığı gözlemlenmiştir. Bu duruma bir çözüm olarak da daha basit usul kuralları çerçevesinde ve hızlı şekilde yürütülecek seri tahkim yargılaması kavramı ortaya çıkmıştır. Çalışmamızda öncelikle seri tahkim yargılaması kavramı, seri tahkim yargılamasının avantaj ve dezavantajları ele alınacaktır. Seri tahkim yargılamasını tanıtmayı hedefleyen bu bölümün ardından seri tahkim usulünün önem arz eden noktalarının mukayeseli hukukta yer alan düzenlemelerin de dikkate alınarak incelendiği ikinci bölüme geçilecektir. Bu bölümde Avrupa, Amerika ve Asya'da yer alan kurumsal tahkim merkezlerinin seri tahkim yargılamasına bakış açısı ve seri tahkim yargılamasında benimsenmiş olan genel ilkeler kapsamlı şekilde ele alınacaktır. Son bölümde ise seri tahkim yargılamasının tahkim yargılamasına hakim olan gelen ilkelere uygunluğu değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler

Seri Tahkim, Kurumsal Tahkim, Yargılama Süresi, Adil Yargılanma Hakkı, Hukuki Dinlenme Hakkı

Abstract

The long duration of trials before a national court and their high costs are two of the main reasons for the emergence of arbitration. Arbitration helps to conduct shorter and cheaper trials and provides an opportunity for a trial to be conducted by experts according to the will of the parties involved. Therefore, arbitration is extremely important in settling commercial disputes that may last for a long time. However, over time, because of the growing interest regarding arbitration and the nature of the disputes filed before arbitration, trials that undergo arbitration started consuming more time with high costs. To address such a predicament, the concept of fast-track arbitration emerged, having simplified procedures and prompt conduction. Therefore, the first chapter of this study will present an examination of the concept of fast-track arbitration and its advantages and disadvantages. In the second chapter, the researchers will explain the distinctive properties of fast-track arbitration, taking into consideration the regulations in comparative law. Here, the perspective and general principles of fast-track arbitration regulated by arbitration institutions in Europe, America, and Asia will be explained in detail. Finally, the researcher will evaluate the relationship between the general principles of arbitration and the suitability of fast-track arbitration to such principles.

Keywords

Fast-track Arbitration, Institutional Arbitration, Duration of Trial, Right to a Fair Trial, Right to Be Heard

* Sorumlu Yazar: Ayşe Yasemin Aydoğmuş (Dr. Öğr. Üyesi), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: yasemin.aydogmus@istanbul.edu.tr ORCID: 0000-0002-3265-4178

Atf: Aydogmus AY, "Seri Tahkim Yargılaması ve Güncel Uygulamaları" (2021) 41(1) PPIL 287. <https://doi.org/10.26650/ppil.2021.41.1.907483>

Extended Summary

Recently, arbitration has been considered one of the most popular methods for resolving commercial disputes. The reasons for preferring arbitration instead of national courts are impartiality; confidentiality; power of parties' will, speed, low costs, and flexibility; and the quality of the decision. The speed of granting a decision may be one of the most important features among the aforementioned reasons. The time for granting a decision is important in every case; however, in commercial cases, the parties are highly worried about time because of potential financial losses, especially when financial matters are at stake. Arbitration became more popular and developed over time as dissatisfaction about arbitral proceedings increased. In the beginning, the primary problem was the intervention of state courts toward arbitration; however, by developing regulations, the high cost and lengthy procedure of arbitral proceedings emerged to be the foci of dissatisfaction. Surveys conducted among the parties, attorneys, and arbitrators indicate that even if the majority of participants are satisfied with the arbitral award, they identify the cost and lengthy duration as the worst characteristics of arbitration, and the participants suggest that these aspects should be improved. Fast-track arbitration has consequentially emerged because of such a situation. The parties who are willing to bring their case to arbitration courts frequently abstain from arbitration because there are cases where the cost and duration were not worth the outcome. Together with fast-track arbitration and expedited procedures, this predicament can be avoided. Fast proceedings and shortened time for granting arbitral award are main advantages of fast-track arbitration. Expedited proceedings may subsequently lower costs (although this is a highly disputed argument in fast-track arbitration). Another advantage to be considered is the lack of interim measures during a short arbitral proceeding. The necessity to work in a more intense manner, the probability of violating the right to a fair trial and right to be heard, and problems with recognition and enforcement of the arbitral award can be treated as disadvantages.

Today, several arbitration institutions offer expedited procedure rules for *simple* cases that have a determined economic value or for cases where the parties wish to benefit from these rules. Economic value, as determined by such institutions, varies from institution to institution, and the threshold of an institution may also differ. One may suppose that these thresholds are determined as per the general nature of the cases brought to that institution and the general population who is willing to apply there. Arbitration institutions have different exceptions regarding the scope of the rules of proceedings and fast-track arbitration. Hence, the study will examine the main tendencies regarding application for fast-track arbitration. Fast-track arbitration has different forms in practice. An institution may prefer the standard arbitration rules and simplify them, whereas others may prefer drafting specific regulations. Both situations have several commonalities. One of the main characteristics of the fast-track arbitration, as mentioned earlier, is the simplified procedure, such as having

a sole arbitrator; having none or just one hearing; limited statements and witnesses, time for submitting documents and information, and utilization of expert witnesses; and shortened time for granting the award. Certainly, several institutions have similar approaches regarding the main rules; however, there are certain points where they resolve. A number of these rules have been severely argued upon in terms of their suitability to the general principles of arbitration, such as right to a fair trial and right to be heard. More importantly, limitation of submissions and number of witnesses and the fact that arbitration institutions impose the *none or maximum of one hearing* rule can be a real problem in terms of upholding a good proceeding. Here, the balance between a simplified and fast proceeding and a proper proceeding should be maintained. Hence, the study will examine the different rules and regulations regarding fast-track arbitration of several institutions worldwide and highlight the similarities and differences among them.

The last part of the study will examine the suitability of fast-track arbitration to the general principles of arbitration, which will focus on the parties' right to a fair trial, right to be heard, will, and public order.

Seri Tahkim Yargılaması ve Güncel Uygulamaları

I. Giriş

Tahkim uzun yıllardır dünyada ticari uyuşmazlıkların çözümünde kullanılan alternatif bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Ticari işlemlerde tahkimin tercih edilmesinin temelinde öncelikle tahkim yargılamasının tarafsız ve bağımsız olması yatar¹. Halihazırda uluslararası alanda faaliyet gösteren kişiler devlet mahkemelerinin bağlı oldukları devletin sosyal, ekonomik ve siyasi politikası ile bir şekilde bağlı olduklarını; buna karşılık olaraks tahkim yargılamasının bağımsız olduğunu kabul etmektedirler². Ticari hayatın akışı içerisinde tarafların aralarındaki muhtemel uyuşmazlıkların çözümü amacıyla devlet mahkemelerinden kaçınması ve bağımsız çözüm yöntemlerini tercih etmesi hayatın olağan akışına uygundur. İkinci olarak tahkimde irade serbestisinin önemi büyüktür. Tahkimde taraflar hakemlerin sayısı, seçim tarzı, tahkim yeri, tahkim usulüne uygulanacak hukuk, esasa uygulanacak hukuk, tahkim yargılamasının lisanı ve başvurulacak ispat vasıtaları gibi birçok unsur serbestçe belirleyebilirler³. İrade serbestisinin bu denli kapsamlı olması yargılama sürecini mümkün olduğunca kendileri düzenlemek isteyen taraflar için olumlu bir özelliktir. Bu iki önemli hususun haricinde tahkimin diğer avantajları da tahkimde gizliliğin ön planda olması, tahkimin uzmanlık gerektiren konularda daha uygun ve pratik çözümler sunabilmesi, yerel mahkemelere göre daha hızlı hareket edilip, yargılamanın daha hızlı sonlandırılabilmesi⁴ ve bu bağlamda maliyetin devlet mahkemelerine kıyasla daha ucuz olması⁵ ve son olarak da yabancı hakem kararlarının tenfizinin yabancı mahkeme kararlarına göre daha kolay olmasıdır⁶.

Tahkimin olumlu ve olumsuz özelliklerine dair tahkim sürecinde dahil olmuş kişilerin katılımı ile yapılan bir araştırmada⁷, katılımcılar milletlerarası tahkimin

1 Cemal Şanlı, *Uluslararası Ticari Aktillerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (7th edn, Beta 2019) 320, Ziya Akıncı, *Milletlerarası Tahkim* (5th edn, Vedat 2020) 9 - 10.

2 Şanlı (n1) 320, Aysel Çelikel and B. Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk* (16th edn, Beta 2020) 815, Akıncı (n1) 10.

3 Ergin Nomer, *Devletler Hususi Hukuku* (22nd edn, Beta 2017) 554, Çelikel and Erdem (n2) 816, Ergin Nomer, Nuray Ekşi and Günseli Öztekin Gelgel, *Milletlerarası Tahkim Hukuku V:1* (5th edn, Beta 2016) 1, Şanlı (n1) 324-325, Cemal Şanlı, Emre Esen and İnci Ataman Fıganmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk* (8th edn, Beta 2020) 674.

4 Tahkimin en önemli avantajlarından biri olarak ileri sürülen hızlı yargılama imkânı geçmişte devlet mahkemelerinin tahkime müdahalesi nedeniyle engellenmiştir. Bunun üzerine hem Türk hukukunda hem de diğer ülkelerin hukuklarında bahsi geçen müdahaleleri azaltmaya yönelik düzenlemeler yapılmıştır. Türk hukukunda 4686 sayılı ve 21.06.2001 tarihli Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda (RG: 05.07.2001-24453) bu hususta önemli düzenlemeler mevcuttur. Nuray Ekşi, "Milletlerarası Tahkim Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme" (2003) 23 (1-2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 297, 311 vd.

5 Tahkim yargılamasının devlet mahkemelerine göre daha hesaplı olup olmadığı her daim gündeme gelen bir tartışmadır. Bu durumun her bir uyuşmazlık bakımından ayrıca incelenmesi gereklidir. Tahkime konu olan uyuşmazlığın değeri, yargılama süresi, bu süre içerisinde alınan hukuki hizmetler ve yapılan diğer masraflar tahkimin masraf bakımından avantaj sağlayıp sağlamadığını tespit etme önem arz etmektedir. Akıncı (n1) 12. Queen Mary Üniversitesi ile White & Case Hukuk Bürosu tarafından yapılan "2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration" başlıklı araştırmada tahkimde masraflar konusu kapsamlı olarak incelenmiştir. Anılan araştırma için bkz. [http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey---The-Evolution-of-International-Arbitration-\(2\).PDF](http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey---The-Evolution-of-International-Arbitration-(2).PDF) (09.02.2021).

6 Nomer (n3) 554-555, Şanlı (n1) 320-322, Çelikel and Erdem (n2) 815 - 816, Akıncı (n1) 10-11.

7 2018 International Arbitration Survey (n5).

avantajları olarak tahkimde verilen kararların icra kabiliyetini, yerel mahkemelere gidilmesinin önlenmesini, esnek, gizli, tarafsız ve hızlı bir yargılama olmasını dile getirmişlerdir⁸. Buna karşılık olarak ise katılımcılara milletlerarası tahkimin en olumsuz üç özelliği sorulduğunda verilen cevapların başında masraflar gelmektedir⁹. Masraflardan sonra dile getirilen diğer olumsuz özellikler de yargılama esnasında etkin yaptırımların bulunmaması, tahkim ile üçüncü kişilerin üzerinde etki sağlanamaması, yargılama süresi, hakemlerin etkinliğini denetleme imkanı bulunmaması, devlet mahkemelerinin müdahalesidir¹⁰. Görüldüğü üzere, tahkim müessesesi özellikle yabancılik unsuru içeren ticari uyuşmazlıkların çözümünde sıkça başvurulan bir çözüm yöntemi olmakla¹¹ beraber uzun yargılama süreleri ve dolayısıyla yüksek masraflar nedeniyle katılımcılar tarafından çokça eleştirilmektedir. Halbuki medeni usul ekonomisi ilkesinin tahkime yansımaları olarak; tahkim iradesini ortaya koyan tarafların hem yargılama süresinden hem de giderlerden tasarruf etmeyi hedefledikleri kabul edilmektedir¹². Bu nedenle de uluslararası ticari ilişkilerin tarafı olan kişiler ortaya çıkmış ya da çıkması muhtemel olan uyuşmazlıkların çözümü için daha hızlı ve daha hesaplı bir çözüm elde etmek üzere usul bakımından sadeleştirilmiş ve hızlandırılmış bir yönetime ihtiyaç duymuşlardır¹³.

Tahkimde sürelerin önemi her zaman gündeme gelen bir konudur. Doktrinde yargılamaların hızlı olmasının tahkimin avantajlarından biri olduğu ileri sürülmektedir¹⁴. Buna rağmen somut durum ele alındığında tahkim yargılamalarına katılanların yargılama sürelerinden her daim memnun olduklarını kabul etmek mümkün değildir. Queen Mary Üniversitesi ve White & Case Hukuk Bürosu tarafından 2010 yılında yapılan bir araştırmada tahkimde zaman kavramı kapsamlı olarak ele alınmıştır¹⁵. Araştırmanın yargılama sürelerine dair bölümde öncelikle yargılama sürelerinin uzunluğunun nedenleri araştırılmıştır. Katılımcılar sürelerin uzamasının genel olarak tarafların tutumlarından kaynaklandığını, hakem heyetinin oluşturulması, yazılı beyan ve delil sunma süreçlerinin uzun olduğunu dile getirmişlerdir¹⁶. Katılımcılar tahkimde yargılama sürelerinin kısaltılması adına hakemlerin ve tahkim merkezlerinin daha sıkı

8 Katılımcıların %3 gibi çok az bir kısmı ise milletlerarası tahkimde masrafların da bir avantaj olduğunu ileri sürmüştür. Katılımcıların tahkimin avantajlarına dair cevapları için bkz. 2018 International Arbitration Survey 7.

9 2018 International Arbitration Survey (n5) 8.

10 2018 International Arbitration Survey (n5) 8.

11 Katılımcıların %97'si yabancılik unsuru taşıyan uyuşmazlıklar bakımından tercih ettikleri çözüm yönteminin tahkim olduğunu dile getirmişlerdir. 2018 International Arbitration Survey 5.

12 Ejder Yılmaz, "Usul Ekonomisi" (2008) 57 (1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 244–245.

13 "Using Fast Track Arbitration For Resolving Commercial Disputes" (2018) 6 Norton Rose Fulbright Corporate and Commercial Disputes Review 25, Begüm Hande Ertürk, "Milletlerarası Tahkimde Yeni Gelişmeler: Tahkim Yargılaması Süreci ve Masraflarının Azaltılması" (2013) 19 (2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 1596–1597, 1611–1612.

14 Şanlı (n1) 320, Nomer (n3) 554, Çelikel and Erdem (n2) 801–802.

15 Queen Mary Üniversitesi ve White & Case Hukuk Bürosu tarafından 2010 yılında yapılan "2010 International Arbitration Survey: Choices in International Arbitration" başlıklı araştırma için bkz. http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2010_InternationalArbitrationSurveyReport.pdf (11.02.2020).

16 2010 International Arbitration Survey (n15) 32.

kurallar koymasının ve önlemler almasının süreci hızlandırabileceğini ve bu durumun da daha etkin bir uyuşmazlık çözüm mekanizması oluşturmaya yardımcı olacağını belirtmişlerdir¹⁷.

Uygulamada hızlandırılmış tahkime duyulan ihtiyaç çeşitli araştırmalara da yansımıştır. Örneğin Queen Mary ve White & Case Hukuk Bürosu tarafından 2012 yılında yapılan araştırmada¹⁸ katılımcılara doğrudan seri tahkim yargılamasına dair uygulamaları ve tercihleri de sorulmuştur. Araştırmada ortaya çıkan sonuç oldukça şaşırtıcıdır. Zira her ne kadar seri tahkim usulü genel olarak ilk tercih edilen uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak kararlaştırılsa da katılımcıların %95'i seri tahkim yargılamasına hiç katılmadıklarını ya da son derece sınırlı sayıda katıldıklarını dile getirmiştir¹⁹. Seri tahkim yargılamasına dahil olan kişilere katılım şekilleri sorulduğunda ise katılımcıların yarısı taraflar arasındaki tahkim anlaşması uyarınca, %23'ü hızlandırılmış tahkim kurallarının tercih edilmesiyle, %21'i yargılamanın başlangıcında verilen onayla ve kalan %6'sı da tarafların başvurusu üzerine hakem heyetinin karar vermesi üzerine seri tahkim yargılamasına dahil olduklarını dile getirmiştir. Yapılan araştırmada katılımcılara seri tahkim yargılaması tecrübelerine dair görüşleri de sorulmuştur. Katılımcıların %9'u olumsuz görüşte olduklarını iletmelerine rağmen %35 bu tecrübeden olumlu olarak bahsetmiş, büyük bir çoğunluk olarak %40'ı ise tecrübelerinin her bir davaya göre farklılık gösterdiğini dile getirmiştir²⁰.

Özellikle doğası gereği daha karmaşık olan davalar bakımından seri yargılama usulünün riskli olduğunu dile getiren katılımcılar birden fazla davanın ortaya çıkması halinde ilk yargılamada seri tahkim usulünün uygulanmasının sonrakileri tehlikeye atabileceğine dair kanaat bildirmişlerdir²¹. Katılımcıların seri tahkim yargılamasına dair görüş ve eğilimlerinin yanı sıra seri tahkim tecrübelerinden çıkan sonuçların da ortaya konulması önemlidir. Seri tahkim yargılamasının en güçlü özelliklerinden biri sürelerin kısa olmasıdır. Yapılan araştırmada, katılımcılara seri tahkim yargılamasında tarafların kısaltmış sürelerle riayet edip etmediği sorulmuştur. Bu soruya verilen cevap, seri tahkim yargılamasını destekler niteliktedir. Katılımcıların %93'ü genelde sürelerle uyulduğunu dile getirmiştir²². Bu cevap seri tahkim yargılamalarının popülerleşmesi bakımından oldukça önemlidir. Bunun bir yansıması olarak da zaten katılımcıların %65'i ileride seri tahkim yargılamasından faydalanmayı istediklerini dile getirmiştir²³. Katılımcıların genel eğilimi uyuşmazlığın konusu ve miktarını dikkate almak suretiyle

17 2010 International Arbitration Survey (n15) 32.

18 Queen Mary Üniversitesi ve White & Case Hukuk Bürosu tarafından 2012 yılında yapılan "2012 International Arbitration Survey: Current and Preferred Practices in the Arbitral Process" başlıklı araştırma için bkz. http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2012_International_Arbitration_Survey.pdf (11.02.2020).

19 2012 International Arbitration Survey (n18) 10.

20 2012 International Arbitration Survey (n18) 15.

21 2012 International Arbitration Survey (n18) 15.

22 2012 International Arbitration Survey (n18) 15.

23 2012 International Arbitration Survey (18) 10.

seri tahkim yargılamasını tercih etmeye yöneliktir²⁴. Bu örnek üzerinden görölmektedir ki; konu ve uyuşmazlığın kapsamı uygun olduğu sürece seri tahkim usulü uluslararası ticareti aktörleri tarafından tercih edilecek bir sistemdir.

2015 yılında Queen Mary Üniversitesi ve White & Case Hukuk Bürosu tarafından yapılan tahkimin iyileştirmesine dair ortak bir araştırmada tahkimin başlıca olumsuz özellikleri arasında tahkim masrafları ve yargılama süresinin uzunluğu sayılmıştır²⁵. Araştırmacılar ise masraf ve zaman sorununu çözmek adına neler yapılabileceğine dair sorular yönelterek bu konuyu irdelemişlerdir. Araştırmacılar tarafından katılımcılara arbuluculuğun tahkim öncesinde kullanılması, tahkim kurallarından değişiklikler gibi çeşitli seçenekler sunulmuş ve bunların tahkimde masraf ve süreleri azaltma ve bu bağlamda milletlerarası tahkimi iyileştirmeye etkisi incelenmiştir. Araştırmacılar tarafından sunulan önerilerden hiçbiri tam destek almasa da katılımcılar tarafından etkin çare olarak kabul edilenler usuli işlemlerin sıkı tutulması, sürelere uymamanın yaptırımlara yol açması, hakem kararının verilmesine dair süre belirlenmesi gibi sürelerin ve usuli işlemlerin netlik kazanmasına yöneliktir²⁶.

2015 yılında yapılan bu araştırmada da katılımcıların %92'si dava değerinin belirli bir miktarın altında olduğu hallerde sadeleştirilmiş usulün uygulanmasının milletlerarası tahkim açısından faydalı olacağını dile getirmiş, hatta katılımcıların %33'ü belirli bir miktarın altında kalan uyuşmazlıklarda sadeleştirilmiş usulün zorunlu olması gerektiğini belirtmiştir²⁷. Katılımcıların bir kısmı ise, uyuşmazlığın niteliği ve davanın yapısı ile talebe konu olan miktarın her zaman birbirine paralel olmadığını, bu nedenle de miktara bağlı olarak uygulanacak kuralların tespitinin her zaman uygun bir çözüme götürmeyeceğini ileri sürmüştür²⁸.

Seri tahkim usulünün ortaya çıkmasında etkili olan en önemli unsurlardan biri de tahkimde taraflara tanınan irade serbestisi ve esneklik imkanıdır. Seri tahkim yargılamasına dair genel kural, ilgili kurumun belirlediği kuralların haricinde kalan konularda kurumun tahkim kurallarına ve hızlandırılmış yargılamanın ruhuna uygun

24 2012 International Arbitration Survey (18) 15.

25 Queen Mary Üniversitesi ve White & Case Hukuk Bürosu tarafından 2015 yılında yapılan "2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration" araştırması 7 ilhttp://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2015_International_Arbitration_Survey.pdf (11.02.2021).

26 2015 International Arbitration Survey (n25) 25.

27 2015 International Arbitration Survey (n25) 24, 26.

28 2015 International Arbitration Survey (n25) 26.

ve ileride tenfiz edilebilir bir karar elde etmeye yönelik bir yargılama yürütülmesidir²⁹. Bu kural çerçevesinde hakemlere tahkim yargılamasının hızlı ve sadeleştirilmiş şekilde ancak her halükarda sağlıklı yürütülmesi için yetki verilmektedir. Hakemler özellikle kurallarda tek tek sayılmayan, hayatın olağan akışı içerisinde karşılaşılması muhtemel sorunlar karşısında hızlı yargılama hedefine ve tahkim yargılamasına egemen prensiplere sadık kalarak çözümler üretebilirler.

Zaman içerisinde uygulamada duyulan bu ihtiyaç nedeniyle birçok kurumsal tahkim merkezi özel olarak seri tahkim kuralları düzenlemiş³⁰ ya da sadeleştirilmiş/hızlandırılmış tahkim usulü başlığı altında standart tahkim kurallarının seri tahkime uyarlanmasına dair esaslar³¹ tespit etmişlerdir³². Seri tahkim yargılaması özellikle hızlı çözüm gerektiren, hukuki nitelik olarak daha az karmaşık olan sorunların çözümünde etkili olabilecek bir uygulamadır³³. Seri tahkim yargılaması ele alınırken üzerinde durulması gereken önemli bir husus ise bu müessesenin acil durum hakemliğinden farklı olmasıdır. Acil durum hakemliği bir uyuşmazlığın tahkim önünde çözülmesi yönünde irade gösteren tarafların hakem ya da hakemlerin göreve başlamasını bekleyemeyeceği kadar acil durumlarda tarafların ihtiyaç duydukları geçici korumayı sağlamak üzere ortaya çıkmış hukuki bir müessesedir³⁴. Acil durum hakemi, somut olayın gereklilikleri çerçevesinde ihtiyaç duyulan acil önemleri almak ve gerekli geçici korumayı sağlamak adına devreye girebilecek bir mekanizmadır. Halbuki seri tahkim usulü yargılamayı hızlandırmayı ve uyuşmazlığın çözümüne dair nihai kararı kısa

- 29 İstanbul Tahkim Merkezi (ISTAC) Seri Tahkim Kuralları m. 9/2 (ISTAC Seri Tahkim Kuralları için bkz. <https://istac.org.tr/wp-content/uploads/2016/01/İSTANBUL-TAHKİM-MERKEZİ-SERİ-TAHKİM-KURALLARI.pdf> (01.02.2021)), Milletlerarası Tahkim Odası (ICC) Tahkim Kuralları Ek 6 Hızlandırılmış Usul Kuralları m. 5 (ICC Tahkim Kuralları için bkz. <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration/>, ICC Hızlandırılmış Usul Kuralları için bkz. <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/expedited-procedure-provisions/> (01.02.2021)), İstanbul Ticaret Odası Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi (İTOTAM) Tahkim Kuralları Ek 4 Küçük Hukuk Uyuşmazlıklarına İlişkin Tahkim Kuralları m. 4, 10 (İTOTAM Tahkim Kuralları için bkz. https://www.itotam.com/Dosyalar/2021/TAHKİM_2021.pdf (01.02.2021)), Milano Tahkim Merkezi Tahkim Kuralları Ek D Sadeleştirilmiş Tahkim Usulü m. 1/3 (Milano Tahkim Merkezi Tahkim Kuralları için bkz. <https://www.camera-arbitrale.it/upload/documenti/arbitrato/Regolamento%20arbitrale%20CAM-luglio2020.pdf> (01.02.2021)), Stockholm Ticaret Odası Tahkim Enstitüsü (SCC) Hızlandırılmış Tahkim Kuralları m. 2/2 (SCC Hızlandırılmış Tahkim Kuralları için bkz. https://sccinstitute.com/media/1407444/arbitrationrules_eng_2020.pdf (01.02.2021)), International Institute for Conflict Prevention & Resolution (CPR) Kurumsal Seri Tahkim Kuralları m.6/1 (CPR Kurumsal Seri Tahkim Kuralları için bkz. <https://www.cpradr.org/resource-center/rules/arbitration/fast-track-administered-arbitration-rules> (01.02.2021)). CPR tarafından ayrıca kurumsal olmayan seri tahkim yargılamalarına dair kurallar da hazırlanmıştır. İlgili kurallar için bkz. <https://www.cpradr.org/resource-center/rules/arbitration/fast-track-rules-of-procedure> (01.02.2021)).
- 30 Örnek olarak bkz. ISTAC Seri Tahkim Kuralları, Milano Tahkim Merkezi Tahkim Kuralları Ek D Sadeleştirilmiş Tahkim Usulü, CPR Kurumsal Seri Tahkim Kuralları.
- 31 Örnek olarak bkz. ICC Hızlandırılmış Usul Kuralları, The London Court of International Arbitration (LCIA) Tahkim Kuralları https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2020.aspx (01.02.2021), Meksika Tahkim Merkezi Kuralları <https://camex.com.mx/wp/wp-content/uploads/2018/10/reglas-vigentes-espanol-rev.pdf> (10.02.2021), CAM-CCBC Hızlandırılmış Tahkim Kuralları için bkz. <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/ra-46-2021-regulamento-de-arbitragem-expedita/> (21.02.2021).
- 32 Ad hoc tahkimde de seri yargılama usulü uygulanması mümkündür. Elbette burada tarafların seri yargılama yapılması yönünde irade göstermesi gereklidir. Irene Welsler and Christian Klausegger, "Chapter II: The Arbitration and The Arbitration Procedure—Fast track arbitration: Just fast or something different?" (2009) Austrian Arbitration Yearbook on International Arbitration, Klausegger, Klein, Kreamslehner, et al. (ed) 259.
- 33 Joséphine Hage Chahine, "Fast track arbitration: a time-efficient procedure that could hinder the award?", Jus Mundi <https://blog.jusmundi.com/fast-track-arbitration-a-time-efficient-procedure-that-could-hinder-the-award/> (09.02.2021).
- 34 N. Tuğçe Bilgetekin, "Acil Durum Hakemliği", (2016) 36(1) Public and Private International Law Bulletin 35–36, M. Ece Uyanık, *Tahkim Yargılamasında Acil Durum Hakemi* (Seçkin, 2020) 39 - 40.

süre içerisinde temin etmeyi hedefleyen bir müessesedir. İkisinin süratli karar alma gibi ortak bir yönü olsa da çözüm getirmeyi hedefledikleri hususlar, her iki müessese tarafından da verilecek kararların konusu, izlenecek usul ve verilen kararların niteliği itibariyle iki kurumun birbirlerinden farklı oldukları aşıkardır³⁵.

Günümüzde birçok tahkim merkezi seri tahkim kurallarına sahiptir. Bu merkezler belirledikleri kriterler ışığında hangi uyuşmazlıklara ne şekilde sadeleştirilmiş ve hızlandırılmış bir tahkim yargılaması yapılacağını net bir şekilde düzenlemişlerdir³⁶. Kurumsal olarak seri tahkim kurallarına sahip olmayan bazı tahkim merkezleri de kendi tahkim kuralları içerisinde yer alan düzenlemelere dayanarak tahkim yargılamasının sadeleştirilmesine ve özellikle usuli işlemlerin sürelerinin kısaltılmasına olanak sağlamaktadırlar³⁷. Çalışmamızda ilgili düzenlemeler ve uygulamalara yer verilecektir.

II. Seri Tahkim Yargılamasının Avantaj ve Dezavantajları

A. Seri Tahkim Yargılamasının Avantajları

Seri tahkim yargılamasının kuşkusuz en önemli avantajı hızlandırılmış ve sadeleştirilmiş yargılama sonucunda elde edilen kısaltılmış yargılama süresidir. Her ne kadar tahkim yargılamasının devlet mahkemelerine göre daha hesaplı ve daha kısa süreli olması beklenirse de son yıllarda milletlerarası ticari tahkime dair yapılan incelemelerde maalesef bu beklentinin tam anlamıyla karşılanamadığı, yargılama süresinin hedeflenen uzun olduğu ve bu durumun da özellikle taraflarca dışarıdan alınan hukuki hizmetlerin maliyetini arttırdığı bir önceki bölümde görmüştük. Bu durumun tarafları milletlerarası ticari tahkimden uzaklaştırabileceği ya da tahkim öncesi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin öncelikle tercih edilmesine neden olduğu dile getirilebilir³⁸. Dolayısıyla milletlerarası ticari tahkimde uzayan yargılama sürelerinden kaynaklanan rahatsızlık seri tahkim yargılamasının ortaya çıkması ve gelişmesinde etkili olmuştur³⁹. Milletlerarası tahkimde usule uygulanacak hukuk

35 Acil durum hakemliğini yargılamının seri şekilde gerçekleştirildiği tahkim ihtimallerinden biri olarak değerlendiren LCIA açıklaması için bkz. https://www.lcia.org/Frequently_Asked_Questions.aspx#25. (10.02.2021).

36 Bkz. Bölüm III A.

37 Bu bağlamda örneğin LCIA özel olarak seri tahkim kuralları düzenlememiştir. Ancak 2020 itibariyle yürürlükte olan tahkim kuralları içerisinde süreci sadeleştirmeye ve hızlandırmaya yönelik imkanlar mevcuttur. LCIA'nın kendi internet sitesinde yaptığı açıklama uyarınca kendi bünyesinde yürütülecek tahkim yargılamalarının seri halde ilerleyebilmesi için çeşitli imkanlar mevcuttur. LCIA acil durum hakemliğini de seri tahkim imkanlarından biri olarak saymıştır. Her ne kadar bu açıklamada acil durum hakemliğinin yalnızca belirli ve acil bir konuda karar vereceği, uyuşmazlığın tamamı hakkında karar verme yetkisi olmadığı dile getirilmiş olsa da kanaatimizce acil durum hakemliğinin bu başlık altında yer alması uygun değildir. İlgili açıklama için bkz. https://www.lcia.org/Frequently_Asked_Questions.aspx#25. (10.02.2021). Bunlar tarafların anlaşması suretiyle hızlandırılmış usul kurallarının benimsenmesi ve hakem heyetinin hızlandırılmış şekilde düzenlenmesine ilişkindir. LCIA açıklaması ve LCIA Kuralları m.9,14.

38 2018 International Arbitration Survey (n5) 5–6.

39 Welsler and Klausegger (n 32) 260.

konusunda tarafların seçim hakkı olduğu genel bir ilke olarak kabul görmektedir⁴⁰. Bu bağlamda da tarafların tahkimde uygulanacak usul hukuku kurallarını tahkime hakim genel ilkeler çerçevesinde düzenlemesi ya da daha önceden tahkim merkezleri tarafından düzenlenmiş olan seri usul kurallarını tercih etmesi aslen irade serbestisine uygundur. Seri tahkim yargılamasında standart tahkime göre hem süreler kısaltılmıştır hem de yargılama usulü sadeleştirilmiştir. Böylelikle tarafların gereksiz beyan sunmak, olayla doğrudan irtibatlı olmayan tanıklar dinletmek, ek süreler istemek gibi çeşitli taktikler ile yargılamayı uzatması engellenmiştir. Tahkim yargılamasının sadeleştirilmesi ve sürelerin kısaltılması ile birlikte yargılamanın esas konudan ayrılmadan, sadece öze odaklanarak yürütüldüğünü ve bu bağlamda da seri tahkimin avantajlı olduğunu ileri süren bir görüş mevcuttur⁴¹. Bu bağlamda 2018 yılında yapılan bir araştırmaya göre bankacılık ve finans, inşaat ve altyapı, enerji ve teknoloji alanlarda meydana gelen uyuşmazlıkların çözümünde seri tahkim yargılamalarının geliştirilmesi ve yaygınlaşması milletlerarası tahkimin daha uygun bir çözüm yöntemi haline getirecek unsurların başında sayılmıştır⁴².

Seri tahkim yargılamalarının daha kısa sürmesinin ve genel olarak tek hakemli olmasının sağladığı önemli bir avantaj ise yargılamanın standart tahkim yargılamalarına kıyasla daha hesaplı olmasıdır. Bilindiği üzere hakem giderleri, keşif bedelleri, duruşma masrafları ve uzun zaman boyunca dışarıdan alınan hukuki hizmetler tahkim masraflarının temelidir. Sadeleştirilmiş bir usulde, daha az hakemle ve kısa sürede gerçekleşecek yargılamalar taraf masrafları ve ortak giderlerin azaltılmasında önemli katkı sağlayacaktır. Her ne kadar seri yargılamalar esnasında gerek hakem gerekse avukatlar söz konusu yargılamaya odaklanacakları için aslen vakitlerinin çoğunu bu yargılama ile ilgili olarak geçirecek olsalar da; yine de sürelerin, yargılamanın doğası gereği kısaltılması, bazı detayların devre dışı bırakılması ve sadeleştirilmiş usul çerçevesinde masrafların önemli ölçüde azalması muhtemeldir. Seri tahkimin bir diğer avantajı ise, taraf iradesine tanınan serbestinin standart tahkimden daha geniş olmasıdır⁴³. Aslında tahkimde taraf iradesinin rolü genel anlamda çok önemlidir ama seri tahkimin doğasından kaynaklanan yargılamaya uygulanacak usulün sadeleştirilmesi amacı doğrultusunda, hakemlerin beyan ve delil sunma, duruşma yapma gibi çeşitli konularda taraf iradesine doğrudan başvurması ve gösterilen irade uyarınca hızlı karar alması mümkündür. Elbette tarafların standart tahkimde

40 Sibel Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri* (Legal, 2008) 97, Musa Aygül, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim Usulüne Uygulanacak Hukuk ve Deliller* (Oniki Levha, 2014) 47. Milletlerarası Tahkim Kanunu uyarınca taraflar tahkim usulüne uygulanacak kuralları Kanunun emredici hükümleri saklı kalmak kaydıyla serbestçe belirleyebilirler. Milletlerarası Tahkim Kanunu uyarınca tanınan bu serbesti ve uygulamasına dair bkz. Akıncı (n1), 231–232.

41 Welser and Klausegger (n32) 272.

42 2018 International Arbitration Survey (n5) 31. Yatırım tahkimi alanında da International Center for Settlement of Investment Disputes (ICSID) huzurunda gerçekleşecek tahkim yargılamalarında kullanılacak hızlandırılmış yargılama usulüne dair özel düzenlemeler mevcuttur. Sektörün ihtiyaçları ve ICSID yargılamalarının özellikleri dikkate alınarak hazırlanmış olan hızlandırılmış usule dair kurallar için bkz. Burak Terzi, “ICSID Tahkiminde Hızlandırılmış Muhakeme Usulü” (2017) 37 (2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 835–840.

43 Welser and Klausegger (n32) 273.

de uygulanacak usule müdahale etmesi, çeşitli kurallar getirmesi mümkündür ancak genel olarak birçok tahkim merkezinin seri yargılama kurallarında birçok adımda taraf iradesine başvurulmasına dair özel düzenlemeler mevcuttur. Örneğin ISTAC Seri Tahkim Kuralları incelendiğinde aslen seri tahkim yargılamasının tek hakemli olacağını kabul edildiği ancak tarafların aksini kararlaştırmasına imkân tanındığı gözlemlenmektedir⁴⁴. ISTAC seri tahkim usulünde tarafların yargılama süresini uzatma imkânı mevcuttur ancak bu imkânın suni nedenler üretilmek suretiyle kullanılmaması, tarafların bir an önce karar verilmesine dair niyetleri seri tahkim yargılamasının amacına uygundur⁴⁵. Tarafların kendilerine tanınan serbestiyi sadeleştirilmiş bir usulü benimseme ve hızlı hareket etme yönünde kullanması halinde seri tahkim usulünün amacına uygun sonuçlanması muhtemeldir.

Seri tahkim yargılamasının bir diğer önemli avantajı da ihtiyati tedbir ya da haciz kararlarına görece daha az ihtiyaç duyulacak olmasıdır⁴⁶. Zira seri tahkim yargılamasında hedef zaten yargılamayı bir an önce bitirmektir. Uygulamada görüldüğü üzere seri tahkim yargılamalarında azami süre üç ila altı aydır⁴⁷. Bu noktada kısa sürecek yargılama sürecinde geçici tedbirlere başvurulması hem kararın alınması hem de icrasının gerektireceği zaman ve uğraş dikkate alındığında pek de muhtemel değildir.

B. Seri Tahkim Yargılamasının Dezavantajları

Seri tahkim yargılamaları daha hızlı ve dolayısıyla daha hesaplı olmaları nedeniyle tercih edilirken nitelikleri gereği her türlü uyumsuzluk için uygun değildirler⁴⁸. Tahkim anlaşması taraflar arasında uyumsuzluk ortaya çıktıktan sonra akdedilebileceği gibi henüz uyumsuzluk ortaya çıkmadan önce de esas sözleşmeye konulacak bir kayıt ya da ayrıca akdedilecek bir sözleşme ile yapılabilecektir⁴⁹. Ancak bu durumda, yani henüz taraflar arasındaki uyumsuzluk ortaya çıkmadan önce tarafların uyumsuzluğu seri tahkim yargılamasına taşımaya karar vermesi ya da üzerinde anlaştıkları tahkim kurumu kuralları uyarınca uyumsuzluğın seri tahkime tabi olacak olması risklidir. Zira tarafların bu aşamada ortaya çıkacak uyumsuzluğın niteliği hakkında net bilgi sahibi olması

44 ISTAC Seri Tahkim Kuralları madde 3.

45 ISTAC Seri Tahkim Kuralları madde 7.

46 Welser and Klausegger (n32) 273. Buna rağmen seri tahkim yargılamasında ihtiyati tedbir kararı alınmasına dair özel düzenlemeler de mevcuttur. Bkz. SCC Hızlandırılmış Tahkim Kuralları m. 37, 01.01.2020 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiş olan World Intellectual Property Organization (WIPO) Hızlandırılmış Tahkim Kuralları m. 42 <https://www.wipo.int/amc/en/arbitration/expedited-rules/> (20.02.2021).

47 Bkz. Bölüm III C 6.

48 Welser and Klausegger (n32) 274. Diğer taraftan Bazı sektörler için ise özel olarak düzenlenmiş seri tahkim kuralları mevcuttur. Örneğin 1 Temmuz 2015 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiş olan American Arbitration Association (AAA) İnşaat Sektörü Tahkim Kuralları ve Arbuluculuk Usulünde seri yargılama usulüne dair özel düzenlemeler mevcuttur. <https://adr.org/sites/default/files/ConstructionRules-Web.pdf> (23.02.2021).

49 Bu konuda kurumsal tahkim merkezleri ve çeşitli ulusal düzenlemelerin özel düzenlemeleri mevcuttur. Milletlerarası Tahkim Kanunu uyarınca tahkim anlaşmalarının tahkim şartı ya da tahkim sözleşmesi şeklinde yapılması hakkında bkz. Şanlı (n1) 352–353, Akıncı (n1) 126–127.

mümkün değildir. Ortaya çıkacak uyuşmazlığın kapsamı, sunulacak delillerin niteliği, uyuşmazlık bedeli olayı standart ya da seri tahkime taşımada önemli birer kriterdir. Bu nedenle de seri tahkim yargılamasının uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra tercih edilmesi daha makul bir yaklaşım olabilir. Bu bağlamda birçok düzenlemede taraflara standart tahkime başvurma imkanı tanınmış olması önemlidir. Yargılamanın doğasının her türlü uyuşmazlığa uygun olmaması bir dezavantaj olarak nitelendirilebilir.

Seri tahkim yargılamasının bir diğer önemli dezavantajı da taraflardan sadece birinin seri tahkim yargılamasına olumlu yaklaşmaması halinde ortaya çıkar. Seri tahkim yargılamalarının etkin olabilmesi için tarafların da süreci desteklemesi ve birbirleri ile uyumlu olması gereklidir⁵⁰. Doktrinde seri tahkimdeki sıkıştırılmış sürelerle ve sadeleştirilmiş usule uymaya yanaşmayan tarafın ileride yargılama esnasında adil yargılanma hakkına müdahale edildiğini ileri sürebileceği ve bu durumda hakem kararının iptaline ya da tenfiz edilmemesine dahi yol açabileceği ileri sürülmüştür⁵¹. Kanaatimizce bu görüşe karşı en önemli argüman tahkime hâkim olan taraf iradesidir. Tarafların belirli bir uyuşmazlığın çözümünde tahkimi hatta seri yargılama usulünü tercih etmesi tamamen kendilerine kalmış bir karardır. İlerleyen bölümlerde görüleceği üzere, tarafların belirli bir meblağın altında kalan uyuşmazlıklar için seri tahkim usulünü seçmeme ve standart tahkim yoluna gitme ya da tam tersine belirli bir meblağın üzerindeki uyuşmazlıklarda standart yargılama yerine seri tahkim usulüne başvurma iradesi gösterme hakları mevcuttur⁵². Tarafların seri tahkim yargılamasını tercih ederken sürelerin kısalığından ve usuli işlemlerin sadeleştirilmiş olduğundan haberdar olması ya da en azından haberdar olmasının gerektiği kabul edilmelidir. Bu nedenle de kanaatimizce tarafların kendi iradeleri ile seri tahkim usulüne başvurduktan sonra sürelerin kısalığı ya da hızlı hareket edilmesinin adil yargılanma hakkının ihlali anlamına geldiğini ileri sürmesi dürüstlük kuralı ile bağdaşmayacaktır. Özellikle tarafların kurumsal kurallar üzerinde kendi iradeleri ile yapacakları değişiklikler bakımından böyle bir itirazın kabul edilmesi ve buna dayanılarak hakem kararının iptali ya da tenfiz edilmemesi, kanaatimizce taraf iradesine müdahale ve dürüstlük kuralına aykırı hareketin korunması anlamına gelecektir. Kaldı ki Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkında 10 Haziran 1958 Tarihinde New York'ta Yapılan Sözleşmesi⁵³ uyarınca tenfiz edilmesi talep edilen hakem kararlarında adil yargılanma hakkının ihlali nedeniyle tenfizin reddi talep edilirse, bu talebin kabulü için ilgili itirazların tahkim yargılaması sırasında da ileri sürülmüş olması gereklidir⁵⁴. Kurumsal tahkim merkezlerinin tercih edilmesi halinde seri tahkim usulüne tabi

50 Welser and Klausegger (n32) 262.

51 Welser and Klausegger (n32) 275.

52 Bkz. Bölüm III A

53 08.05.1991 tarihli ve 3731 sayılı Kanunla onaylanmış olan (BK Karar Sayısı: 91/2151) Sözleşme 25.09.1991 tarihli ve sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmak suretiyle yürürlüğe girmiştir. New York Sözleşmesi ticari işlerle ilgili olarak verilen yabancı hakem kararlarının tenfizinine ilişkindir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Şanlı (n1) 427-431.

54 Ahmet Cemal Ruhi, *1958 Tarihli New York Sözleşmesi Çerçevesinde Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi* (Oniki Levha, 2019), 90.

olundaysa ve taraflar bu konuda herhangi bir itiraz ileri sürmediyse, bu noktadan sonra yapılabilecek tek inceleme, tahkim yargılamasında ilgili kurallara uygun hareket edilip edilmediğine ilişkindir⁵⁵.

III. Güncel Uygulamalar Işığında Seri Tahkim Yargılamasının Önem Arz Eden Özellikleri

Seri tahkim yargılamalarında standart tahkim usullerinden farklı olan ve seri tahkime özgü olarak düzenlenmiş bazı hususlar bulunmaktadır. Bunlar özellikle seri tahkim kurallarının uygulama alanı ve uygulanacak usule ilişkindir. Bu bölümde seri tahkim yargılamasının önem arz eden özellikleri yerli ve yabancı kurumsal tahkim merkezlerinin düzenlemeleri ışığında ele alınacaktır.

A. Seri Tahkim Usulünün Uygulama Alanı

Seri tahkim yargılaması ile ilgili olarak akla gelen en önemli sorulardan biri hangi uyuşmazlıkların bu usule uygun olup olmadığına dairdir. Seri tahkimin doğasından kaynaklanan sadeleştirilmiş ve hızlandırılmış usule uygun olma kriterinin, uyuşmazlığın konusu ve niteliğinden kaynaklanabileceği düşünülse de, birçok kurum, seri tahkim kurallarının uygulanabilirliğini dava konusu talebin miktarı ile ilişkilendirmiştir⁵⁶. Türk hukukunda ISTAC Seri Tahkim Kuralları m.1’de kuralların uygulama alanı düzenlenirken taleplerin ve varsa karşı davadaki taleplerin tahkim davasının açıldığı tarihteki toplam tutarının 300.000 TL’yi geçmediği uyuşmazlıklarda seri tahkim kurallarının uygulanacağı, taraflarının bunun aksini kararlaştırabileceği belirtilmiştir. Ayrıca 300.000 TL’yi geçen uyuşmazlıklar bakımından da tarafların seri tahkim kurallarının uygulanacağını kararlaştırabileceği açıkça düzenlenmiştir. 14.04.2016 yılından sonra yapılan tahkim anlaşmaları bakımında uygulama alanı bulan İTOTAM Küçük Hukuk Uyuşmazlıklarına İlişkin Tahkim Kurallarında da benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir. Anılan kuralların 1. maddesi uyarınca taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça miktar veya değeri 200.000 TL’yi aşmayan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözüme kavuşturulmasında küçük hukuk uyuşmazlıklarına ilişkin kurallar uygulama alanı bulur.

Yurtdışında yürütülecek seri tahkim yargılamaları bakımından da benzer kurallar mevcuttur. Örneğın 1 Mart 2017 tarihi itibariyle düşük miktartlı uyuşmazlıkların hızlı

55 Şanlı, Esen and Ataman Fıganmeşe (n3), 692.

56 Dava konusu talep miktarından bağımsız düzenlemeler de mevcuttur. Örneğın LCIA düzenlemesi uyarınca tarafların aralarında yapacakları tahkim anlaşması ya da esas sözleşmeye koyacakları tahkim şartında kendilerince belirleyecekleri miktar ve benzeri kriterlere uygun olan ya da herhangi bir şart aranmaksızın tüm uyuşmazlıkların çözümünde kısaltılmış süreler ve sadeleştirilmiş usul kuralları kararlaştırabilirler. https://www.lcia.org/Frequently_Asked_Questions.aspx#25. (10.02.2021). CPR Kurumsal Seri Tahkim Kurallarında da tarafların iradesine etki tanınmış, uygulama alanı tarafların anlaşması ile belirlenmiştir m.1. Kurum tarafından yapılan açıklamalarda tarafların uyuşmazlık ortaya çıkmadan önce ya da sonra belirli bir miktarın altında kalan ya da miktar sınırlaması olmaksızın her türlü uyuşmazlık için CPR kurumsal seri tahkim yargılamasına başvurabilecekleri belirtilmiştir.

şekilde çözümlenebilmesi adına ICC Tahkim Kurallarına hızlandırılmış usul kuralları eklenmiştir⁵⁷. ICC Tahkim Kuralları m. 30 uyarınca hızlandırılmış usul kurallarının uygulanabilmesi için sağlanması gereken şartlar mevcuttur. ICC Tahkim Kuralları Ek 6: Hızlandırılmış Usul Kuralları m. 2 uyarınca ICC huzurunda çözümlenmesi istenilen uyuşmazlığa bahsi geçen kuralların uygulanabilmesi için 1 Mart 2017 ile 1 Ocak 2021 tarihleri arasından imzalanmış olan tahkim anlaşmaları bakımından uyuşmazlık miktarının 2.000.000 ABD Dolarını aşmaması ya da tahkim anlaşmasının 1 Ocak 2021'den sonra imzalanmış olması halinde uyuşmazlık miktarının 3.000.000 Amerikan Dolarını aşmaması gereklidir⁵⁸. Her halükarda tarafların hızlandırılmış usulün uygulanması yönünde ortak karar almaları halinde uyuşmazlık bedeli fark etmeksizin bahsi geçen usulün uygulanması mümkündür⁵⁹. Aynı şekilde ICC kuralları uyarınca seri yargılamaya tabi olması gerekirken tarafların anlaşması üzerine somut uyuşmazlığın standart tahkim usulüne tabi olması da mümkündür⁶⁰.

Bir başka örnek olarak Milano Tahkim Merkezi'ni ele alırsak; 1 Temmuz 2020 itibarıyla yürürlüğe girmiş olan Tahkim Kuralları Ek D'de yer alan Sadeleştirilmiş Tahkim Usulü m. 1 uyarınca anılan kurallar yürürlüğe girdikten yapılacak olan yargılamalarda, dava talebinin 250.000 Euro'yu aşmaması halinde sadeleştirilmiş tahkim usulü uygulanacaktır. Milano Tahkim Merkezi kuralları uyarınca da dava konusu değerden bağımsız olarak tarafların tahkim anlaşmalarında ya da uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra uyuşmazlığın seri tahkim kuralları çerçevesinde çözümlenmesine karar vermesi mümkündür. Bu bağlamda Milano Tahkim Merkezi taraflara geniş bir imkan tanıyarak tarafların ilk dilekçelerin sunulmasına dek seri tahkim kurallarının uygulanmasına karar verebileceklerini düzenlemiştir⁶¹.

Dava konusu talebin miktarı üzerinden seri yargılama kurallarına tabi olurken dikkat edilmesi gereken en önemli hususlardan biri, dava esnasında dava konusu talep ve

57 01.01.2021 itibarıyla yürürlükte olan ICC Tahkim Kurallarında da aynı şekilde hızlandırılmış tahkim kurallarına yer verilmiştir. https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration/#article_30new (13.02.2021).

58 1 Mart 2017 tarihinde hızlandırılmış usul kuralları belirlenirken tespit edilen miktar daha sonra kurumun seri yargılamaya bakış açısı ve uyuşmazlıkların niteliği itibarıyla 1 Ocak 2021 tarihli yeni düzenlemede yukarıya çekilmiştir. Singapur Uluslararası Tahkim Merkezi'nin (SIAC) 6. Edisyon 1 Ağustos 2016 tarihli Tahkim Kuralları'nın 5. maddesinde hızlandırılmış tahkim usulü için belirlenmiş olan miktar 6.000.000 Amerikan Doları'dır. SIAC Tahkim Kuralları m. 5.1.a. SIAC Tahkim Kuralları için bkz. <https://www.siac.org.sg/our-rules/rules/siac-rules-2016> (13.02.2021).

59 ICC Tahkim Kuralları m. 30/2/b. Aynı şekilde bkz. SIAC Tahkim Kuralları m. 5.1.b. AAA'nın uluslararası bölümü ve dünyada önemli uyuşmazlık çözüm merkezi olan International Center for Dispute Resolution (ICDR) da Uluslararası Hızlandırılmış Usul Kurallarının talep ya da karşı talebin faiz ve masraflar hariç kalmak üzere 250.000 ABD Dolarını geçmediği uyuşmazlıklarda ya da taraflarca miktara bakılmaksızın bu kuralların uygulanması yönünde anlaşma yapıldığı hallerde uygulama alanı bulacaktır. ICDR Uluslararası Tahkim Kuralları m. 4. ICDR Uyuşmazlık Çözüm Usulleri, 01.06.2014 tarihi itibarıyla değiştirilmiş ve yürürlüğe girmiş kurallar için bkz. https://www.icdr.org/sites/default/files/document_repository/ICDR_Rules.pdf (23.02.2021). CAM-CCBB'nin 46/2021 tarihli kararı uyarınca 01.02.2021 tarihi itibarıyla yürürlüğe giren hızlandırılmış tahkim usulü de kural olarak anılan karar yürürlüğe girdikten sonra akdedilen tahkim anlaşmalarına konu olan uyuşmazlığın bedelinin 3.000.000 Brezilya Realini aşmaması halinde uygulama alanı bulacaktır. Ancak tarafların hem bedel hem de tahkim anlaşmasının tarihinden bağımsız olarak anılan kuralların somut olaya uygulanması hakkında anlaşması mümkündür. <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/en/noticias-cam-ccbc/novidades-cam-ccbc/cam-news/a-more-agile-arbitration/> (23.02.2021).

60 ICC Tahkim Kuralları m. 30/3/b.

61 Milano Tahkim Merkezi Tahkim Kuralları Ek D Sadeleştirilmiş Tahkim Usulü m. 1/2.

varsa karşı davadaki taleplerin toplamının seri yargılama kuralları için belirlenmiş olan miktarı aşması durumudur. İstanbul Tahkim Merkezi bu duruma bir açıklık getirerek, dava esnasında meydana gelecek artışlar nedeniyle talep konusu miktar ve varsa karşı dava konusu talep miktarının toplamının seri tahkim kuralları için belirlenmiş olan 300.000 TL'yi aşması durumunda da seri tahkim kurallarının uygulanmaya devam edeceği düzenlenmiştir⁶². AAA düzenlemesinde ise kural olarak talep ya da karşı talebin 100.000 ABD Dolarını aşmaması gerektiği ancak taleplerin bu miktarı aşan şekilde değiştirilmesi halinde de ancak tarafların seri yargılama usulüne devam etmek konusunda anlaşmasıyla seri yargılamaya devam edilebileceği düzenlenmiştir⁶³.

Seri tahkim usulünün uygulanmasının dava konusu talepten bağımsız olarak sadece tarafların bu konuda özel talebi olmasına bağılı olduğu haller de vardır. Uygulamada WIPO, SCC ve AIAC gibi kurumlar seri tahkim usulüne başvurmayı uyuşmazlık miktarından bağımsız olarak taraf iradesi ile ilişkilendirmiş; tarafların bu yönde irade göstermeleri halinde her türlü uyuşmazlığın seri yargılamaya tabi olacağını kabul etmiş ve kurallarında herhangi bir maddi sınırlama getirmemiştir⁶⁴.

Çeşitli kurumsal tahkim düzenlemelerinde görüldüğü üzere, seri tahkim kurallarının uygulanmasına esas alınan miktar kriterine getirilen istisnalar mevcuttur. Bunlardan ilki tarafların ortak karar alması suretiyle ortaya çıkan istisnai durumlardır. Daha önce de belirttiğimiz üzere, tarafların ilgili seri tahkim kuralında tespit edilmiş olan miktarın altında kalmasına rağmen seri tahkimi değil standart usulü tercih etmiş olması⁶⁵ ya da aksine kural olarak standart tahkim usulüne tabi olması gerekirken tarafların ortak iradesiyle seri tahkim usulüne tabi olması mümkündür⁶⁶. Bu nokta aslen tahkime hakim olan irade serbestisine uygun bir düzenlemedir. Bir diğer ihtimal ise, kural olarak seri tahkim usulü tercih edilmesi gerekirken taraflardan sadece birinin buna itiraz etmesi halidir. Bu durumda ortaya çıkması muhtemel sorunlar mevcuttur. Örneğin seri tahkim kurallarının uygulanmasını istemeyen tarafın tenfiz aşamasında adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmesi, yargılamada kendisini yeterli kadar savunmadığını, delillerini gereken şekilde sunmadığını dile getirmesi mümkündür. Elbette bu argümanlara tahkim anlaşması yapılırken gerekli özenin gösterilmesi gerektiği, ilgili tahkim merkezi tercih edilirken uyuşmazlığın miktarına göre seri tahkim kurallarının da gündeme gelebileceğinin bilindiği gibi argümanlarla

62 ISTAC Seri Tahkim Kuralları m.1/2. ICDR Uluslararası Hızlandırılmış Usulü m. E-5'te de kural olarak davada talepler ve karşı talepler ileri sürüldükten sonra meydana gelen miktar artışlarının üst sınır olarak tespit edilen 250.000 ABD Dolarını aşması halinde davanın hızlandırılmış usule göre devam edeceği; ancak taraflarca ya da hakem veya idare tarafından bunun aksi yönde karar verilebileceği düzenlenmiştir.

63 AAA İnşaat Sektörü Tahkim Kuralları ve Arabuluculuk Usulün F-1.

64 WIPO Hızlandırılmış Tahkim Kuralları m. 2. 09.03.2018 tarihi itibarıyla yürürlüğe giren Asian International Arbitration Center (AIAC) Seri Tahkim Kuralları m. 1. AIAC Seri Tahkim Kuralları için bkz. https://admin.aiac.world/uploads/ckupload/ckupload_20201211080403_36.pdf (23.03.2021). Benzer şekilde LCIA ve CPR örnekleri için bkz n55.

65 Örnek olarak bkz. ISTAC Seri Tahkim Kuralları m.1/1, ICC Tahkim Kuralları m. 30/3/b, ICDR Uluslararası Tahkim Kuralları m. E-4.

66 Örnek olarak bkz. ISTAC Seri Tahkim Kuralları m. 1/1, ICC Tahkim Kuralları m. 30/2/b.

itiraz edilebilir. Ancak her halükarda kurumsal tahkim merkezlerine somut olayın özelliklerine göre esneklik sağlaması önemlidir.

Tarafların henüz uyuşmazlık ortaya çıkmadan önce öngöremediği hususlar olabilir, söz konusu uyuşmazlığın miktarı belirlenen limitin altında kalmakla beraber karar prestij açısından ya da ileride ortaya çıkması muhtemel uyuşmazlıklar bakımından önem taşıyabilir. Bu nedenlerle de her halükarda miktarın düşüklüğüne bakılmaksızın seri tahkim yargılamasının dışında kalabilmek adına bir imkan tanınmış olması, hem gerekli hem de tahkimde taraf iradesinin etkisi bakımından önemlidir. Zira taraflardan birinin istemediği bir usulün mutlak suretle uygulanacak olması çeşitli olumsuzluklara neden olabilir. Bu gibi durumları önlemek adına uygulamada çeşitli düzenlemelere yer verilmektedir. Örneğin ISTAC huzurunda yapılan yargılamalarda taraflardan birinin talebi üzerine Divan somut olayın özelliklerine göre taleplerin toplam tutarının 300.000 TL'yi geçmediği uyuşmazlıklarda da seri tahkim kurallarının uygulanmamasına karar verebilir⁶⁷. ISTAC uygulamasında tek hakemin seçimi ya da tayininden önce yargılamanın seri tahkim usulüne göre yürütülmesine itiraz eden tarafın tahkim yargılamasının başladığına dair kendisine tebligatın ulaşmasından itibaren 5 gün içerisinde itirazını ISTAC Sekreteryasına sunması gereklidir. Bu itiraz hakkında Divan karar vermekle yetkilidir⁶⁸.

ICC kurallarında da benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir. ICC Tahkim Kuralları m. 30/3/c uyarınca hakem heyeti oluşturulmadan önce taraflardan birinin talebi üzerine ya da tahkim mahkemesi kendiliğinden somut olayın özellikleri nedeniyle hızlandırılmış tahkim usulünün uygulanmamasına karar verebilir⁶⁹. Milano Tahkim Merkezi uygulamasında ise çok daha kolay bir şekilde taraflardan birinin tahkim talebini sunarken ya da tahkim talebine karşılık verirken sadeleştirilmiş tahkim uygulamasından opt-out yöntemi ile vazgeçmesine imkan tanımıştır⁷⁰. Görüldüğü üzere halihazırda, somut uyuşmazlığın niteliği ve olayın kompleks yapısı uyarınca daha kapsamlı bir yargılamaya ihtiyaç duyulması halinde hakemlere uyuşmazlık değeri ile ilgili kurallarda tespit edilen miktarın altında kalsa dahi seri tahkim kurallarını uygulamama imkanı getiren düzenlemeler de mevcuttur⁷¹. Son olarak belirtmek gerekirse; çeşitli tahkim merkezleri hızlandırılmış usulün uygulanmasını miktara ya da tarafların tercihine bırakmaya ek olarak istisnai acil durumlarda da bu usulün uygulanmasına imkan tanımıştır⁷².

67 ISTAC Seri Tahkim Kuralları m.1/3.

68 ISTAC Seri Tahkim Kuralları m.2/3.

69 Aynı kural için bkz. ICC Tahkim Kuralları Ek 6 Hızlandırılmış Usul Kuralları m. 1/4.

70 Milano Tahkim Merkezi Tahkim Kuralları Ek D Sadeleştirilmiş Tahkim Usulü m. 1/1.

71 Milano Tahkim Merkezi Tahkim Kuralları Ek D Sadeleştirilmiş Tahkim Usulü m. 1/4, AAA İnşaat Sektörü Tahkim Kuralları ve Arbuluculuk Usulü F-1

72 SIAC Tahkim Kuralları 5.1.c. 01.11.2018 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiş olan Hong Kong International Arbitration Center (HKIAC) Kurumsal Tahkim Kuralları m. 42.1(c). HKIAC Kurumsal Tahkim Kuralları için bkz. <https://www.hkiac.org/arbitration/rules-practice-notes/administered-arbitration-rules/hkiac-administered-2018-2#42> (23.02.2021).

B. Hakem Sayısı

Seri tahkim usulünde kural olarak tek hakemli yargılama yapılır⁷³. Yargılamanın tek hakemle yürütülmesi hakem seçimi, hakemlerin kendilerine teklif edilen görevi kabul edip etmeme süreci, hakemlerin göreve başlaması ve karar verme sürecini kısaltacağı gibi başta hakem ücreti olmak üzere gerektiğinde yapılacak hakemlerin seyahat ve konaklama masraflarını da azaltmaktadır. Seri tahkim usulünde tek hakemli yargılama yapılması genel olarak kabul edilen bir husus olmakla beraber çeşitli düzenlemelerde yargılamanın birden fazla hakem tarafından yürütülmesine olanak sağlamıştır⁷⁴. Örneğin ISTAC Seri Tahkim Kuralları m. 3 uyarınca taraflarca aksi kararlaştırılmadığı sürece yargılama tek hakem tarafından yürütülecektir⁷⁵. Uyuşmazlığı çözecek olan tek hakem dava dilekçesinin davalıya tebliğinden itibaren 15 gün içerisinde taraflarca beraber seçilir. Tarafların tek hakem üzerinde anlaşamaması halinde hakem Divan tarafından seçilir⁷⁶. Bazı tahkim merkezleri ise seri tahkim yargılamalarında hakem sayısına dair daha katı bir tutum sergilemektedir. Örneğin Milano Tahkim Merkezi tahkim anlaşmasına bakılmaksızın sadeleştirilmiş yargılamaları Divan tarafından atanacak olan tek hakemin yürüteceğini belirtmiştir⁷⁷. Böylelikle tarafların seri tahkim usulünde yargılamayı birden fazla hakemin yürütmesi konusunda anlaşması önlenmiş ve hakem seçimi tahkim merkezine bırakılmıştır.

C. Sadeleştirilmiş Usul

Seri tahkim yargılamasının en önemli özelliklerinden biri, uygulanacak usulün standart tahkim yargılamalarına göre sadeleştirilmiş olmasıdır. Seri tahkimin amacı yargılamayı kısa sürede tamamlamak olduğu için birçok düzenlemede gerek hakemin gerekse tarafların yargılamayı en hızlı ve etkin şekilde yürütmek adına çaba göstereceği açıkça belirtilmiştir⁷⁸. Hakemler davanın dayanağı olan vakıaları tespit edebilmek adına

73 ISTAC Seri Tahkim Kuralları m. 3, İTOTAM Küçük Hukuk Uyuşmazlıklarına İlişkin Tahkim Kuralları m. 5, ICC Tahkim Kuralları Ek 6 Hızlandırılmış Usul Kuralları m.2/1, Milano Tahkim Merkezi Tahkim Kuralları Ek D Sadeleştirilmiş Tahkim Usulü m. 3/1, SCC Hızlandırılmış Tahkim Kuralları m. 17, WIPO Hızlandırılmış Tahkim Kuralları m. 14, ICDR Uluslararası Hızlandırılmış Usul Kuralları m. E-6, CAM-CCBC Hızlandırılmış Tahkim Kuralları m. 2.6.

74 LCIA Kurallarında da hakem heyetinin hızlandırılmış olarak oluşturulmasına dair düzenleme mevcuttur. LCIA Tahkim Kuralları m. 9A uyarınca istisnai acil durumlarda hakem heyetinin ilgili hızlandırılmış şekilde oluşturulması mümkündür. Yine aynı kuralların 9C maddesinde de hakem değiştirilmesi halinde sürecin hızlandırılabilceği düzenlenmiştir.

75 ICC huzurunda yürütülecek seri tahkim yargılamalarında da benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir. Aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça uyuşmazlığın çözümü için tek hakem yetkilendirilecektir. ICC Tahkim Kuralları Ek 6 Hızlandırılmış Usul Kuralları m.2/1. SIAC uygulamasında ise Tahkim Merkezi Başkanı tarafından aksi yönde karar verilmedikçe seri yargılama tek hakim tarafından yürütülecektir. SIAC Tahkim Kuralları m.5.2.b.

76 ISTAC Seri Tahkim Kuralları m. 3/2. ICC huzurundaki yargılamalarda ise tek hakem Sekretarya tarafından tayin edilecek süre içerisinde atanacaktır, belirlenen süre içerisinde hakem atanmaması halinde hakem en kısa süre içerisinde Tahkim Mahkemesi tarafından atanacaktır. ICC Tahkim Kuralları Ek 6 Hızlandırılmış Usul Kuralları m.2/2.

77 Milano Tahkim Merkezi Tahkim Kuralları Ek D Sadeleştirilmiş Tahkim Usulü m. 3/1. Benzer şekilde CPR Kurumsal Seri Tahkim Kuralları m.3/2 uyarınca hakem sayısı taraflarca belirlenebilir. Taraflarca bir anlaşma yapılmadıkça seri tahkim yargılaması tek hakem tarafından yürütülür. Ancak taraflardan yalnızca birinin talebi halinde dahi CPR davanın kapsamı ve değerini dikkate alma suretiyle üç hakem atama yetkisine sahiptir.

78 Milano Tahkim Merkezi Tahkim Kuralları Ek D Sadeleştirilmiş Tahkim Usulü m. 5/1, SCC Hızlandırılmış Tahkim Kuralları m. 2/, 24/2, Alman Tahkim Enstitüsü (DIS) tarafından hazırlanmış olan ve 2018 yılı itibariyle yürürlükte bulunan Tahkim Kuralları m. 2. DIS Tahkim Kuralları için bkz. <https://www.disarb.org/en/tools-for-dis-proceedings/dis-rules> (23.02.2021).

uygun gördükleri tüm yöntemleri kullanabilirler⁷⁹. Bu noktada hakemlerin gerekli gördükleri konularda bilgi ve belge sunulmasını isteyebileceği, duruşma yapabileceği, gerekli görmediği hallerde de usulü sadeleştirebileceği söylenebilir. Hakemlerin usuli işlemleri yaparken çeşitli olanaklardan faydalanması, süreci hızlandırmak adına elektronik tebliğat ve e-posta üzerinden iletişim kurmayı tercih etmesi mümkün hatta yerine göre zorunlu olabilir⁸⁰.

Çeşitli durumlarda tahkimde taraf iradesinin etkisi ile seri yargılama usulünün karşı karşıya gelmesi mümkündür. Tarafların seri usulün ruhuna uygun olmayan, daha kapsamlı ve detaylı usuli işlemler yapılmasına dair talepleri olabilir. Bazı kurumlar bu iradeye etki tanırken bazıları da tarafların bu yönde irade göstermesine olanak sağlamamaktadır. Örneğin SIAC kurallarında hızlandırılmış tahkime dair önemli bir düzenlemeye yer verilerek, tarafların hızlandırılmış usulün uygulanmasına karar vermesi halinde, tahkim anlaşmalarında başka düzenlemeler yer alsa dahi, usulün SIAC Tahkim Kuralları m.5.2’de belirtilen usule uygun olacağı; yani taraflar SIAC huzurunda hızlandırılmış tahkime başvurmadan önce yargılamayı yürütecek hakem sayısı, duruşma sayısı ya da süreler ile ilgili bir düzenleme yapmış olsa dahi ardından SIAC huzurunda seri yargılama yapılması halinde artık tahkim anlaşmasındaki tercihlerinin uygulanmayacağı açıkça belirtilmiştir⁸¹. Ancak SIAC kurallarında yer alan bu düzenleme genele teşmil edilemez. Bu gibi durumlarda başvuru merkezinin seri tahkim usulü ile taraf iradesi arasındaki ilişkiye bakış açısı, merkeze başvurmadan önce, seçim aşamasında incelenmelidir. Zira tarafların kendi iradelerini ön planda tutmak istemesi halinde yargılama usulünde daha esnek davranan kurumları tercih etmeleri gerekir.

Tahkim yargılamalarında usuli işlemlerin sağlıklı şekilde yürütülebilmesi için izlenecek yolu belirlemek adına⁸² çeşitli kurumların kurallarında dava yönetim toplantılarına yer verilmiştir. Genel olarak dava yönetim toplantılarında belge sunma sayısı, vakıa tespitine yönelik işlemler, tanıklar, duruşmaların ne şekilde yapılacağı gibi usule dair konular görüşülmektedir⁸³. Seri yargılamada dava yönetim toplantısının da bir an önce yapılması ve yapılacak usuli işlemlerin derhal tespiti gereklidir⁸⁴. ICC kurallarında dava yönetim toplantısının dosyanın hakeme iletilmesinden itibaren 15 gün içerisinde yapılacağı, bu sürenin ancak hakem tarafından sunulan makul bir

79 ISTAC Seri Tahkim Kuralları m. 5/1.

80 CAM-CCBC Hızlandırılmış Tahkim Kuralları m. 2.5.

81 SIAC Tahkim Kuralları m.5.3.

82 ICC Commission On Arbitration and ADR, Effective Management of Arbitration, A Guide for In-House Counsel and Other Party Representatives, France, 2018, 13 <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/05/effective-management-of-arbitration-icc-guide-english-version.pdf> (14.02.2021).

83 ICC Commission On Arbitration and ADR, Effective Management of Arbitration (n81) 13.

84 DIS Tahkim Kuralları m. 27.4 uyarınca hakem heyeti dava yönetim toplantısında Ek 4’te yer alan hızlandırılmış usul kurallarının somut olaya uygulanabilirliğini taraflarla birlikte değerlendirecektir.

mazerete dayalı talep ya da kendi inisiyatifıyla uzatılabileceği belirtilmiştir⁸⁵. ISTAC yargılamasında ise dava yönetim toplantısından bahsedilmemiş doğrudan usuli zaman çizelgesi düzenlenmiştir. Seri yargılamada hazırlanması gereken çizelge standart yargılamalara göre daha sade ve hızlandırılmıştır. Buna göre uyuşmazlığın çözümünde yetkili tek hakemin belirlenmesinden sonra, hakem 7 gün içerisinde tarafların da görüşlerini almak suretiyle bir usuli zaman çizelgesi hazırlar. Bu çizelge taraflarca başka dilekçelerin sunulup sunulmayacağını, duruşma yapılıp yapılmayacağını ve genel anlamda yargılamanın yürütülmesi için hangi usuli işlemlerin yapılacağını ortaya koymak ve tarafları bilgilendirmek adına önemlidir⁸⁶. Usulde sadeleştirme ise çeşitli noktalarda kendisini gösterir. Bu bölümde seri tahkim yargılamalarında usuli işlemlerde dikkat çeken konular ele alınacaktır.

1. Görev Belgesi

Görev belgesi tahkim yargılamalarında hakemlerin görev ve yetkilerinin kapsamını kesin şekilde ortaya koyan; aynı zamanda yargılamanın hangi iddia ve savunmalar üzerinde yürütüleceğini ve hangi konuların kapsam dışında kalacağını göstermesi ile uygulanacak usule dair bilgi vermesi sebebiyle bir avantaj olarak değerlendirilen hukuki bir belgedir⁸⁷. Görev belgesinde tarafların ve varsa vekillerinin iletişim bilgileri, tebligat adresleri, tarafların iddia ve savunmalarının özetleri, talepler, karara bağlanması istenilen uyuşmazlıkların listesi, tahkim yeri, tahkim dili, uygulanacak usul gibi yargılamaya dair başlıca unsurlar kaleme alınır⁸⁸. Görev belgesinin hazırlanması ve taraflarca herhangi bir itiraz ileri sürülmeksizin imzalanması ile birlikte iki önemli husus ortaya çıkar. Bunlar, hakem kararının iptal edilmesi ve hakem kararının tenfizinin reddi olasılıklarının azalmasıdır⁸⁹. Zira görev belgesinin taraflarca itiraz edilmeksizin onaylanması halinde ilgili mevzuatta yer alan iptal davası sebepleri ya da tenfizin reddi sebepleri büyük ölçüde engellenmiş olacaktır⁹⁰.

85 ICC Tahkim Kuralları Ek 6 Hızlandırılmış Usul Kuralları m.3/3. Bu süre DIS Tahkim Kurallarında 21 gün olarak düzenlenmiştir (m. 27.2). SCC nezdinde yürütülecek seri tahkim yargılamalarında da dava yönetim toplantılarının hızlı ve etkin yürütülmesi adına bizzat toplanmak suretiyle ya da başka şekilde yapılabilecektir. Bizzat toplanma haricinde akla gelen yöntemler telekonferans, çevrimiçi toplantılar ve benzeri yöntemlerdir. Bu toplantı esnasında ya da en geç dosyanın hakeme havale edilmesinden sonra yedi gün içerisinde usuli zaman çizelgesi hazırlanacaktır. SCC Hızlandırılmış Tahkim Kuralları m. 29. Benzer düzenleme için bkz. WIPO Hızlandırılmış Tahkim Kuralları m. 34.

86 ISTAC Seri Tahkim Kuralları m. 4/1. Ayrıca LCIA Kuralları uyarınca yürütülecek yargılamalarda atanmış hakemlerin genel olarak taraflarla iletişim kurduktan sonra uyuşmazlığın çözümünü hızlandırmak adına usuli işlemlere dair çizelgeyi daha kısa sürelerle hızlandırabileceği kabul edilmektedir. https://www.lcia.org/Frequently_Asked_Questions.aspx#25. (10.02.2021).

87 Ziya Akıncı, “Yeni Milletlerarası Tahkim Kanunu ve Görev Belgesi”, Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinlap’e Armağan V:II (Beta, 2003) 967, 980–981, Akıncı (n1), 263, Ekin (Hacıbekiroğlu) Ömeroğlu, “Milletlerarası Tahkim Hukukunda Görev Belgesi”, (2014) 16 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Hakan Pekcanter’e Armağan, 1886–1887, Zetal Narçin Tosun, Milletlerarası Ticaret Odası (ICC) Tahkim Kuralları Uyarınca Görev Belgesi (Yetkin, 2009) 15.

88 ICC Tahkim Kuralları m. 23/1, ISTAC Tahkim Kuralları m. 26/2, Meksika Tahkim Merkezi Kuralları m. 24/1. 1 Ocak 2021 itibarıyla yürürlüğe giren ICC Tahkim Kuralları için bkz. https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration/#article_23 (02.02.2021). ISTAC Tahkim Kuralları için bkz. <https://istac.org.tr/wp-content/uploads/2016/01/İSTANBUL-TAHKİM-MERKEZİ-TAHKİM-KURALLARI.pdf> (02.02.2021).

89 Akıncı (n87) 982–984, (Hacıbekiroğlu) Ömeroğlu (n87) 1905.

90 Örneğin Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 15/A/a uyarınca tahkim anlaşmasının taraflardan birinin ehliyetsiz ya da tahkim anlaşmasının, tarafların anlaşmayı tâbi kıldıkları hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna göre geçersiz olduğunu bir iptal sebebidir. Halbuki görev belgesinin taraflarca itiraz edilmeksizin onaylanması halinde tahkim anlaşmasının geçersizliğinin gündeme gelmesi mümkün değildir. Bu konuda detaylı bilgi hakkında bkz. Akıncı (n1), 280–283, (Hacıbekiroğlu) Ömeroğlu (n87) 1905. ICC tahkiminde görev belgesinin etkilerine dair benzer görüş için bkz. Buğrahan Bican, “Milletlerarası Ticaret Odası Tahkimi, Görev Belgesi ve Usulü” (2015) 29 Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 11 - 12.

Görev belgesi sağladığı avantajlar ve yargılamanın çatısını ortaya koyması bakımından son derece önemli bir unsur olmakla beraber usuli bir işlem olması nedeniyle yargılama süresini de etkiler. Bu nedenle de somut uyuşmazlıkların seri tahkim usulüne tabi şekilde çözümleneceği hallerde görev belgesi hazırlanması gündeme gelmemektedir. İlgili kurallar incelendiğinde görülmektedir ki; seri tahkimde hakemin yargılamaya bir an önce başlaması esastır. Örneğin ISTAC huzurunda gerçekleşen standart tahkim yargılamalarında taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, hakem ya da hakem kurulu, tahkim talebi ve talebe cevap verildikten sonra derhal görev belgesi hazırlar⁹¹. Halbuki ISTAC huzurunda gerçekleştirilecek seri tahkim yargılamalarında davacının dava dilekçesi ve eklerini sekreteryaya sunmasının ardından davalıya cevap dilekçesi ve ekleri sunması için 15 günlük bir süre verilir, ardından da yargılamaya devam edilir⁹². ISTAC seri yargılama usulünde görev belgesi hazırlanmasına dair bir kural yer almamaktadır. Seri tahkimin amacı dikkate alındığında bu yönde bir düzenleme olmaması son derece makuldür. ICC Hızlandırılmış Usul Kuralları uyarınca yürütülecek seri tahkim yargılamalarında ise görev belgesi düzenlenmeyeceği açıkça belirtilmiştir⁹³.

2. Süreler

Seri tahkimde süreler konusu iki açıdan ele alınmalıdır. Bunlar, sürelerin standart tahkime göre kısaltılması ve sürelerin etkisi olarak adlandırılabilir. Seri tahkim usulünün en önemli özelliklerinden biri taraflarca bilgi ve belge sunulması, delil toplanması ve ilgili sair işlemlere dair aşamalarda geçirilecek vaktin makul şekilde sınırlandırılmasıdır⁹⁴. Seri tahkimin süratli şekilde sonuçlandırılması adına kısaltılan sürelere uymamanın yaptırımı da standart tahkimden farklı olabilir. Örneğin Milano Tahkim Merkezi'nin 2020 itibarıyla yürürlüğe giren tahkim kurallarına göre, standart tahkim yargılamalarında bir usuli işlemin yerine getirilmesi için hakem tarafından verilen sürenin sona ermesi, tahkim kurallarında ya da ilgili hakem kararında açıkça hak kaybına neden olacağı belirtilmedikçe hak kaybına neden olmaz, dolayısıyla taraflar bu durumdan olumsuz şekilde etkilenmez, beyanlarını ya da delillerini sunma hakları halen mevcuttur. Hak kaybına neden olan hallerde ise geçerli bir mazeret halinde ya da tarafların anlaşması üzerine süreler uzatılabilir. Ayrıca Tahkim Konseyi, Sekreteryaya ya da hakem heyeti ilgili süreleri süre sona ermeden önce uzatabilir⁹⁵. Milano Tahkim Merkezi nezdinde yapılan seri tahkim yargılamalarında ise, yargılamayı hızlandırmak adına, ilgili hakem kararında aksi belirtilmediği sürece hakem tarafından verilen sürelerin kesin olduğu, süre bitimi ile tarafların artık bilgi ve beyan sunma hakkı

91 ISTAC Tahkim Kuralları m. 26/1.

92 ISTAC Seri Tahkim Kuralları m. 2 vd.

93 ICC Tahkim Kuralları Ek 6 Hızlandırılmış Usul Kuralları m.3/1.

94 Welser and Klausegger (32) 261. Örneğin SCC Hızlandırılmış Tahkim Kuralları m. 30/2 uyarınca yazılı beyanlar 15 işgünü içerisinde sunulacaktır. AAA İnşaat Sektörü Tahkim Kuralları ve Arbuluculuk Usulünde ise bu süre 7 gün olarak daha da kısa belirlenmiştir (F-2).

95 Milano Tahkim Merkezi Tahkim Kuralları m. 7.

kalmadığı düzenlenmiştir⁹⁶. Uygulamada sürelerin sınırlandırılmasında hakemin takdir hakkı olduğu, kendisi tarafından yapılacak değerlendirme neticesinde ve/veya taraflarla görüştüktan sonra beyan ya da delil sunmak için gereken süreleri sınırlandırma yetkisi olduğu görülmektedir⁹⁷. Meksika Tahkim Merkezi de 2009 tarihli Tahkim Kurallarının Sadeleştirilmiş Usul başlıklı 42. Maddesinde, tarafların anılan tahkim kurallarında düzenlenmiş olan süreleri kısaltmak üzere anlaşabilecekleri ve bu anlaşmanın hakem heyeti tarafından onaylanmak suretiyle geçerli olacağı belirtilmiştir. Ancak her hâlükârda Meksika Tahkim Merkezi Genel Sekreterliği'nin taraflarca kısaltılmış olan süreleri başta hakem heyeti olmak üzere ilgili birimlerin yükümlülüklerini yerine getirilebilmeleri için gerekli gördüğü hallerde kendi inisiyatifıyla uzatabileceği düzenlenmiştir⁹⁸.

3. Beyanlar

Tahkimde, devlet yargısında olduğu gibi, taraflar uyuşmazlığa dair iddia ve savunmalarını tam anlamıyla ortaya koyabilmek adına beyanlarını serbestçe sunabilmelidir⁹⁹. Tarafların iddia ve savunmalarını serbestçe dile getirebilecek olmaları sayısal bir serbestlikten ziyade içeriğın serbestliği anlamına gelmektedir. Tarafların beyanlarını uygun şekilde sunabilmeleri için gerekli imkanların tanınması ile beraber sunulacak beyanların sayısal olarak sınırlanması arasında bir çelişki bulunmamaktadır. Bu nedenlerle süratli bir yargılamayı hedefleyen seri tahkim usulünde taraflarca sunulacak beyanlara sınırlama getirilmiştir. Örneğın ISTAC uygulamasında hakemler tarafların görüşleri doğrultusunda usuli zaman çizelgesi hazırlarken tahkim talebi ve talebe cevap dilekçesi haricinde başka dilekçelerin sunulup sunulmayacağına karar verme yetkisine sahiptir¹⁰⁰. ICC huzurunda yapılacak olan seri tahkim yargılamalarında da hakem tayin edildikten sonra, hakem tarafından aksi yönde karar verilmedikçe, tarafların yeni iddialar ileri sürmesi mümkün değildir¹⁰¹. Buna rağmen hakem heyetine usuli işlemlerin yapılmasında takdir hakkı tanınmıştır. Hakem taraflarla görüştüktan sonra, yazılı beyanların sunulmasına, beyan sunma süresine ve hatta beyanların kapsamına dair sınırlama getirebilecektir¹⁰². Milano Tahkim Merkezi'nin sadeleştirilmiş kurallarına uygun olarak yürütülecek yargılamalarda,

96 Milano Tahkim Merkezi Tahkim Kuralları Ek D Sadeleştirilmiş Tahkim Usulü m. 5/6.

97 Milano Tahkim Merkezi Tahkim Kuralları Ek D Sadeleştirilmiş Tahkim Usulü m. 5/1. SIAC Tahkim Kuralları m. 5.2.a uyarınca ilgililer SIAC Tahkim Kurallarında yer alan her türlü süreyi kısaltabilirler. LCIA Kuralları m. 14.6 uyarınca hakem heyeti yargılamayı hızlandırmak adına süreleri kısaltabilir.

98 Aynı kural 2009 tarihinde yürürlüğe giren Meksika Tahkim Merkezi ve Meksika Menkul Kıymetler ve Finans Hukuku Birliği tarafından imzalanmış işbirliği anlaşması kapsamında Arias Mexicó (Uluslararası Teminat Hukuku Birliği Meksika Birimi) tarafından 2010 yılında kabul edilmiş olan tahkim kurallarının 42. maddesinde de yer almaktadır. bkz. <https://camex.com.mx/wp/wp-content/uploads/2017/11/reglas-de-arbitraje-del-cam-adoptadas-por-arias-mexico.pdf> (10.02.2021). SCC Hızlandırılmış Tahkim Kuralları m.4'te de hakem heyetine taraflardan birinin başvurusu üzerine ya da gerek görülmesi halinde kendi inisiyatifıyla süreleri uzatma imkanı tanınmıştır.

99 Yavuz Kaplan, *Millîterarası Tahkimde Usule Aykırılık* (Seçkin, 2002) 132–133.

100 ISTAC Seri Tahkim Kuralları m. 4/1. Benzer yetki için bkz. ICC Tahkim Kuralları Ek 6 Hızlandırılmış Usul Kuralları m.3/4.

101 ICC Tahkim Kuralları Ek 6 Hızlandırılmış Usul Kuralları m.3/2.

102 ICC Tahkim Kuralları Ek 6 Hızlandırılmış Usul Kuralları m.3/3.

hakem tarafından aksi belirtilmedikçe taraflar tahkim talebi ve bu talebe cevap olarak sundukları beyanların haricinde sadece birer tane beyan sunma hakkına sahiptirler¹⁰³. İTOTAM uygulamasında ise taraflara aksini düzenleme imkanı dahi tanınmamıştır. İlgili kuralların 6. maddesi uyarınca, taraflar sadece tahkim talebi ve talebe cevap dilekçesi verebilirler, ayrıca tarafların tüm delilleri de bu dilekçelere eklenmelidir. Taraflarca cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçesi verilemez¹⁰⁴. Görüldüğü üzere, çeşitli kurumlar sunulacak beyan sayısı hakkında farklı düzenlemeleri tercih etmiş, bazıları hakemlerin takdir hakkı çerçevesinde daha esnek düzenlemeler getirmişken bazıları da bu konuda daha katı bir tutum sergilemiştir.

4. Duruşma

Duruşma, bir yargılamanın vazgeçilmez unsurlarındandır. Tahkimde duruşma, tarafların iddia ve savunmalarını sözlü olarak sunabilmeleri ve tanıklar ile varsa bilirkişilerin dinlenebilmesi açısından önemlidir¹⁰⁵. Tahkim yargılamalarında duruşma yapılması zorunlu değildir¹⁰⁶. Standart tahkim yargılamalarında duruşma yapılması diğer birçok konuda olduğu gibi tarafların bu konudaki talepleri ile yakından ilgilidir. Taraflardan talep gelmesi halinde tahkim yargılamasında duruşma yapılmasının adil yargılanma hakkına uygunluk nedeniyle gerekli olduğu kabul edilirken; taraflardan duruşma yapılmasına dair bir talep ileri sürülmemesi ve aksi yönde anlaşma yapılmamış olması halinde dahi hakemin resen duruşma yapmaya karar verebileceği kabul edilmektedir¹⁰⁷. Tahkim yargılamalarında duruşmaların bahsi geçen avantajların yanı sıra çeşitli etkileri de olabilmektedir. Örneğin hakemlerin farklı ülkelerde yaşaması, yargılamanın yapılacağı yerin hakemlerin yaşadığı yerden farklı bir yer olması, tanıkların duruşmaya katılmak için seyahat edecek olması gibi hallerde seyahat ve konaklama giderleri gündeme gelmektedir. Bunun yanı sıra tahkim duruşmasının yapılacağı yere ödenecek ücret, bu yerden alınacak hizmetlerin bedeli de masraf kalemlerini arttırmaktadır. Bu nedenle standart yargılamalarda dahi hem süreci hızlandırmak hem de masrafları azaltmak adına telekonferans sistemleri, çevrimiçi

103 Milano Tahkim Merkezi Tahkim Kuralları Ek D Sadeleştirilmiş Tahkim Usulü m. 5/3. Ayrıca ikinci beyanların sunulması için verilen süre ilk beyanlara göre daha kısadır. Tahkim talebine cevap verme süresi 30 gün iken, cevaba cevap dilekçesi verme süresi 15 gündür. Milano Tahkim Merkezi Tahkim Kuralları Ek D Sadeleştirilmiş Tahkim Usulü m. 2/3. Benzer düzenleme için bkz. SCC Hızlandırılmış Tahkim Kuralları m. 30, DIS Tahkim Kuralları Ek 4 Hızlandırılmış Yargılamalar m. 3. DIS Kurallarında ayrıca karşı dava açılması halinde buna da sadece bir defa yazılı cevap sunulabileceği düzenlenmiştir (m.3).

104 İTOTAM Tahkim Kuralları Ek 4 Küçük Hukuk Uyuşmazlıklarına İlişkin Tahkim Kuralları m. 6.

105 Akıncı (n1) 283, Aygül (n40) 331.

106 Akıncı (n1) 284.

107 Akıncı (n1) 284, Aygül (n40) 333–336.

toplantı uygulamaları gibi imkanlardan faydalanılması akıllara gelmektedir¹⁰⁸. Seri tahkim yargılamalarında bakımından da duruşmalar hem hız hem de masraflar açısından önem arz etmektedir.

Uygulamada seri tahkim usulünde duruşmaların son derece sınırlı sayıda yapılması ya da hiç yapılmaması yönünde düzenlemeler mevcuttur. Gerek ISTAC düzenlemesi gerekse ICC hızlandırılmış usul kuralları uyarınca duruşma yapılması konusunda hakeme takdir hakkı tanımıştır. Hakem, tarafların görüşlerini aldıktan sonra duruşma yapılmasına gerek olmadığına karar verirse, uyuşmazlık hakkında sadece sunulan belgelere dayanarak, duruşma yapmaksızın karar verme hakkına sahiptir¹⁰⁹. Duruşmalara dair uygulamada gözlemlenen bir diğer kural ise süre sınırına yöneliktir. Örneğin İTOTAM kurallarında duruşma yapmak ya da yapmamak konusu hakemin takdirine bırakılırken, duruşma yapılması halinde duruşma süresinin azami 4 saat olacağı düzenlenmiştir¹¹⁰. Milano Tahkim Merkezi ise taraflardan birinin talebi üzerine ya da hakemin inisiyatifıyla delillerin sunulması ve son bir görüşme amacıyla tek bir duruşma yapılabileceğini; hız ve maliyet gerekçeleriyle bu duruşmanın videokonferans, telefon gibi yöntemlerle de yapılmasının mümkün olduğunu kabul etmiştir¹¹¹.

5. Deliller

Yargılamaya taşınmış olan bir uyuşmazlığın çözülebilmesi için yargılamaya konu olan hukuki durumun mevcudiyetini ortaya koymak adına taraflarca çeşitli vakıalar

- 108 Seri tahkim yargılamalarıyla gündeme gelen çevrimiçi duruşmalar günümüzde olağan tahkim yargılamaları bakımından da uygulama alanı bulmaktadır. 2020 yılı itibarıyla ülkemizde ve dünyada önemli etkileri olan pandemi nedeniyle getirilen seyahat kısıtlamaları, sokağa çıkma yasakları, toplantı yasakları ve benzeri sağlık önlemleri nedeniyle birçok tahkim merkezi duruşmaların videokonferans ya da çevrimiçi toplantı sistemleri ile yapılmasına karar vermiştir. Böylelikle mevcut uyuşmazlıkların çözümünün uzamaması, tahkim yargılamalarına sağlıklı biçimde devam edilebilmesine olanak sağlanmıştır. ISTAC uygulaması için bkz. <https://istac.org.tr/uyusmazlik-cozumu/tahkim/istac-cevrimici-durusma-usul-ve-esasleri/> (30.04.2021), ICC uygulaması için bkz. <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/hearing-centre/icc-virtual-hearings/> (23.02.2021), SCC uygulaması için bkz. <https://sccinstitute.com/about-the-scc/information-from-the-scc-relating-to-covid-19/> (23.02.2021), CAM-CCBC uygulaması için bkz. <https://ccbc.org.br/cam-cebc-centro-arbitragem-mediacao/en/ar-39-2020/> (23.02.2021). Pandemi nedeniyle olağan tahkim yargılamalarında da çevrimiçi duruşma ve toplantıların yapılıyor olmasının, seri tahkim yargılamalarında olağan kabul edilen çevrimiçi duruşmalara baktıkça açısını olumlu hale getirdiği söylenebilir. Zira mecburen gelişen bu uygulamalarla uyuşmazlıkların daha pratik ve uygun maliyetle çözüme kavuşturulabileceği gözlemlenmiştir. Dünyada ve ülkemizde mevcut çevrimiçi tahkim yargılamalarına dair örnekler hakkında detaylı bilgi için bkz. Seda Özmumcu, "Dünyada ve Ülkemizde Online Uyuşmazlık Çözümleri Bağlamında Online Tahkim ve Uygulamaları" (2020) 78 (2) 436-451.
- 109 ISTAC Seri Tahkim Kuralları m. 5/2, ICC Tahkim Kuralları Ek 6 Hızlandırılmış Usul Kuralları m.3/5. Benzer düzenlemeler için bkz. SIAC Tahkim Kuralları m.5.2.c, SCC Hızlandırılmış Tahkim Kuralları m.33/1. AAA İnşaat Sektörü Tahkim Kuralları ve Arabuluculuk Usulü F-1 uyarınca hakemler faiz hariç toplam talep tutarının 25.000 ABD Dolarını geçmediği hallerde taraflarca talep edilmedikçe ya da kendisi gerekli görmedikçe duruşma yapmaz. Benzer düzenleme için bkz. WIPO Hızlandırılmış Tahkim Kuralları m. 49. ICDR Uluslararası Hızlandırılmış Usul Kuralları m. E-8 ve E-9 uyarınca hakem gerekli görürse duruşma yapılmasına karar verebilir. Burada hakemin takdir hakkını neye göre kullanacağına dair bir sınırlama getirilmemiştir ancak duruşmaların yüz yüze ya da videokonferans veya benzer yöntemlerle yapılabileceği düzenlenmiştir. DIS uygulamasında da sadece bir duruşma yapılacağı ancak tarafların tek durulmanın da yapılmamasına dair ortak karar alabileceği düzenlenmiştir (m. 4).
- 110 İTOTAM Tahkim Kuralları Ek 4 Küçük Hukuk Uyuşmazlıklarına İlişkin Tahkim Kuralları m. 7. AAA İnşaat Sektörü Tahkim Kuralları ve Arabuluculuk Usulü F-11 uyarınca duruşma süresi bir günü aşamaz. Gereken hallerde süre bir gün daha uzatılabilir. CDR Uluslararası Hızlandırılmış Usul Kuralları m. E-9'da da hakem tarafından aksi belirtilmediği sürece duruşmanın bir gün süreceği belirtilmiştir.
- 111 Milano Tahkim Merkezi Tahkim Kuralları Ek D Sadeleştirilmiş Tahkim Usulü m. 5/5. Benzer şekilde LCIA Kuralları m. 14.6 uyarınca hakem heyeti duruşma dahil olmak üzere yargılamanın sürdürülebilmesi için telekonferans ve sair teknolojik imkanlardan faydalanabilir ve yargılamayı uygun şekilde yürütebildiği müddetçe gerekli diğer önlemleri alabilir. LCIA Tahkim Kuralları için bkz. https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2020.aspx#Article%209 (10.02.2021).

ileri sürülür ve taraflar argümanlarını bu vakıalar yoluyla doğrulamaya çalışırlar. Tarafların argümanlarını desteklemek adına çeşitli vakıalar ortaya koymak suretiyle mahkemede bir kanaat oluşturmaya yönelik işlemlerine de ispat denilmektedir¹¹². Tarafların üzerinde anlaşamadıkları ve somut uyuşmazlığın çözümünde etkili olan hususları ispatlamak için de delillere başvurması gereklidir¹¹³. Bir uyuşmazlığın çözümünde deliller son derece önemlidir. Deliller, tarafların uyuşmazlığa dair iddia ve savunmalarını ispatlamak adına vazgeçilmez birer unsurdur. Delillerin konusu uyuşmazlığın konusu ve savunmanın temelini oluşturan maddi vakılardır¹¹⁴.

Milletlerarası tahkimde hakim olan irade özerkliği deliller bakımından da kendisini göstermektedir¹¹⁵. Seri tahkim yargılamasında dikkat çeken hususlardan biri de delillerin yazılı olarak sunulması ve tanıkların dinlenmesine ilişkindir. Uygulamada tarafların yargılamayı uzatmak adına gereksiz beyanlar sunduğu, uyuşmazlıkla doğrudan irtibatlı olmayan konularda deliller sunup tanıklar dinlettiği, bu şekilde dava dosyasını daha komplike ve çözümsüz hale getirmeyi ve özellikle davacının davasından ekonomik nedenlerle kısmen de olsa vazgeçmesini hedeflediği görülmektedir. Elbette bu durumun haricinde bir uyuşmazlığın çözümünde yan unsurlardan ziyade, uyuşmazlığı sağlıklı şekilde çözüme kavuşturabilmek için gereken esasa ulaşabilmek bakımından da dosyanın gereksiz bilgi ve belgelerle dolu olmaması makul bir yaklaşımdır. Seri tahkim yargılamalarında ise, bu durumun önüne geçmeyi hedefleyen kurumların kurallarında tarafların sunacakları delillerin ve dinletecekleri tanıkların sınırlandırılabilceği düzenlenmiştir¹¹⁶. Uygulamada farklı düzenlemeler mevcuttur. ICC Hızlandırılmış Usul Kuralları uyarınca hakem taraflarla görüştüktan sonra sunulacak delillerin ve dinlenecek tanıkların sayısını sınırlandırma yetkisine sahiptir¹¹⁷. Ayrıca hakem taraflarla görüştüktan sonra tanık ya da uzman kişileri bizzat dinlemeksizin karar verme yetkisine de sahiptir¹¹⁸. SCC ise bu konuda daha esnek davranarak tarafların

112 Baki Kuru and Burak Aydın, *İstinaf Sisteminde Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı* (Seçkin, 2020) 238.

113 Kuru and Aydın (n112), 239.

114 Kuru and Aydın (n112), 239.

115 Ekin Hacıbekiroğlu, *Milletlerarası Tahkim Hukukunda Deliller ve Delillerin Değerlendirilmesi* (Oniki Levha, 2012) 34, Aygül (n40), 134. Milletlerarası tahkimde deliller ve delillerin teminine dair özellik arz eden bir diğer husus ise delillerin istinabe yoluyla elde edilmesidir. Tahkim yeri dışında bulunan deliller doğrudan taraflarca getirilebileceği gibi yabancı mahkemenin istinabe edilmesi yoluyla da elde edilebilir. Musa Aygül, "Milletlerarası Ticari Tahkimde Delillerin Milletlerarası İstinabe Yoluyla Elde Edilmesi ve Karşılaşılabilecek Sorunlar" (2013) 17 (2) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 264. Halihazırda seri yargılama usulüne dair düzenlemelerde bu konuda bir kural getirilmemiştir. Kanaatimizce tahkim yeri dışında bulunan delillerin istinabe yoluyla temini edilmesinin gerekli olduğu hallerde seri yargılama usulünün ruhuna ve amacına uygun hareket edilmesi gereklidir.

116 WIPO Hızlandırılmış Tahkim Kuralları m. 50/b. Keşif konusu genel olarak seri tahkim usulünde ele alınmış bir husus değildir. Ancak ilgili olduğu sektör bakımından gerekli olması itibarıyla AAA İnşaat Sektörü Tahkim Kuralları ve Arabuluculuk Usulünde bu konuya değinilmiştir. F-9 uyarınca kural olarak seri usule uygun yapılacak yargılamalarda keşif yapılmayacaktır. Seri tahkim yargılamalarında ispat hakkının sınırlandırılmasına dair eleştiriler ileri sürülebilir de unutulmamalıdır ki; her türlü yargılama bakımından ispat hakkının başta ilgili süre ve usule uygun olarak kullanılması gibi çeşitli sınırları mevcuttur. Cemile Demir Gökyayla, "Milletlerarası Tahkimde İspat Hakkı ve Sınırlarına Uygulanacak Hukuk (2020) 40 (2) Public ve Private International Law Bulletin 740 vd. Seri tahkim yargılamalarında getirilen özel sınırlamaların temel hak ve özgürlükler ile uygulanacak hukuka uygun olması halinde bu sınırlamaların makul kabul edilmesi gereklidir.

117 ICC Tahkim Kuralları Ek 6 Hızlandırılmış Usul Kuralları m. 3/4. LCIA Kuralları m. 14.6 uyarınca hakem heyeti yargılamayı hızlandırmak adına tanıkların yazılı ve sözlü ifade vermesini sınırlandırabilir.

118 ICC Tahkim Kuralları Ek 6 Hızlandırılmış Usul Kuralları m.3/5.

iddialarını destekleyen tanıkların ve uzmanların dinlenmesinin mümkün olduğunu belirterek süreci hızlandırmak adına tanıklar ve taraflarca başvurulmuş uzmanların ifadelerinin yazılı olarak da dosyaya sunulabileceğini kabul etmiştir¹¹⁹. Bu konuda kurumlar arasında farklılıklar olmakla beraber esas olan hakemin süreci hızlandırmaya yönelik takdir hakkına sahip olması ve delil sunulmasına makul şekilde sınırlama getirme olanağıdır.

6. Karar

Tahkim yargılamasının hızlandırılmasına yönelik tüm bu çabaların tek bir ortak hedefi vardır. Bu hedef en kısa sürede uyuşmazlığın sağlıklı bir şekilde sonuçlandırılmasıdır. Bu amacı sağlamak adına seri yargılamaya dair tüm düzenlemelerde yargılama süresine dair kurallar mevcuttur. Bu kurallar hakem kararının tesis edilebileceği azami sürenin tespitine yöneliktir¹²⁰. Uygulamada tahkim süresinin 3 ila 6 ay arasında düzenlendiği görülmektedir¹²¹. ISTAC seri tahkim kurallarında yargılama süresi ile kararın verilmesine dair iki süre düzenlenmiştir. Buna göre ISTAC huzurunda yapılacak seri tahkim yargılamalarında tahkim süresi dosyanın hakeme havale edilmesinden itibaren 3 ay olarak belirlenmiştir¹²². Ancak bu duruma bir istisna getirilerek sürenin tarafların anlaşmasıyla ya da gerekli durumlarda taraflardan birinin veya tek hakemin müracaatı üzerine Divan tarafından uzatılabileceği belirtilmiştir¹²³. Her halükarda ISTAC huzurunda yapılan bir seri tahkim yargılamasında hakem son dilekçenin sunulması ya da duruşma yapılması halinde duruşmanın yapıldığı tarihten hangisi daha sonra ise, daha sonra yapılan işlem tarihinden itibaren en geç 1 ay içerisinde uyuşmazlığın esasına dair karar vermelidir¹²⁴. ICC tarafından belirlenen kurallarda

119 SCC Hızlandırılmış Tahkim Kuralları m. 34.

120 Seri tahkimin en önemli avantajlarından biri hem taraflara beyan ve delil sunmak hem de hakeme kararın hazırlanması için verilen sürelerin kısaltılmış olmasıdır. Welsch and Klausegger (n32) 261.

121 CPR tarafından hazırlanan seri yargılama kurallarına dair şerh'te de bahsi geçen kuralların süratli bir yargılama elde etme amacıyla hazırlandığı, hedeflenen sürenin 90 ila 180 gün arasında olduğu, taraflarca herhangi özel bir anlaşma yapılmaması halinde olağan sürenin 90 gün ile sınırlı olduğu belirtilmiştir. Şerh için bkz. <https://www.cpradr.org/resource-center/rules/arbitration/fast-track-administered-arbitration-rules> (23.02.2021). CAM-CCBC Kurallarında bu süre görev belgesinin hazırlanmasından itibaren 10 aydır (m. 2.15). Uygulamada genel olarak yargılamanın tamamına dair bir süre sınırlaması getirilmemişken, AAA'nın inşaat sektörüne dair özel düzenlemesinde ilk telefonkerans ile duruşma arasında azami 45 gün olacağı, kararın duruşmanın bitişinden itibaren 14 gün içerisinde hazırlanacağı şeklinde kurullarla her bir adımı kontrol etmeye yönelik bir sistem kurulmuştur (F-12, F-13). Benzer şekilde ICDR Uluslararası Hızlandırılmış Usul Kuralları m. E-10 uyarınca karar aksi yönde karar ya da özel bir düzenleme bulunmadıkça yargılamanın sona ermesinden ya da son yazılı beyandan sonra otuz gün içerisinde verilecektir.

122 ISTAC Seri Tahkim Kuralları m. 7. WIPO Hızlandırılmış Tahkim Kuralları m. 58/a,c uyarınca da hakem cevap dilekçesinin sunulması ya da hakemin tespitinden hangisi daha geç tarihte olduysa bu tarih esas alınarak en geç üç ay içerisinde yargılamaya son verilmeli ve ardından bir ay geçmeyecek makul bir süre içerisinde karar verilmelidir. Bu sürenin uzaması halinde taraflar ve WIPO Merkezi konu hakkında bilgilendirilmelidir.

123 ISTAC Seri Tahkim Kuralları m. 7. Benzer şekilde İTOTAM Tahkim Kuralları Ek 4 Küçük Hukuk Uyuşmazlıklarına İlişkin Tahkim Kuralları m. 9'da da kararın hakem atanmasından itibaren üç ay içerisinde verileceği, bu sürenin ancak haklı sebeplerin varlığı halinde Divan tarafından uzatılabileceği düzenlenmiştir. Benzer düzenleme için bkz. Milano Tahkim Merkezi Tahkim Kuralları Ek D Sadeleştirilmiş Tahkim Usulü m. 6.

124 ISTAC Seri Tahkim Kuralları m. 8.

bu süre dava yönetim toplantısından itibaren 6 aydır¹²⁵. Ayrıca hızlandırılmış usul kurallarından standart usule yapılan atıf uyarınca standart tahkim kurallarındaki tahkim mahkemesinin kendi inisiyatifi ya da hakemin gerekçeli talebi üzerine süre uzatma imkanında da faydalanılması mümkündür¹²⁶.

Kanaatimizce kurum tarafından hazırlanan düzenlemede tahkim süresini uzatmaya yönelik bir imkan tanınması hem gerekli hem de tahkimin özüne uygun bir düzenlemedir. Önceki bölümlerde de belirttiğimiz üzere, tarafların seri tahkim yargılaması üzerinde anlaşırken ya da bu konuda özel olarak bir anlaşma yapmasalar da tahkim yöntemiyle çözülmesini istedikleri uyuşmazlığın miktarı nedeniyle seri yargılamaya tabi olması halinde tahkim iradelerini ortaya koyarken uyuşmazlığın kapsamını öngörememesi veya yapılacak seri yargılamanın süre sınırını bilmemesi ya da çeşitli nedenlerle dosyaya bilgi ve belge sunmada gecikmeleri mümkündür. Bu gibi nedenlerle yargılamanın ilgili süre içerisinde sağlıklı şekilde sona erdirilmesi mümkün olmayabilir. Seri yargılamanın kısa sürmesi nedeniyle herhangi bir mağduriyete yol açılmaması adına böyle bir imkan tanınması yerindedir.

Mahkemenin oluşturulmasından itibaren altı ay içerisinde karar verilmesine yönelik düzenlemeye sahip olan SIAC ise hızlandırılmış usulde karara dair bir diğer önemli hususu ele almıştır. SIAC uygulamasında hızlandırılmış yargılamaya tabi olduğunda hakem taraflarca kararda gerekçe belirtilmesine gerek olduğuna dair karar alınmadıkça, gerekçeleri özet olarak ortaya koymakla yükümlüdür¹²⁷. Bu düzenleme kararın yazılması ve yargılamanın sonlandırılması bakımından hız kazandıracak önemli bir kuraldır. Burada akıllara gelebilecek tek sorun, yabancı hakem kararının özet gerekçeye sahip olması nedeniyle tenfiz aşamasında ileri sürülebilecek itirazlardır. Gerekçe, hakem mahkemesi tarafından verilen kararın hukuki nedenlerini, hakem değerlendirmelerini ortaya koyan bir bölüm olmakla beraber, tarafların ileri sürdükleri tüm iddia ve savunmaların incelenip incelenmediğini, tarafların savunma haklarına riayet edilip edilmediğini ortaya koymak adına önemlidir. Hakem kararının gerekçesi tanıma ya da tenfiz işlemi esnasında hakim tarafından yapılacak tetkiki kolaylaştırır¹²⁸. Ancak gerekçenin hiç olmaması ya da olağandan kısa olmasının tanıma ya da tenfiz bakımından engel teşkil edip etmeyeceği ise kanaatimizce tartışmalıdır. Burada gerekçesiz ya da kısa gerekçeli kararların kamu düzenine aykırılık teşkil edip etmediği üzerinde durulmalıdır. Doktrinde taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça gerekçesiz hakem kararı verilebileceği ve bu hususun kararın geçerliliğini etkilemeyeceği; ancak mahkeme

125 ICC Tahkim Kuralları Ek 6 Hızlandırılmış Usul Kuralları m.4/1. Aynı şekilde bkz. DIS Tahkim Kuralları 4 Hızlandırılmış Yargılamalar m. 1. Süre aşımı halinde hakem heyetinin yetkisi sona ermez ancak gerekli bildirimler yapıldıktan sonra hakem en kısa süre içerisinde kararını vermek zorundadır (m.5). SCC Hızlandırılmış Tahkim Kuralları m. 43'te öngörülen altı aylık süre davanın hakeme havale edilmesinden itibaren başlar ve gerekçeli hakem talebi üzerine ya da gerek görüldüğü hallerde Divan tarafından uzatılabilir.

126 ICC Tahkim Kuralları m. 31/2.

127 SIAC Tahkim Kuralları m.5.2.d,e. Benzer düzenleme için bkz. HKIAC m. 42.2(g).

128 Kaplan (n99), 158.

huzurunda kamu düzeni müdahalesi ile karşılaşılabilceği ileri sürülmüştür¹²⁹. Bu konu 2012 yılında verilen Yargıtay İtihadı Birleştirme Kurulu kararı ile sonlandırılmış ve yabancı mahkeme kararlarının tenfizinde kararın gerekçesiz oluşunun tek başına tenfizin reddine sebep olamayacağına karar verilmiştir¹³⁰. Çalışmamızın seri yargılama usulünün tenfiz şartları bakımından incelendiği bölümde bu konu kapsamlı olarak ele alınacaktır¹³¹.

IV. Seri Tahkim Usulünün Tahkim Yargılamalarına Hakim Esaslar Kapsamında Değerlendirilmesi

Seri tahkim yargılamalarının yaygınlaşması ile birlikte bu yargılamaların tahkim yargılamalarına hakim olan temel ilkelere uygunluğu hususu akıllara gelmiştir. Kanaatimize bu inceleme yapılmadan önce üzerinde durulması gereken nokta, seri tahkim yargılamalarının aslen birer tahkim yargılaması olduğudur. Seri tahkim genel anlamda standart tahkimden farklı değerildir. Bu bağlamda, tarafların ortak iradeleri ile başvurdukları alternatif bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olduğu aşıkardır. Seri tahkimin standart tahkimden farkı, yargılamaların daha süratli gerçekleştirilebilmesi adına alınan bazı önlemler ve getirilen çeşitli kısıtlamalardır. Bu farklılıklara rağmen seri tahkim yargılamalarında tıpkı standart tahkimde olduğu gibi yargılama hukukuna hakim olan temel ilkelere uygun hareket edilmesi gereklidir¹³². Çalışmamızın bu bölümünde seri tahkim usulünün kendine has özellikleri, tahkim yargılamasına hakim olan adil yargılanma hakkı ve irade serbestisi kapsamında değerlendirilecek, ardında da bu özelliklerin tenfiz şartlarına uygunluğu ele alınacaktır.

A. Seri Tahkim Usulünün Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde Değerlendirilmesi

Adil yargılanma hakkı Anayasa¹³³ m. 36'da¹³⁴ ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)¹³⁵ m.

129 Kaplan (n99), 159.

130 Yargıtay İtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 2010/1 E., 2012/1 K. Sayılı ve 10.02.2012 tarihli kararı (RG: 10.09.2012-28417).

131 Bkz. Bölüm IV C 3.

132 Welsler and Klaussegger (n32) 263.

133 2709 sayılı ve 18.10.1092 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (RG: 09.11.1982-17863).

134 Anayasa m. 36: "*Herkes, meşrú vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.*

Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmaz."

135 Türkiye tarafından 04.11.1950 tarihinde imzalanan "İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesi" 10.03.1954 tarihli ve 6366 sayılı İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesi ve Buna Ek Protokolün Tasdiki Hakkında Kanun ile onaylanıp yürürlüğe girmiştir (RG: 19.03.1954-8662).

6’da¹³⁶ düzenlenmiştir. Buna göre herkes, meşru yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak adil yargılanma hakkına sahiptir. Adil yargılanma hakkı temel hak ve özgürlüklerin başından gelmekle beraber; içerisinde yargılamaya başvuru aşamasından yargılama sürecinin yürütülmesi ve sonlandırılmasına kadar gerek taraflara gerekse yargı merci ve sürece dair çeşitli unsurlar barındıran son derece kapsamlı bir haktır¹³⁷. Tüm bu unsurların çalışmamız bakımından incelenmesine gerek yoktur. Çalışmamızın konusu olan seri tahkim yargılamalarında süratli ve bu bağlamda uygun maliyetli yargılamalar yaparken aynı zamanda da temel hak ve özgürlüklere ve özellikle adil yargılanma hakkına uygun kararlar temin edilebilmesi için dikkat edilmesi gereken hususlar belirlidir.

Seri yargılama usulünde özellik arz eden husus sadeleştirilmiş usul olduğundan; özellikle sunulacak beyan ve delillerin sınırlandırılması, sürelerin kısaltılması ve yargılamanın duruşmasız yapılabilmesi adil yargılanma hakkı bakımından incelenmelidir. Bu bağlamda bizim açımızda önem arz eden unsur adil yargılanma hakkının temelini oluşturan hakkaniyete uygun yargılanma hakkıdır¹³⁸. Hakkaniyete uygun bir yargılama yapılabilmesi için de tarafların arasında eşitliğin sağlanması

136 AİHS m. 6: “1. 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 aleni 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 kapatılabilir.

2. Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar masum sayılır.

3. Bir suç ile itham edilen herkes aşağıdaki asgari haklara sahiptir:

a) Kendisine karşı yöneltilen suçlamanın niteliği ve sebebinden en kısa sürede, anladığı bir dille ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek;

b) Savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olmak;

c) Kendisini bizzat savunmak veya seçeceği bir müdafinin yardımından yararlanmak; eğer avukat tutmak için gerekli maddi olanaklardan yoksun ise ve adaletin yerine gelmesi için gerekli görülüyorsa, resen atanacak bir avukatın yardımından ücretsiz olarak yararlanabilmek;

d) İddia tanıklarını sorguya çekmek veya çekirtmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında davet edilmelerinin ve dinlenmelerinin sağlanmasını istemek;

e) Mahkemede kullanılan dili anlamadığı veya konuşmadığı takdirde bir tercümanın yardımından ücretsiz olarak yararlanmak.”

137 Adil yargılanma hakkı temel olarak kanuni, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, makul sürede, aleni şekilde, hakkaniyete uygun bir yargılama yapılmasını güvence altına almaktadır. Ali Cem Budak and Varol Karaaslan, Medeni Usul Hukuku (2nd edn., Adalet, 2018) 68, Hakan Pekcanitez, “Hukuki Dinlenme Hakkı” Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan (Dokuz Eylül Üniversitesi, 2000) 760, L. Şanal Görgün, Levent Börü, Barış Toraman and Mehmet Kodakoğlu, Medeni Usul Hukuku (8th edn., Yetkin, 2019) 353–355, Ferda Nur Güvenalp, Milletlerarası Tahkimde İddia ve Savunma Hakkının İhlali (Oniki Levha, 2018), 109. Adil yargılanma hakkının medeni hukuk yönü ile ilgili olarak hazırlanmış olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. Maddesine İlişkin Rehber’de hakkın medeni haklar ve yükümlülükler ile ilgili tüm yönleri kapsamlı olarak ele alınmıştır. 31.08.2019 tarihinde güncellenen rehber için bkz. https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_TUR.pdf (01.03.2021).

138 Budak and Karaaslan (n137) 68, Görgün, Börü, Toraman and Kodakoğlu (n137) 354, Sezin Aktepe Artık, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı (Seçkin 2014) 338.

ve hukuki dinlenilme hakkına¹³⁹ saygı gösterilmesi gereklidir¹⁴⁰. Seri tahkim yargılamalarında adil yargılanma ve özellikle hakkaniyete uygun yargılanma hakkı kapsamında ele alınması gereken unsurları somutlaştırırsak tarafların eşitliğini, tarafların yargılamaya usulüne uygun davet edilmesini, tarafların dosya içeriğinden, sunulan bilgi ve belgelerden haberdar edilmesini, taraflara iddia ve savunmalarını sunma imkanı tanınmasını, tarafların iddia ve savunmalarını desteklemek adına delil sunma imkanına sahip olmasını, ileri sürülen iddia ve savunmaların hakem ya da hakemlerce tam olarak değerlendirilmesini ele almamız gereklidir.

Tahkim yargılamasında hakem ya da hakemler yargılama boyunca taraflara eşit şekilde davranmakla yükümlüdür¹⁴¹. Eşitlik ilkesi hem tarafların dosyadaki bilgi ve belgelere eşit erişimi anlamına gelmekte hem de usuli işlemlerde taraflara eşit fırsat verilmesini gerektirmektedir¹⁴². Taraflara eşit davranma yükümlülüğü onlara iddia ve savunmalarını ortaya koyabilmek için ellerinde bulunan her türlü hukuki imkanı eşit şekilde ortaya koyma olanağı sağlamak anlamına gelmektedir¹⁴³. Bu bağlamda usuli işlemlerde eşitlik delil sunmada eşitliği de kapsamaktadır¹⁴⁴. Tahkim yargılamalarında tarafların eşitliği konusu doktrinde tartışmalıdır. Bir görüş eşitliğin sayısal eşitlik anlamına geldiğini, bir tarafa verilen imkanın diğer tarafa da aynen verilmesi gerektiğini ileri sürerken¹⁴⁵ bir diğer görüş taraflara tanınan hakların içeriği bakımından eşitlik yani bir nevi denklikten bahsetmektedir¹⁴⁶. Kanaatimizce burada önemli olarak taraflara iddia ve savunmalarını sunup bunları delillerle desteklerken eşit şekilde davranılmasıdır. Burada sayısal bir eşitlikten ziyade taraflara eşit imkan tanınması gerektiği kabul edilmelidir¹⁴⁷.

Hızlandırılmış yargılama usulünde bir tarafın sayısal anlamda daha fazla beyan ya da delil sunmasından ziyade süratli yargılama nedeniyle iddia ya da savunmasını dile getirip getiremediğine ya da bunları delillendirip delillendiremediğine bakılması önemlidir. Tarafların süratli yargılama yapılacak olması nedeniyle farklı muameleye maruz kalması ve eşit imkanlara sahip olamaması eşitliği bozar. Ancak kanaatimizce

139 Hukuki dinlenilme hakkı kendi içerisinde tarafın kendisi aleyhine başlatılmış yargılama hakkında bilgi sahibi olması hakkı, iddia ve savunmaların yapılabilmesi için tarafların kendilerini açıklama hakkı ve mahkemeye dikkate alınma hakkı olmak üzere üç unsurdan oluşur. Budak and Karaaslan (n137) 70 - 71, Pekcanitez (n137) 769-788, Görgün, Börü, Toramand and Kodakoğlu (n137) 355, Aktepe Artık (n138) 373. Hukuki dinlenilme hakkının adil yargılanma hakkının vazgeçilmez bir unsuru olduğuna dair bkz. Muhammet Özekes, Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı (Yetkin, 2003) 56, Demir Gökyayla (n116) 739.

140 Özekes (n139) 58, Görgün, Börü, Toramand and Kodakoğlu (n137) 354, Aktepe Artık (n138) 338-341.

141 Kaplan (n99) 128.

142 Aktepe Artık (n138) 341 vd.

143 Kaplan (n99) 128.

144 Hacıbekiroğlu (n115) 47.

145 Kaplan (n99),129, Güvenalp (n137) 114.

146 Aygül (n40) 116, Akıncı (n1), 234.

147 Aygül (n40), 116, Akıncı (n1), 234. Aslen doktrinde sayısal eşitliği savunan görüşteki yazarlardan biri de eşitliğin benzer durumdakilere benzer usul kuralları uygulanması anlamına geldiğini vurgulayarak sayısal eşitlik ile denkliği sağlamaya yönelik bir fikri ileri sürmüştür. Bkz. Güvenalp (n137) 114.

bir tahkim kurumunun seri tahkim kurallarında hakem tarafından verilecek sürelerin kesin olduğu, kendisine tanınan süre içerisinde beyan ya da delil sunmayan tarafının geçerli bir mazereti olmaması halinde kendisine ek süre tanınmayacağına dair bir kural yer alması ve bu düzenlemeye göre yürütülen bir yargılamada taraflardan birinin süresinde beyan ya da delil sunmaması nedeniyle iddia ya da savunmasını istediği şekilde yapamadığını ileri sürmesi eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmamaktadır. Somut örneğe bakıldığında, taraflara tanınan haklar bakımından bir eşitsizlik mevcut değildir. Süreler ve sürelerle uyulmamasının yaptırımı aynıdır. Taraflara iddia ve savunmalarını dile getirme ve ispatlama bakımından eşit davranılması, eşitlik ilkesinin sağlanması bakımından yeterlidir. Diğer tarafların savunma hakkına yönelik sınırlamaların eşitlik ilkesine uygun olabilmesi için her iki taraf bakımından da eşit etkiler yaratacak, eşitliğe uygun sınırlamalar olması gereklidir.

Eşitlik ilkesi gözetilmeksizin yapılan sınırlamalar yargılama usulüne ilişkin dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder¹⁴⁸. Ancak kural olarak seri tahkim yargılamalarının temel ilkelerine ve uygulamaların geneline bakıldığında, burada eşitliğe aykırı sınırlamalar görülmemektedir. Bu bağlamda da seri tahkim müessesesinin eşitlik ilkesine aykırılık teşkil ettiğini söylemek mümkün değildir. Savunma hakkının taraflar için farklı sonuçlar doğuracak şekilde sınırlandırılması da elbette sorunlu teşkil edecek bir durumdur. Örneğin tarafların birlikte karar almak suretiyle duruşmada tanık dinletmekten vazgeçmesi ya da uygulanacak seri tahkim kuralları uyarınca duruşmasız yapılacak yargılamada tanıkla ispat yoluna başvurulamayacak olması halinde, taraflardan birinin zaten tanığı yoksa, bu durum onun açısından sorun yaratmaz; ancak diğer tarafın tanığı varsa, bu durumda aslen görüntüde eşitlik sağlanmış olsa da tanığı olan taraf aleyhine bir sonuç doğabilir¹⁴⁹. Kanaatimizce bu gibi durumlarda seri yargılama uygulamasında sıkça görülen hakime tarafları da dinlemek suretiyle takdir hakkını kullanma imkanı tanınması önemlidir. Böylelikle somut olayın özelliklerine göre hakem yargılama usulündeki önemli hususları gözden geçirebilir ve olaya uygun bir düzenleme yapmak suretiyle adil bir yargılama gerçekleştirebilir.

Seri tahkim yargılamasında önem arz eden bir diğer husus ise, tarafların yargılamaya usulüne uygun davet edilmesidir; zira tahkim yargılamasından hiç ya da usulüne uygun şekilde haberdar edilmeyen tarafın adil yargılanma hakkı ihlal edilmiştir¹⁵⁰. Aslen yargılamadan usulüne uygun şekilde haberdar edilme standart tahkim ve hatta devlet yargısı bakımından da vazgeçilmez bir unsurdur. Tarafların usulüne uygun şekilde yargılamaya davet edilmesi ile ilgili olarak seri tahkim yargılamalarında önem arz eden olay, süreci hızlandırmak adına tebligat için kullanılabilir yöntemdir. Çeşitli kurumların düzenlemelerinde usuli işlemlerin elektronik şekilde yapılmasına müsaade

148 Kaplan (n99), 127.

149 Kaplan (n99) 128.

150 Ruhi (n54) 87.

edilmektedir. Bu bağlamda tahkim talebinin elektronik ortamda oluşturulması ve bunun davalıya elektronik ortamda iletilmesi suretiyle vakit kazanılması gündeme gelebilir. Kanaatimizce günümüz koşullarına uygun olarak tarafların yargılamaya elektronik vasıtalarla çağırılmasına dair bir düzenlemenin yapılması adil yargılanma hakkını ihlal etmez. Burada amaç tarafların yargılamadan haberdar edilmesi, davalının yokluğunda yargılama yapılmasının engellenmesidir. Davalıya elektronik ya da başka bir hızlı yöntemle tebligat gönderilmesi halinde davalının bu tebligatı alması ve bu durumda makul vasıtalarla ispat edilebilmesi halinde bir sorundan bahsetmek mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla kanaatimizce elektronik ya da başka bir şekilde yapılacak tebligatı hızlandırmaya yönelik işlemlerin sağlıklı şekilde uygulanması halinde, adil yargılanma hakkı zedelenmemektedir.

Tarafların yargılamadan haberdar edilmesi ile birlikte ortaya çıkan bir diğer unsur ise tarafların dosya içeriğinden, dosyaya sunulan bilgi ve belgelerden haberdar edilmesidir. Adil yargılanma hakkının altında ele alınan hukuki dinlenilme hakkının önemli unsurlarından biri tarafların diğer tarafça ve yargı organı tarafından yapılan işlemler hakkında bilgilendirilmesidir¹⁵¹. Tarafların dosya içeriğinden, dosya ile ilgili olarak yapılan tüm işlemlerden, sürecin her bir aşamasından haberdar olması hukuki dinlenilme hakkı ile doğrudan ilgilidir. Yargılamayı hızlandırmak adına bunlardan ödün verilmesi düşünülemez dahi. Bu nedenle de işlemlerin taraflar bakımından şeffaf şekilde yapılması, tarafların diğer işlem ve yargı organı tarafından yapılan işlemler hakkında derhal bilgilendirilmesi adil bir yargılamanın vazgeçilmez unsurlarındandır.

Hukuki dinlenilme hakkı başlığı altında ele alınabilecek olan bir diğer husus ise, taraflara iddia ve savunmalarını ileri sürme ve taraflara bunları desteklemek adına delil sunma imkanı tanınmasıdır¹⁵². Seri tahkimde iddia ve savunmayı ileri sürme ve bunları ispatlamak adına delil sunma konuları özel önem arz etmektedir. Zira önceki bölümlerde de görüldüğü üzere, seri tahkim usulünün temel özelliği hızlandırılmış usuldür. Hızlandırılmış usul ise dosyaya sunulabilecek beyan ve delillerin sınırlandırılması ve bunların sunulması için tanınan sürenin kısaltılmasıyla sağlanır. Adil bir yargılama yapmak için tarafların iddia ve savunmalarını eksiksiz sunması, bunları mümkün olan en iyi şekilde delillendirmesi zorunludur. Ancak seri bir yargılama elde etmek için de bazı sınırlamalar getirilmesi gereklidir. Bu durumda sınırın nerede çekileceği, hangi kriterlerin esas alınacağı, beyan ya da delil sunmada nasıl sınırlamalar getirileceği önemlidir. Kanaatimizce burada yargılamayı hızlandırmak adına birçok kurum tarafından kabul edildiği üzere sunulacak beyan sayısını sınırlandırmak ya da delil ve tanıklar bakımından bazı kısıtlamalar getirmek makuldür. Burada önemli olan şey, her bir somut olay bakımından hakeme bir hareket alanı tanınmasıdır.

151 Budak and Karaaslan (n137) 70, Görgün, Börü, Toramand and Kodakoğlu (n137) 355.

152 Budak and Karaaslan (n137) 70 - 71, Görgün, Börü, Toramand and Kodakoğlu (n137) 355, Ruhi (n54) 89.

Kural olarak tahkim talebi ve tahkime cevap dilekçesinin haricinde taraflara birer beyan sunma hakkı tanınmasında kavramsal olarak doğrudan adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmek makul gözükmemektedir. Ancak somut olayın özellikleri dahilinde tarafların talebi ve/veya hakemin gerekli görmesi halinde taraflara ek beyan sunma imkanı tanınması, yargılamaya esneklik getirmekle beraber muhtemel hak ihlallerinin önünü de kesecektir. Aynı durum deliller bakımından da geçerlidir. Hakemin kendi inisiyatifıyla ya da tarafların ortak ya da tek başlarına ileri sürecekleri taleplerle ek usuli işlemlere müsaade etmesi somut olayda hakkaniyeti sağlamak adına önemli bir adımdır. Bu hareket alanı da birçok tahkim merkezinin kurallarına yansımıştır¹⁵³. Taraflara savunma haklarını kullanabilmeleri için gerekli tüm imkanların tanınması sağlıklı ve adil bir yargılama için gerekli ve zorunludur¹⁵⁴. Ancak taraflar savunma hakkı kapsamında sahip oldukları beyan ve delil sunma, duruşmaya katılma gibi hakları kullanıp kullanmamak konusunda özgürdürler¹⁵⁵. Bu hakları kullanabilecekleri gibi kullanmama hakları de mevcuttur. Bu bağlamda tarafların özgür iradeleri ile bu hakları sınırlandırabilmesi de mümkündür. Savunma hakkının, tarafların kendi tercihiyle, hiç kullanılmaması dahi bir usul ihlali değildir¹⁵⁶.

Hukuki dinlenilme hakkının bir diğer unsuru ise, taraflarca ileri sürülen iddia ve savunmaların hakem ya da hakemlerce tam olarak değerlendirilmesidir¹⁵⁷. Bir yargılamanın adil olarak nitelendirilebilmesi için tarafların tüm iddia ve savunmalarının dikkate alınması ve mevcut deliller dahilinde değerlendirilmesi gereklidir¹⁵⁸. Seri yargılamada hakemin süratli karar vermek adına iddia ve savunmaların bir kısmı ya da tamamını dikkate almaması, göz ardı etmesi, önemsememesi gibi bir şey mümkün değildir. Yargılamayı hızlandırmak adına atılabilecek bazı adımların olduğu kabul edilse de hakemin tüm iddia ve savunmaları değerlendirdikten sonra bir karara varması gerektiği kaçınılmaz bir gerçektir. Bu bağlamda hakemin dosyadaki tüm iddia ve savunmaları değerlendirmesinin yansımaları da karardır. Hukuki dinlenilme hakkının korunduğu yargılama sonucunda verilecek kararın gerekçesi ile ortaya konulur¹⁵⁹.

Hakem kararının niteliğini ve neye dayanarak tesis edildiğini ortaya koyan gerekçenin seri tahkimdeki yeri ise farklıdır. Çeşitli kurumlar seri tahkim yargılamaları sonucunda verilecek hakem kararlarının özet şeklinde olmasına imkan tanımaktadır¹⁶⁰. Kanaatimizce burada kararın gerekçeli olmasının zorunluluğu ile hakem tarafından yapılması gereken değerlendirmenin kapsamı ve bu değerlendirmenin ortaya konuluşu

153 Bkz. Bölüm III C.

154 Kaplan (n99) 129.

155 Kaplan (n99) 129–130.

156 Kaplan (n99) 130.

157 Pekcanitez (n137) 784–786.

158 Pekcanitez (n137) 784–786.

159 Pekcanitez (n137) 786.

160 Bkz. Bölüm III C 6.

arasındaki çizgi önemlidir. Bir kararın salt gerekçesiz ya da özet şekilde olması, doğrudan kamu düzenini ya da adil yargılanma hakkını ihlal eder demek doğru değildir¹⁶¹. Burada önemli olan tarafların iddia ve savunmalarının değerlendirilmesi ve kararın bu değerlendirme neticesinde verilmesidir. Dolayısıyla değerlendirmenin hukuki dinlenme hakkına uygun şekilde yapıldığının dosya içeriğinden anlaşılması ya da diğer başka vasıtalarla bu yönde kanaat getirilmesi halinde gerekçenin özet halinde olmasının özel bir engel teşkil etmesi mümkün değildir.

Seri tahkim usulünde sürelerin kısalığı ile ilgili olarak da adil yargılanma hakkının zarar gördüğü ileri sürülebilir. Öncelikle şunu belirtmekte fayda var ki seri tahkim yargılamasındaki sürelerin devlet yargılamasından ya da standart tahkim yargılamasından farklı olması başlı başına bir sorun değildir. Özellikle tarafların bilinçli olarak seri tahkim usulünü tercih etmeleri ya da doğrudan seri tahkime tabi olacakken opt-out yöntemiyle standart tahkim usulüne tabi olmayı tercih etmemeleri halinde kısaltılmış süreleri göze aldıkları kabul edilebilir¹⁶². Seri tahkim yargılamalarında esas olan kısaltılmış sürelerin adil yargılanma hakkını ihlal etmesi ise ancak verilen sürelerin süre içerisinde yapılması gereken işlemi yerine getirmeye fiilen yetmeyecek olmasının ispatlanması halinde bir sorun olarak karşımıza çıkabilir¹⁶³. Seri tahkim yargılamasında verilen sürelerin ilgili işlemin yapılması için yeterli olup olmadığı ve süre kısalığının adil yargılanma hakkını ihlal edip etmediğine dair inceleme tenfiz merci tarafından yapılacaktır¹⁶⁴. Verilen sürelerin ilgili işlemin yapılması için makul olması halinde adil yargılanma hakkının ihlal edildiğinden bahsedilmesi mümkün değildir.

B. Seri Tahkim Usulünün İrade Serbestisi İlkesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi

Çalışmamızın başında tahkimin ortaya çıkışı ve tercih edilme sebeplerini açıklarken en önemli özelliklerinden birinin tahkimde taraf iradesine tanınan etki olduğunu dile getirmiştik. Taraflar bir uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözüme kavuşturulmasına dair anlaşma yaptıktan sonra tahkimin kurumsal tahkim mi yoksa ad hoc tahkim şeklinde mi yürütüleceğine, tahkim yargılamasına uygulanacak hukuka, hakemlere, tahkim yerine, tahkim diline ve daha birçok unsura ortak iradeleri ile karar verebilirler.

161 Nomer (n3) 572. Gerekçesiz yabancı hakem kararlarının tenfizinde kamu düzeninin muhtemel etkilerine dair doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Tahkime dair temel ilkeler ve Yargıtay'ın gerekçesiz mahkeme kararlarının tenfizine dair kararları çerçevesinde şekillenen bu görüşlerin bir kısmı gerekçesiz hakem kararlarının tenfiz edilemeyeceğini ileri sürerken bir kısmı da tenfizin mümkün olduğunu ileri sürmektedir. İlgili görüşler için bkz. Nuray Ekşi, "Yargıtay Kararları Işığında Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni", (2020) 40 (1) Public and Private International Law Bulletin 178–180. Bu duruma dair yabancı mahkeme kararlarının tenfizi bağlamında yapılan değerlendirme için bkz. Berk Demirkol, "Gerekçesiz Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfizi" (2017) 12 (157–158) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 81–85, Gizem Ersen Perçin and Dilara Baytaroğlu, "Public Order Intervention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judicial Sentences" (2019) 2 Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi 322 vd.

162 Standart tahkimde aynı görüş için bkz. Kaplan (n99) 153.

163 Kaplan (n99) 152–153, Pekcanitez (n137) 768.

164 Güvenalp (n137) 46.

Taraflar savunma hakkının tabi olacağı kuralları da serbestçe belirleme, isterlerse kendi belirleyecekleri kurallara tabi tutma, isterlerse de belirli bir sisteme tabi tutma hakkına sahiptirler¹⁶⁵. Seri tahkim de aslen bir tahkim yargılamasıdır. Tahkime hakim olan taraf iradesinin seri tahkimin de vazgeçilmezi olduğu kabul edilmelidir. Seri tahkim usulünde taraf iradesine tanınan etkinin dikkatle ele alınması gereken husus ise, tarafların uygulanacak usul ve hatta usulün detaylarına dair anlaşma yapmaları halinde bu anlaşmanın dikkate alınıp alınmayacağına ilişkindir. Diğer bir deyişle, tarafların somut bir uyuşmazlığın çözümü ile ilgili olarak bir kurumsal tahkim merkezi üzerinde anlaşmaları halinde, ilgili kurumun kuralları uyarınca doğrudan seri tahkim usulünün uygulanmasına itiraz etmemeleri ya da bu usulün uygulanması yönünde iradeleri varsa ve buna rağmen tahkim yargılaması boyunca tarafların yapacakları usuli işlemler hakkında ortak karar almak suretiyle kurumun seri tahkim kurallarına aykırı irade ortaya koyuyorlarsa ne olacaktır?

Örneğin ICC Tahkim Kuralları Ek 6 Hızlandırılmış Usul Kuralları m.3/2 uyarınca seri tahkim yargılamalarında hakem tayin edildikten sonra, hakem tarafından aksi yönde karar verilmedikçe, tarafların yeni iddialar ileri sürmesi mümkün değildir. Somut bir olayda ICC huzurunda seri tahkim yargılaması yapılırken tarafların her daim yeni iddia ileri sürülebilmesi ve beyan sunulmasına dair ortak irade göstermesi halinde ne olacaktır? Bir başka örnek ise hakemlerin delil ve tanık sayısına sınırlama getirmesi halinde ortaya çıkacaktır. Hakemlerin tarafların görüşlerini almaksızın, taraflar delil ve tanık konusunda daha kapsamlı imkanlara sahip olmak isterken yargılamayı süratli şekilde sonuçlandırmak adına çeşitli sınırlamalar getirmesinin sonucu ne olacaktır? Kanaatimizce burada önemli olan husus, taraf iradesinin amacı ve hakemin tutumunun sınırlarıdır. Hakemlerin seri tahkim yargılamasını bir an önce sonuçlandırması en temel amaçlardan biridir; ancak yargılamanın adil olması ve sonuçta elde edilen kararın tenfiz edilmesi de gereklidir¹⁶⁶. Bu nedenle uygulanacak usulün hem davanın niteliğine uygun olması, adil yargılanma hakkını zedelememesi, hem de tarafların iradesini yansıtması gereklidir. Bu bağlamda birçok kurumsal tahkim merkezi, seri tahkim usulü kurallarında hakeme takdir yetkisi tanıdığı hallerde tarafların görüşünü alma şartını koymuş, hakemin inisiyatifine bırakılan unsurlarda kararın tarafların onayı ya da görüşü çerçevesinde alınmasını sağlamıştır¹⁶⁷. Bu imkan ve kuralların esnetilmesi olanağı hatta gerek görülen hallerde uyuşmazlığın standart tahkim usulüne tabi tutulmasının mümkün olması¹⁶⁸, kanaatimizce kararın sağlıklı şekilde verilmesi ve

165 Kaplan (n99) 124. Milletlerarası Tahkim Kanunu hükümleri çerçevesinde usule uygulanacak hukukta taraf iradesi için bkz. Şanlı (n1) 365 vd., Akıncı (n1) 231.

166 Welsler and Klausegger (n32) 265.

167 Bkz. Bölüm III C.

168 SIAC huzurunda yapılan yargılamalarda yargılama devam ederken hızlandırılmış standart tahkim yargılamasına geçilmesi mümkündür. SIAC Tahkim Kuralları m. 5.4 uyarınca, taraflardan birinin başvurusu üzerine, her iki taraf da dinlendikten sonra, hakem sonradan ortaya çıkan bilgiler ışığında yetkili kurum organı ile de görüşerek mevcut durumun hızlandırılmış tahkime uygun olmadığına ve standart usulde yargılama gerektiğine karar verebilir. Burada önemli olan husus öncelikle taraflardan birinin bu yönde başvuruda bulunmasıdır. Bu noktada hakeme kendi inisiyatifıyla hareket etme imkanı tanınmamıştır.

ileride tenfiz edilebilmesi için son derece önemlidir. Hakem taraflarca ileri sürülecek talepleri dikkatle incelemeli, gerekli ve makul olmaları halinde buna göre işlem yapmalı, tahkimde taraf iradesinin rolünü göz ardı etmemelidir.

C. Seri Tahkim Usulünün Tenfiz Şartları Çerçevesinde Değerlendirilmesi

Bir uyuşmazlığın çözümü ile ilgili olarak tahkim yargılamasına başvurulduğunda hedeflenen sonuç elde edilen kararın icrasısıdır. Bir hakem kararının icrası icranın nerede gerçekleşeceğine bağlıdır. Milli hakem kararlarının icrası yerel düzenlemelere tabi iken, yabancı hakem kararlarının tenfizi ile ilgili milletlerarası sözleşmeler ve yerel düzenlemeler mevcuttur. Bir hakem kararının dünyanın her yerinde tenfiz edilebilir olmasını sağlamak teknik olarak mümkün gözükmeyebilir de hakemler kararı tesis ederken kararın asgari standartlara uygun şekilde verilmesi ve bu bağlamda genel olarak tenfiz edilebilir bir karar elde edilmesi hedeflenebilir. Türk hukukunda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na¹⁶⁹ göre verilen hakem kararlarının icrası ya tarafların rızasıyla ya da rızaen gerçekleştirilmiyorsa ilamlı icra yoluyla gerçekleştirilir¹⁷⁰. Türk hukukunda yabancı hakem kararlarının icra edilebilmesi için ise tenfiz işleminin yapılması gereklidir¹⁷¹. Türk hukukunda yabancı hakem kararlarının tenfizi ile ilgili iki temel düzenleme mevcuttur. Bu düzenlemelerden ilki Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkında 10 Haziran 1958 Tarihinde New York'ta Yapılan Sözleşme'dir. İkinci düzenleme ise 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'dur (MÖHUK)¹⁷².

Yabancı hakem kararlarının tenfizi ile ilgili asgari adalet standartlar gerek New York Sözleşmesi gerekse MÖHUK'un ilgili hükümlerinde düzenlenmiştir¹⁷³. MÖHUK sistematiğinde aslen New York Sözleşmesi'nde benimsenen ilkelere yer verilmiştir. Bu düzenlemelerde benimsenen ilkeler tahkim yargılamalarında dikkate alınması gereken en önemli ve asgari standartlar olduğundan¹⁷⁴ ve daha da önemlisi, dünya üzerinde birçok ülke New York Sözleşmesine taraf olduğundan¹⁷⁵ bu unsurlar dikkate alınmaksızın tesis edilecek yabancı hakem kararlarının tenfizinin zor hatta mümkün olmayacağı ileri sürülebilir. Gerek New York Sözleşmesi gerekse MÖHUK kuralları

169 6100 sayılı ve 12.01.2011 tarihli Hukuk Muhakemeleri Kanunu (RG: 04.02.2011–27836).

170 Seyhan Selçuk, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Verilen Hakem Kararlarının İcrası", (2019) 140 TBB Dergisi 116. Türk hukukunda hakem kararlarına karşı mevcut kanun yolu iptal davasıdır. Gerek HMK gerekse MTK'da hakem kararlarının iptal sebepleri düzenlenmiştir. Çalışmamızda iptal davası ile ilgili bir bölüme yer verilmeyecek ancak gerekli görülen hallerde tenfiz şartları ile mukayeseli olarak değerlendirmeler yapılacaktır.

171 Nomer (n3) 507, Şanlı (n1) 252, Akıncı (n1) 447, Feriha Bilge Tanrıbilir and Banu Şit, "Milletlerarası Tahkim Müessesesi ve Yeni Milletlerarası Tahkim Kanunu" (2002) 22 (2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 826.

172 27.11.2007 tarihli ve 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (RG: 12.12.2007–26728). Bu iki temel düzenlemenin haricinde, Türkiye ile birçok devlet arasında yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizine dair düzenlemeler de içeren hukuki ve ticari konularda adli yardımlaşma anlaşmaları imzalanmıştır. Ekşi (n 61) 147.

173 Şanlı (n1) 424,

174 Kaplan (n99) 61.

175 05.03.2021 tarihi itibarıyla Sözleşmeye 166 ülke taraftır. Taraf ülke listesi için bkz. https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards/status2 (05.03.2021).

uyarınca yabancı hakem kararlarının tenfizi için aranan şartlar taraflar arasında geçerli bir tahkim anlaşması bulunması, kararın davalının savunma haklarına riayet edilerek verilmiş olması, kararın hakemlerin yetkileri içerisinde verilmiş olması, hakem mahkemesinin teşkili veya tahkim usulünün taraflar arasındaki anlaşma hükümlerine ya da anlaşma olmaması halinde tahkim yeri ülkesinin usulüne uygun olması, kararın taraflar için bağlayıcı olması veya verildiği ülke ya da tabi olduğu ülke hukukuna göre iptal edilebilir ya da icrası askıya alınmış olmaması, kararın tenfiz devleti hukukuna göre tahkime elverişli bir uyuşmazlığa ilişkin olması, kararın tenfiz devletinin kamu düzenine aykırı olmamasıdır. Çalışmamızın bu bölümünde bahsi geçen tenfizde asgari adaleti sağlamaya yönelik ilkelerin seri tahkim bakımından özellik arz edenleri ele alınacak ve bunların seri tahkim usulüne yansımaları değerlendirilecektir.

1. Davalının Savunma Haklarına Riayet Edilmesi

Tenfizi talep edilen kararların adil bir yargılama sonucunda verilmesi önemlidir. Adil bir yargılamanın en temel unsurlarından biri de davalının savunma hakkına riayet edilmesidir. Adil yargılanma hakkı kapsamında davalıya tanınması gereken haklar ve yargılamaya hakim olması gereken ilkelere önceki bölümlerde bahsetmiştik¹⁷⁶. Savunma hakkının niteliği dikkate alındığında, hakkın ölçüsüz ve özüne müdahale eder nitelikteki sınırlandırmaların adil bir yargılamaya engel olacağı; ancak belirli sürelerin kısaltılması gibi işlemin özüne dokunmayan sınırlamaların da birer avantaj olarak değerlendirilebileceği kabul edilmektedir¹⁷⁷. Kanaatimizce davalının savunma hakkına riayet edilmesi şartı genel anlamda adil bir yargılama yapılması, bu bağlamda davalının yargılamaya usulüne uygun olarak davet edilmesi, kendisine yöneltilen talep ve iddialara istediği şekilde cevap vermesine imkan tanınması ve bu hususları ispatlayabilmek adına delil sunmasına müsaade edilmesi, hakemler tarafından yürütülen yargılamada davalı tarafından sunulan bilgi ve belgelerin değerlendirilmesi ve kendisinin yargılamanın her aşamasından haberdar edilmesidir. Bu konuda önceki bölümde açıkladığımız esasların dikkate alınması gerekli ve yeterlidir.

2. Hakem Mahkemesinin Teşkili ve Tahkim Usulüne Uygulanacak Hukuka Uygunluk

Tahkim taraflar iradesine geniş yetki tanınan alternatif bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Tahkimde hakem ya da hakemlerin nasıl atanacağı, tahkim usulüne uygulanacak hukuk taraflarca bir kurumsal tahkim merkezini tercih etme, belirli bir düzenlemeye atıfta bulunma veya tüm unsurları tek tek düzenleme suretiyle belirlenebilir¹⁷⁸. Taraflarca hakemlerin seçimi ve tahkim usulüne uygulanacak hukuka

176 Bkz. Bölüm IV A.

177 Kaplan (n99) 126.

178 Şanlı (n1) 490.

dair bir seçim yapılmadığı durumlarda ise tahkim yeri hukuku devreye girecektir¹⁷⁹. Seri tahkim yargılamalarında bu şart bakımından ortaya çıkması muhtemel sorun tarafların belirli bir kurum nezdinde seri tahkime başvurmak üzere anlaşmış olmasına rağmen, hakem sayısı, beyan sayısı ve sair hususlardan biri ya da birkaçında kendi aralarında anlaşma yapmak suretiyle kurumsal kurallardan ayrılması ihtimalidir. Çalışmamızda açıklandığı üzere kurumsal tahkim kurallarında bu gibi durumlarda genellikle taraf iradesine etki tanınmış ve hakemlerin tarafları dinleyerek onların taleplerini göz önünde bulundurmamak suretiyle ilgili konularda karar vermesi gerektiği düzenlenmiştir¹⁸⁰. Bu nedenle kanaatimizce taraf iradesinin açıkça ortaya konulduğu hallerde tahkim merkezlerinin seri yargılama usullerinin esnetilmesi tenfizde herhangi bir sorun ile karşılaşılmasını engelleyebilir.

3. Kamu Düzenine Uygunluk

Kamu düzeni milletlerarası özel hukukta yabancı hukukun tatbiki, yabancı mahkeme ve hakem kararlarının tanınması ve tenfizi alanlarında gündeme gelebilen bir hukuki müessesedir. Genel olarak toplumda ve dünyada hakim olan temel hukuki, ahlaki, toplumsal değerlerden hareketle içeriği tespit edilmeye çalışılan kamu düzeni kavramının içeriği, zamana ve mekana göre değişir¹⁸¹. Kamu düzeninin tahkimde yargılama usulü bağlamındaki görevi yargılama usulüne uygun olarak verilmeyen bir kararın uygulanması halinde vazgeçilmez nitelikteki toplumsal menfaatlerin zarar görme olasılığını engellemektir¹⁸². Tahkimde kamu düzeni unsuru tanıma ve tenfiz aşamasında devreye girer ve gerek New York Sözleşmesi gerekse MÖHUK sistematığı uyarınca hakimler tarafların talebine gerek olmaksızın tahkim usulünde kamu düzenine aykırı bir durumu tespit etmesi halinde tanıma ya da tenfiz talebini reddine neden olur¹⁸³. Çalışmamız bakımından önemli olan seri yargılama usulündeki özellik arz eden hususların kamu düzeni bakımından sorun teşkil edip etmeyeceği, seri yargılamanın tatbiki nedeniyle ortaya çıkan sonucun tanıma ya da tenfiz ülkesi bakımından tahammül edilemez olup olmadığıdır.

Tenfizde kamu düzeni müdahalesi tenfiz mahkemesi hakiminin takdir hakkı çerçevesinde ele alınmalı ve aslen hakem kararının başlı başına kamu düzenine aykırı olup olmadığı üzerine yoğunlaşmalıdır¹⁸⁴. Burada akla gelen ilk örnek hakem kararının

179 Şanlı (n1) 491.

180 Bkz. Bölüm III C.

181 Nomer (n3) 165, 569, Çelikel and Erdem (n2) 149–154, Şanlı (n1) 513, Akıncı (n1) 542, Nuray Ekşi, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi* (Beta, 2020) 294–295, Gizem Ersen Perçin, “MTK Tahkiminde İptal Davalarına İlişkin Bir Değerlendirme” (2020) 40 (2) Public and Private International Law 1071, Hatice Sarıtaş, “4684 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununa Göre Hakem Kararlarına Karşı Kanun Yolları” (2005) 59 Sayıştay Dergisi 146. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Ekşi (161) 152–53.

182 Kaplan (n99) 57–58.

183 Şanlı (n1) 513 vd. Tahkim ile ilgili kamu düzeni kavramının devreye girdiği bir diğer durum ise iptal davasıdır. İptal davalarında kamu düzeni kavramının içeriği tanıma ve tenfiz süreci ile paraleldir. Ersen Perçin (n181) 1071–1072, Sarıtaş (n 1819) 146.

184 Şanlı (n1) 515, Akıncı (n1) 543.

konusunun kamu düzenine aykırı olmasıdır¹⁸⁵. Bunun yanı sıra esasa ve usule uygulanacak hukukta kamu düzenine aykırılık saptanması da tenfizin reddine neden olabilir¹⁸⁶. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu yabancı mahkeme kararlarının tenfizi ile ilgili bir kararında tenfizde kamu düzeni müdahalesine dair önemli tespitlerde bulunmuştur¹⁸⁷. Karara göre “*yabancı kararın Türkiye’de icra edilmesi halinde meydana gelecek sonuçların Türk kamu düzenini ihlal edip etmeyeceğinin araştırılması gerekir*”. Kararda yabancı mahkeme kararının esasına uygulanan hukukun tetkik edilemeyeceği, ancak kararın tenfiz edilmesi ile ortaya çıkacak sonuçların kamu düzenine aykırı olup olmadığının tespit edilmesi gerektiği açıkça belirtilmiştir. Kararda vurgulandığı üzere, tenfiz aşamasında esas alınması gereken husus, yabancı mahkeme kararının Türk Hukukunda bir veya birden çok kanun hükümlerine aykırı bulunmasından çok, Türk Hukukunun temel değerlerine, Türk genel adap ve ahlak anlayışına Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına ve hukuk siyasetine, Anayasa’da yer alan temel hak ve özgürlüklere milletlerarası alanda geçerli ortak ve kabul görmüş hukuk prensiplerine, ikili anlaşmalara, gelişmiş toplumların ortak benimsedikleri ahlak ve adalet anlayışına, medeniyet seviyesine siyasi ve ekonomik rejimine uygunluğudur. Elbette bu kriterlerin yabancı hakem kararlarının tenfizinde de dikkate alınması gereklidir. Diğer yandan New York Sözleşmesinin ana amacı yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizini sağlamak olduğundan kamu düzeni müdahalesinin mümkün mertebe istinai olması ve bu kavramın dar yorumlanması gerektiğine dair bir eğilim mevcuttur¹⁸⁸. Çalışmamızla ilgili örnek vermek gerekirse, seri tahkim usulünde deliller konusunda çeşitli sınırlamalar mevcuttur. Bu bağlamda eğer delil sunulmasına yönelik olarak getirilen sınırlamaların taraflardan biri ya da ikisi için savunma hakkının aşırı ölçüde sınırlandırılması, tarafların adeta savunma yapmaktan vazgeçmesi noktasına getirmesi halinde tenfiz hakiminin bu durumu kamu düzenine aykırılık olarak nitelendirmesi mümkündür¹⁸⁹. Bunun haricinde yapılacak makul sınırlamaların kamu düzenine aykırılık olarak nitelendirilmesi ise mümkün değildir.

V. Sonuç

Seri tahkim usulü, tahkime artan ilginin ve tahkim yargılamalarının giderek daha komplike hale gelmesinin doğal bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Tahkim yargılamalarında uzayan süreler ve artan masraflar karşısında uluslararası alanda faaliyet gösteren kişilerin daha süratli ve ucuz ihtilaf çözüm yöntemlerine ihtiyaç duyması

185 Şanlı (n1) 516 vd., Akıncı (n1) 543.

186 Akıncı (n1) 543.

187 Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu’nun 2010/1 E., 2012/1 K. Sayılı ve 10.02.2012 tarihli kararı.

188 Ergin Nomer, “Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni Müdahalesi (09.06.1999 Tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı)” (1999) 19 (1-2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 564, Şanlı (n1) 514, Işıl Özkan and Uğur Tütüncübaşı, Uluslararası Usul Hukuku (Adalet, 2017) 285. İptal davalarına kamu düzeni etkisi bakımından benzer yorum için bkz. Ersen Perçin (n181) 1071.

189 Kaplan (n99) 146–147. Elbette burada davalıya yönelik bir sınırlama mevcutsa doğrudan davalının savunma hakkının ihlal edildiği de ileri sürülebilir. Ancak seri tahkim yargılamaları özelinde kural olarak böyle eşitsizliğe aykırı bir uygulama zaten yoktur.

karşısında yıllar içerisinde seri tahkim kavramı gelişmiştir. Günümüzde birçok yerli ve yabancı tahkim merkezi bünyesinde seri tahkim yargılamaları yapılmaktadır. Bazı kurumlar bu yargılamalar için tamamen farklı ve daha basit kurallar benimsemişken, bazı kurumlar ise standart tahkim kurallarını birkaç değişiklikle seri tahkime uyarlamayı tercih etmiştir. Kural olarak seri tahkim yargılaması daha az komplike ve ekonomik değeri belirli bir miktarın altında olan uyuşmazlıklar için uygundur.

Çalışmamızda incelendiği üzere seri tahkimi standart tahkimden ayıran en önemli özellik, sadeleştirilmiş usul ve bu bağlamda süratli karar alma mekanizmasıdır. Usulün sadeleştirilmesi adına atılan adımlar ise sunulan beyanların ve delillerin sınırlandırılması, duruşmasız yargılama yapma imkanı ile kararın verilmesi için öngörülen azami süreye ilişkindir. Seri tahkimdeki bu düzenlemelerin adil yargılanma hakkını ihlal edebileceği ve böylelikle tenfiz aşamasında sorun yaşanabileceğine dair görüşler ileri sürülebilirse de; görüldüğü üzere aslen ortaya çıkması muhtemel sorunlar seri tahkime özgü değildir. Seri tahkimin doğasına uygun düzenlemelerin kural olarak adil yargılanma hakkını ihlal edeceği söylenemez. Özellikle hakemlere takdir hakkı tanıyan, taraf iradesini ön planda tutan ve somut olayın özelliklerine göre usulde değişiklik yapma imkanı tanıyan düzenlemelerin tahkime hakim olan genel esaslar çerçevesinde bir ihtilaf yaratması muhtemel değildir. Bu bağlamda daha az komplike ve süratli şekilde çözülmesi mümkün uyuşmazlıklar bakımından seri tahkimin günümüz koşullarına uygun, uluslararası ticaretin dinamiklerine hizmet eden makul bir alternatif çözüm yöntemi olduğu kabul edilebilir.

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

- (Hacıbekiroğlu) Ömeroğlu E, “Milletlerarası Tahkim Hukukunda Görev Belgesi”, (2014) 16 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Hakan Pekcantez’e Armağan 1885–1912.
- Akıncı Z, “Yeni Milletlerarası Tahkim Kanunu ve Görev Belgesi”, Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinlap’e Armağan V:II (Beta, 2003) 965–985.
- Akıncı Z, *Milletlerarası Tahkim* (5th edn, Vedat 2020).
- Aktepe Artık S, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı* (Seçkin 2014).
- Aygül M, “Milletlerarası Ticari Tahkimde Delillerin Milletlerarası İstinabe Yoluyla Elde Edilmesi ve Karşılaşılabilecek Sorunlar” (2013) 17 82) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 261–290.

- Aygül M, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim Usulüne Uygulanacak Hukuk ve Deliller* (Oniki Levha, 2014).
- Bican B, “Milletlerarası Ticaret Odası Tahkimi, Görev Belgesi ve Usulü” (2015) 29 Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 1–21.
- Bilgetekin N. Tuğçe, “Acil Durum Hakemliği”, (2016) 36(1) Public and Private International Law Bulletin 33–72.
- Budak A C and Karaaslan V, *Medeni Usul Hukuku* (2nd edn., Adalet, 2018).
- Çelikel A and Erdem BB, *Milletlerarası Özel Hukuk* (16th edn, Beta 2020).
- Demir Gökyayla C, “Milletlerarası Tahkimde İspat Hakkı ve Sınırlarına Uygulanacak Hukuk (2020) 40 (2) Public ve Private International Law Bulletin 729–773.
- Demirkol B, “Gerekçesiz Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfizi” (2017) 12 (157–158) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 63–91.
- Ekşi N, “Milletlerarası Tahkim Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme” (2003) 23 (1-2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 295–338.
- Ekşi N, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi* (Beta, 2020).
- Ekşi N, “Yargıtay Kararları Işığında Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni”, (2020) 40 (1) Public and Private International Law Bulletin 143–201.
- Ersen Perçin G, “MTK Tahkiminde İptal Davalarına İlişkin Bir Değerlendirme” (2020) 40 (2) Public and Private International Law 1053–1087.
- Ersen Perçin G and Baytaroğlu D, “Public Order Intervention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judicial Sentences” (2019) 2 Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi 303–336.
- Ertürk B H, “Milletlerarası Tahkimde Yeni Gelişmeler: Tahkim Yargılaması Süreci ve Masraflarının Azaltılması” (2013) 19 (2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 1595–1620.
- Görgün L. Ş., Börü L., Toraman B. and Kodakoğlu M., *Medeni Usul Hukuku* (8th edn., Yetkin, 2019).
- Hacıbekiroğlu E, *Milletlerarası Tahkim Hukukunda Deliller ve Delillerin Değerlendirilmesi* (Oniki Levha, 2012).
- Hage Chahine J, “Fast track arbitration: a time-efficient procedure that could hinder the award?”, Jus Mundi Blog (09.02.2021).
- Kaplan Y, *Milletlerarası Tahkimde Usule Aykırılık* (Seçkin, 2002).
- Kuru B and Aydın B, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı* (Seçkin, 2020).
- Narçin Tosun Z, *Milletlerarası Ticaret Odası (ICC) Tahkim Kuralları Uyarınca Görev Belgesi* (Yetkin, 2009).
- Nomer E, “Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni Müdahalesi (09.06.1999 Tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı)”, (1999) 19 (1-2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 555–576.
- Nomer E, *Devletler Hususi Hukuku* (22nd edn, Beta 2017).
- Nomer E, Ekşi N and Öztekin Gelgel G, *Milletlerarası Tahkim Hukuku V:1* (5th edn, Beta 2016).
- Özekes M, *Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı* (Yetkin, 2003).
- Özel S, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri* (Legal, 2008).
- Özkan I and Tütüncübaşı U, *Uluslararası Usul Hukuku* (Adalet, 2017).

- Özmunçu S, “Dünyada ve Ülkemizde Online Uyuşmazlık Çözümleri Bağlamında Online Tahkim ve Uygulamaları” (2020) 78 (2) 431–454.
- Pekcanitez H, “Hukuki Dinlenilme Hakkı” Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan (Dokuz Eylül Üniversitesi, 2000) 753–791.
- Ruhi A C, *1958 Tarihli New York Sözleşmesi Çerçevesinde Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi* (Oniki Levha, 2019).
- Selçuk S, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre Verilen Hakem Kararlarının İcrası”, (2019) 140 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 115–140.
- Şanlı C, Esen E and Ataman Fıganmeşe İ, *Milletlerarası Özel Hukuk* (8th edn, Beta 2020).
- Şanlı C, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (7th edn, Beta 2019).
- Sarıtaş H, “4684 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununa Göre hakem Kararlarına Karşı Kanun Yolları” (2005) 59 Sayıştay Dergisi 141–157.
- Tanrıbilir F B and Şit B, “Milletlerarası Tahkim Müessesesi ve Yeni Milletlerarası Tahkim Kanunu” (2002) 22 (2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 819–838.
- Terzi B, “ICSID Tahkiminde Hızlandırılmış Muhakeme Usulü” (2017) 37 (2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 821–845.
- Uyanık M. E., *Tahkim Yargılamasında Acil Durum Hakemi* (Seçkin, 2020).
- Welser I, Klausegger C, “Chapter II: The Arbitration and The Arbitration Procedure–Fast track arbitration: Just fast or something different?” (2009) Austrian Arbitration Yearbook on International Arbitration, Klausegger, Klein, Kreamlehner, et al. (ed) 259–279.
- Yılmaz E, “Usul Ekonomisi” (2008) 57 (1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 243–274.
- <http://www.arbitration.qmul.ac.uk>.
- <https://blog.jusmundi.com>.
- <https://camex.com.mx>.
- <https://ccbc.org.br>.
- <https://iccwbo.org>.
- <https://istac.org.tr>.
- <https://sccinstitute.com>.
- <https://uncitral.un.org>.
- <https://www.adr.org>.
- <https://www.camera-arbitrale.it>.
- <https://www.cpradr.org>.
- <https://www.disarb.org>.
- <https://www.echr.coe.int>.
- <https://www.hkiac.org>.
- <https://www.icdr.org>.
- <https://www.itotam.com>.
- <https://www.lcia.org>.
- <https://www.siac.org>.
- <https://www.wipo.int>.

İnsanlığa Karşı Suçlarda Sosyal Kimlik Motivasyonu Üzerine Mantıksal Bir Yaklaşım

A Logical Approach to the Effect of Social Identity Motivation in Crimes Against Humanity

Abdulkadir Nacar* 

Öz

İnsanlığa karşı suçlar, II. Dünya Savaşı'ndan sonra uluslararası ve ulusal düzeyde uygulama alanı bulmuştur. Ancak kavramsal ve terimsel olarak bakıldığında, II. Dünya Savaşı öncesine uzanan bir süreçle karşılaşırız. Bu suçlarla tabir edilen fiiller için “insanlığı” referans alan bir tanımlama yapılması, kavramın çeşitli açılardan sınanması ile mümkündür. Çünkü tanım, kavramı oluşturmak ve güçlendirmek için zorunlu bir mantık aracıdır. Gerek tarihsel ve teorik açıdan, gerekse yargısal uygulamalar bağlamında insanlığa karşı suçlar, tutarsız bir kavrama işaret etmektedir. Aslında bu tutarsızlık, yetkin ceza hukuku yazarları tarafından insanlığa karşı suçların tanımı açısından sakıncalar barındırdığı yönüyle ifade edilmiştir. Çalışma, kavramdaki kusurları analiz ederken klasik mantığın tanımlar için sunduğu bir takım prensiplerden hareket etmektedir. Bu analizin sonucunda insanlığa karşı suçlar olarak tabir edilen fiillerde belirgin bir sosyal kimlik saiki bulunduğu tespit edilmiştir.

Sosyal kimlik yaklaşımı, bireylerin grup içindeki bilişsel ve davranışsal durumlarında belirli korelasyonlar kurulabileceğini kabul eder. Bu korelasyonlar bize grup davranışının ortaya çıkışı ve sürdürülebilirliği, sosyal grupların ihtiyaçları, bireysel kimliklerle ve sosyal kohezyonla olan ilişkisi noktasında fikir yürütme imkânı sunar. İnsanlığa karşı suçlar basit anlamda ayrımcılık zeminine indirildiğinde, ayrımcılık ise sosyal kimlik temelli davranışlar olarak ifade edildiğinde sosyal grupların önemi ortaya çıkacaktır. Başka bir anlatımla sosyal gruplar, sosyal kimlikleri inşa ederek insanlığa karşı suçlarda failin referansı olan ön kabulleri belirler. Çalışma bu bağlamı tespit ederek insanlığa karşı suç tabirindeki fiillerin, aslında ilgili suçlarda sosyal kimlik motivasyonu şeklinde tezahür eden nitelikli haller olduğunu ortaya koymaktadır. Sosyal kimlik inşasında devletlere özel inşa süreçleri söz konusu olduğundan, test edilebilir sosyal psikoloji verilerini referans alan ulusal düzeyde normatif ve yargısal bir sistem önerilmektedir.

Anahtar Kelimeler

İnsanlığa karşı suçlar, uluslararası ceza hukuku, kriminoloji, suç tanımı, nitelikli hal, hukuk güvenliği, sosyal kimlik teorisi, sosyal psikoloji, sosyal kimlik saiki, inşacılık, diyalektik mantık

Abstract

After World War II, crimes against humanity found application in the international and national level. If we look conceptually and terminologically, we encounter a process that goes back to World War II. It is possible to make a “definition” that refers to “humanity” for the actions that these crimes refer to, by testing them from various perspectives because a definition is a compulsory tool of logic to create and strengthen the concept. Crimes against humanity, both historically, theoretically, and in the context of judicial practices, point to an inconsistent concept. Indeed, this inconsistency was expressed by competent criminal law jurists in the sense that the definition of crimes against humanity has drawbacks. Based on this, the study is grounded on a set of principles that classical logic offers for definitions while analyzing the drawbacks of the concept. As a result of this analysis, the study found that there is a clear social identity motive in acts called crimes against humanity.

* Sorumlu Yazar: Abdulkadir Nacar (Arş. Gör.), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye.
E-posta: anacar@istanbul.edu.tr ORCID: 0000-0002-5763-0498

Atf: Nacar A, “İnsanlığa Karşı Suçlarda Sosyal Kimlik Motivasyonu Üzerine Mantıksal Bir Yaklaşım” (2021) 41(1) PPII 329.
<https://doi.org/10.26650/ppil.2021.41.1.0025>

The social identity approach recognizes that certain correlations can be established in the cognitive and behavioral states of individuals within a group. These correlations allow us to have an idea about the emergence and sustainability of group behavior, the needs of social groups, their relationship with individual identities and social cohesion. When crimes against humanity are simply reduced to the grounds of discrimination, and discrimination is expressed as social identity-based behavior, the importance of social groups will emerge. In other words, social groups, by constructing the social identities, determine the presumptions that are the reference of the perpetrator in crimes against humanity. The study identifies this context and reveals that the acts of crime against humanity are actually qualified forms of the relevant offenses that manifest the social identity motivation. Since states have specific construction processes of social identities, a normative and judicial system based on testable social psychology data is recommended at the national level.

Keywords

Crimes against humanity, international criminal law, criminology, the definition of crime, qualified form, the certainty of law, social identity theory, social psychology, social identity motive, constructivism, dialectical logic

Extended Summary

The basis of discrimination in society is our differences, of which our identities are composed. The behaviors that we encounter as the most violent and prominent examples of discrimination are expressed in a transcendental value with the term “crime against humanity”. However, when looking at the historical and conceptual development of the term, we reveal that the term is based on several unfounded assumptions. Identities hidden in the background of discrimination are assumptions established through the social and individual constructing process. If we handle the discrimination that emerges as the reflection of the conflict of social identities with concrete data instead of transcendent assumptions, it would be possible to establish a more robust theory. Although the first part of the study, “crimes against humanity” and the second part, “social identities” seem to be independent of each other, the problem material of the “evaluations” in the third part can be expressed as the first part and the solution material as the second part. The first part is the subject of the third part, revealing the inconsistencies in the concept of crime against humanity, and the second part by determining the basic principles of reasoning, will eliminate these inconsistencies.

The method followed in the study is based on Aristotelian logic and the dialectical method. The concept of crimes against humanity, which contains elements that are controversial in terms of definition and terminology, is briefly explained with objective data as the *major terminus*. The *minor terminus*, the theory of social identities is also drawn on as an objective framework. In the evaluation section where dialectics are applied, a context tried to be established between the two disciplines by applying identity motivation as the *medius terminus*. This context is expressed only in the evaluation section to objectively prioritize the basic principles of the two disciplines, international criminal law, and social psychology. Although the presentation method of the study is in the form of dialectical logic and while the concept of crimes against humanity is analyzed in itself, a historical order is followed in subtitles by considering

the distinctions between historical explanation (*historia*) and theoretical explanation (*theoria*). In the title of crimes against humanity, the study examined judicial practices under a separate subtitle, as there is a procedural and limited area of “imperative” for the concept that includes the provisions of the courts. In the second title, the concept of social identity in the social sciences is primarily outlined, then the studies in the field of social psychology related to the construction process of identities are explained. In the third title, first of all, the position in mainstream debates on crimes against humanity is determined, then the position and the proposal of this study are explained. Here, the study aimed to establish a more consistent context by responding to the inconsistencies detected about crimes against humanity, which is the subject of international criminal law, with the theory of social identities.

Identities are assumptions open to change and transformation. They were established with an external perception alongside an internal definition. If the discrimination underlying crimes against humanity are accepted as unilateral, the dynamic nature of identities would be neglected. This is because we can talk about discrimination when there is a conflict between ascribed meaning to an identity with a behavior that is opposite to this meaning, individually or socially. In this respect, it is necessary to consider social identities as a construction process. For example, perceptions about whether homosexuals choose homosexuality or whether it is considered as hereditary is an element that constructs homosexuality and discrimination in society. Therefore, social identities need to be updated according to these parameters. On the other hand, identities have the potential to change the dominant discourse and social cohesion. Since even modern societies coexist within certain assumptions, the dynamic structure formed around this conflict area should manifest itself in the rules of law. For this, balanced national and international developments should be progressed to protect identities against the abstract rules that hold the society together. In acts that are described as crimes against humanity, the role of social identity motivation is very evident both in terms of history and social science. When coding or judging these acts, referring to uncertainty like “humanity” and the concepts that are not related to this uncertainty means covering the effect of “social identity”.

While determining whether a crime includes a social identity motive, concrete data that will strengthen the certainty of law should be considered. From this point of view, concrete psychological and sociological data should be taken as a reference in *de lege ferenda- de lege lata* distinction that is shaped by the theoretical inconsistencies determined by the study in crimes against humanity and social identity approach that can respond to them. When the effects of these data were noticed in the legal environment, both *Geny* and *Duguit* from the perspective of natural law and *Pound*, in social engineering thought, have seen that the prominence of sociology, psychology, and anthropology disciplines are undeniable. The positive approach of this study is

based on that a transcendent and untestable acceptance, such as humanity would damage the certainty of law. By testing the suitability of theoretical and clinical social psychology data towards social identities to concrete crime cases, the study aimed to base the thesis that legal certainty can be established with more appropriate reasoning.

As a result, the study proposes to regulate national criminal laws that consider the social identity motive as a qualified form of the relevant offenses rather than a separate type of “crimes against humanity”. Because nations have construction processes for their own unique social identity parameters. A universal transcendence should be avoided since it cannot be proved that acts, considered crimes against humanity tend towards an unspecified concept of humanity.

İnsanlığa Karşı Suçlarda Sosyal Kimlik Motivasyonu Üzerine Mantıksal Bir Yaklaşım

Giriş

Ayrımcılığın en şiddetli ve en belirgin örnekleri olarak karşımıza çıkan fiiller, insanlığa karşı suç terimi ile aşkın bir değerle ifade edilmiştir. Ancak terimin tarihsel ve kavramsal gelişimine bakıldığında, bir takım temelsiz kabullere dayandığı ortaya çıkacaktır. Ayrımcılığın arka planında saklı olan kimlikler, esasen sosyal ve bireysel inşa süreci ile kurulan kabullerdir. Sosyal kimliklerin çatışmasının fiile yansımaları olarak ortaya çıkan ayrımcılık,¹ aşkın kabuller yerine somut verilerle ele alınırsa daha sağlam bir teori kurmak mümkün olacaktır. Bu bağlamda çalışmanın ilk bölümü olan insanlığa karşı suçlar ile ikinci bölüm olan sosyal kimlikler konuları birbirinden bağımsız gibi görünse de üçüncü bölümdeki değerlendirmelerin sorun malzemesi birinci bölüm, çözüm malzemesi de ikinci bölüm olarak ifade edilebilir. Zira ilk bölüm insanlığa karşı suç kavramındaki tutarsızlıkları ortaya koyarak, ikinci bölüm ise bu tutarsızlıkları giderecek muhakemenin temel prensiplerini belirleyerek değerlendirme bölümünün konusu olmuştur.

Çalışmada izlenen yöntem, Aristotelyen mantığa ve diyalektik metoda dayanmaktadır. Tanımı ve ismi açısından tartışmaya açık unsurlar barındıran insanlığa karşı suçlar ilk terim (*major terminus*) olarak objektif verilerle kısaca açıklanmıştır. İkinci terim (*minor terminus*) olan sosyal kimlikler teorisinin yine öncelikli olarak objektif çerçevesi çizilmiştir. Diyalektiğin uygulandığı değerlendirme bölümünde orta terim (*medius terminus*) olarak kimliksel motivasyon uygulanarak iki ayrı disiplin arasında bir bağlam kurulmaya çalışılmıştır. Bu bağlam, iki disiplinin temel prensiplerini objektif olarak öncelikli vermek için yalnız değerlendirme bölümünde ifade edilmiştir. Çalışmanın sunum metodu her ne kadar diyalektik mantık şeklinde olsa da insanlığa karşı suç kavramı kendi içinde analiz edilirken tarihsel açıklama (*historia*) ve nazari açıklama (*theoria*) ayrımları gözetilerek alt başlıklarda tarihsel bir düzen izlenmiştir. İnsanlığa karşı suçlarda mahkemelerin hükümlerini içeren usuli ve sınırlı² bir zorunluluk alanı bulunduğundan yargısal uygulamalar (*practica*) ayrı bir başlıkta incelenmiştir. Sosyal kimlik kavramının ise öncelikle sosyal bilimlerdeki genel karşılığı, sonrasında inşa sürecine ilişkin sosyal psikoloji alanındaki çalışmalar aktarılmıştır. Değerlendirme bölümünde öncelikle insanlığa karşı suçlarla ilgili ana akım tartışmalardaki pozisyon belirlenmiş, sonrasında bu çalışmanın kendi pozisyonu izah edilmiştir. Değerlendirmedeki sentez, temel olarak insanlığa karşı suç kavramının

1 İnsan Hakları Komitesi'nin 1989 yılında ayrımcılığın nasıl anlaşılması gerektiğine dair kabul ettiği genel yorumda dayanak noktası "ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal veya diğer bir düşünce, ulusal veya siyasal köken, mülkiyet veya diğer bir durum" olarak ifade edilmiştir. Human Rights Committee, CCPR/C/21/Rev.1/Add.1, 3, aktaran; Malcolm N. Shaw, *Uluslararası Hukuk* (İbrahim Kaya et al. Trans, 8th edn, Tüba 2018) 231.

2 Mahkeme kararlarının çizdiği insanlığa karşı suç çerçevesi, kavramın kendisine yönelik bir zorunluluk ifade etmesi de bu çerçevenin, somut olaya uygulama açısından sınırlı bir zorunluluk alanı bulunmaktadır.

yadsınmasına ve bu kavramın kaynağının sosyal kimliklerle birleştirilmesine dayanmaktadır. Burada uluslararası ceza hukukunun konusu olan insanlığa karşı suçlarla ilgili tespit edilen tutarsızlıklara sosyal kimlikler teorisi ile cevap verilmek suretiyle daha tutarlı bir bağlam kurulmak istenmiştir. Sonuç itibarıyla çalışmanın ortaya koyduğu kompozisyon, insanlığa karşı suç teorisi ve pratiğinde suçun maddi ve manevi unsurunun insanlığa yönelmiş bulunmadığından hareketle kimlik saiki³ ile işlenen ilgilili⁴ suçlarda nitelikli hal düzenlemesine yönelik öneridir.

I. İnsanlığa Karşı Suçlar

A. İnsanlığa Karşı Suçların Tarihsel Özeti

İnsanlık tarihi İÖ 146 yılında Kartaca'nın tarumar edilmesi veya İS 70 yılında Kudüs'ün yıkılması gibi örneklerle erken dönemde karşılaşmıştır.⁵ Yunan düşüncesinde barbarlarla (Yunan olmayan, Yunanca konuşmayan) yapılan savaş, gerekli ve haklı görülmekteydi. İnsanlığı, moral bir değer yerine tüm insanların toplamı kabul etmek şartıyla "insanı sevmek" kavramını ifade eden *philantrōpia* ise, yasa yapımında etkin bir rolü olmasa da antik Yunan'da ortaya çıkan öncü kavramlardandır.⁶ Roma'nın özellikle geç dönem cumhuriyet uygulamasında yabancılara yönelik *humanitas* yaklaşımı, kavimler hukukunun önemli bir unsuruydu. *Cicero* (İÖ 106- İÖ 43) *humanitas* için eğitim, hayvani şiddetin ötesi, sevgi ve şefkat kelimelerini kullanmıştır.⁷ *Schulz*'a göre *humanitas* ifadesi sadece ahlaki ve entelektüel eğitimi değil aynı zamanda nezaket, iyilik ve sempati, kişinin iradesinin kısıtlanması, başkalarını düşünmek gibi değerleri karşılamaktadır.⁸ Yine Roma'da kullanılan *bellum justum* kavramı ise bir tarafı haklı diğer tarafı haksız olan bir savaşın ancak haklı bir savaş olabileceğine işaret etmekteydi.⁹ Fakat *humanitas* ifadesi toplumsal hayat için zaruri görülen köleliğe etki

3 Saik kelimesi gramer ve anlam itibarıyla bir davranışa sevk eden (*motive*) demektir. Mücrim zihin (*mens rea*) kavramı, fiil (*actus reus*) bilincinin varlığını ifade eder. Niyet (*intention*), etimolojik olarak bir soyutlama (*Absicht*) fikrini içerir ve bir davranışı gerçekleştirmek için *a priori* bilinçli bir karardır. Deneylerde, niyet genellikle görev talimatlarıyla tanımlanan hedeflerle (*goal*) eşleştirilir. Hedefler, bir denegin bir duruma ulaştıktan sonraki davranış değişiklikleriyle tespit edilebilir. Dolayısıyla *ex ante* bir kullanımı yoktur. Amaç (*purpose*) kavramının ise literatürde kâinatın ve hayatın amacı gibi teleolojik (*teleologic*) ve varoluşsal (*existential*) kullanımları bulunduğundan bu kavram, aşkın ve öznel kurgu veya bağlamlara işaret eder. Fiilin işlenmesinde failin bu tür referansları söz konusu olabilir ancak bu referanslar, test edilemeyen aşkın varsayımlar yerine seküler zemine dayanan bir hukuk düzeninde, varoluşsal değil, gözlemsel olarak ele alınmalıdır. Bu açıdan çalışmada tercih edilen saik terimi, failin bir etkeni amaç edindiği iddiasını değil, faili harekete geçiren etkeni objektif olarak değerlendirmeyi ifade eder. Tanımlar için bkz. <<https://dictionary.apa.org/>> Erişim Tarihi: 21.12.2020. *Hegel* düşüncesinde kendisi-için (*for-itself*) subjektif iradenin kavrama uygunluğu talep edilir ve amaçlanır. Subjektif iradenin dışlanması ise "fiil"dir. *Hegel*, fiilin kavramla bağlantısını zorunlu olarak ifade etmiştir. Bkz. Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Hukuk Felsefesinin Prensipleri* (Cenap Karakaya Trans, 2nd edn, Sümer Yayıncılık 2015) 126- 127. Ancak kanaatimizce böyle bir "zorunluluk" ve bu zorunluluktan yola çıkarak subjektif iradede objektif ahlaklılığa geçiş kesin olarak tutarsızdır. Çünkü fiilin kavramla ilişkisi ancak gözlemlenebilir ve varsayılabilir. Bu çalışma özgür irade ve iradeye etki eden motivasyonların gözlenerek araz (*accident*) öncesinde kesinleştirilemeyen kaotik (*chaotic*) karakterdeki fiil ve olaylara bilimsel bir bakış açısı önermektedir.

4 Mevcut insanlığa karşı suç tanımında geçen ve ulusal mevzuatta zaten suç olarak kabul edilen seçimlik hareketlere işaret etmektedir.

5 Coşkun San, *İnsanlık Aleyhine Suçlar ve Genocide Sözleşmesi* (Ankara Yarı Açık Cezaevi Matbaası, 1966) 2.

6 Rustam Atadjanov, *Humanness as a Protected Legal Interest of Crimes Against Humanity Conceptual and Normative Aspects* (International Criminal Justice Series 22, Asser Press 2019) 36.

7 Ibid 42.

8 Fritz Schulz, *Principles of Roman Law* (Clarendon Press 1956) 189-190; Atadjanov (n 6) 38.

9 San (n 5) 2.

etmediği gibi,¹⁰ *bellum justum* ifadesi de politikanın gereklerine göre icra edilecek bir savaşın esasına etki etmemiştir.

Ortaçağ Avrupası'nda *Augustinus* (354- 430) ve *Thomas Aquinas*, (1225-1274) *bellum justum* kavramına Hristiyan değerler yüklemeye gayretindeydi. *Augustinus*, barışı ve düzeni sağlama adına yürütülen savaşı haklı bir savaş olarak görmekteydi. Diğer taraftan *Thomas*'ın doğal hukuku akılcı ve seküler bir zeminde temellendirmesi, doğal hukuktan beslenen küresel insanlık ve insanın doğası kavramlarına farklı bir yön vermiştir.¹¹ Ortaçağ Avrupası'nda insanlık kavramının en belirgin test sahası savaş hukuku olarak karşımıza çıkmıştır. Özellikle Haçlı savaşları ile gelişen dini, etnik ve siyasi referanslar, Moğol saldırıları ile birlikte barış ve düzeni bozma adına kavramsal gerekliliklerin tam tersi ekseninde bir uygulama ortaya koymuştur. Ancak bunun yanında *Gratien*'in (?-1159) *Concordantia Discordantium Canonum* (1151) eseri, 14. yüzyıl Fransa'sında II. Jean ve VI. Charles Fermanları (1351), İngiltere'de Richard'ın orduda gözetilecek emirname ve adetler hakkında statüsü (1385), Cesur Charles'ın Nizamnameleri (1468-1471) gibi savaş hukukunu düzenlemeye yönelik çabalar ortaya çıkmaktadır.¹² Rönesans hümanizminin amacı hemen her durumda onurlu bir şekilde işleyen, kişinin fiziki ve entelektüel mükemmeliyetini referans alan “evrensel insan” iken, modernitede egemenlik fikrinin ortaya çıkışı, savaş hukuku ve barışçıl çözüm yollarının gelişimine ivme kaybettirmiştir.¹³ Bu süreçte 19. yüzyılın ikinci yarısına kadar savaş hukuku, teamül şeklinde gelişmiştir.¹⁴

1856 Paris Beyannamesi, korsanlığın kaldırılması ve tarafsız gemilerdeki düşman eşyasının ve düşman gemilerdeki tarafsız eşyanın müsadere edilmemesi gibi konuları düzenlemiştir. 1864 Cenevre Sözleşmesi ise savaşta yaralanan askerlerin durumlarının düzeltilmesini düzenlemiştir. 1868 St. Petersburg Deklarasyonu savaşta yangın çıkarıcı ve patlayıcı madde kullanımını yasaklamıştır. 1871 Washington Andlaşması tarafların savaş sırasındaki yükümlülüklerini belirlemiştir.¹⁵

15 Eylül 1890 tarihinde Afro-Amerikan bir asker olarak Belçika Kongo'suna giden George Washington Williams tarafından Amerikan Dışişleri Bakanı James G. Blaine'e yazılan mektupta “köle ticareti yapan ve birçok insanlığa karşı suç işleyen Belçika Kongosu'nun güven ve desteği hak etmediği” ifadesi geçmektedir. Bu belge insanlığa

10 Atadjanov (n 6) 40.

11 Atadjanov (n 6) 51- 52.

12 San (n 5) 4.

13 Atadjanov (n 6) 54. Hümanizm (*humanism*) esas itibarıyla insanı merkeze alan bir eğitim sistemi ve araştırma metodudur. Bkz. Robert Grudin, “Humanism” (Encyclopaedia Britannica 22.10.2020) <<https://www.britannica.com/topic/humanism>> Erişim Tarihi: 15.12.2020. İnsancıl (*humanitarian*) yaklaşım ise insan erdeminin gelişimini esas alır. Kriminoloji alanındaki gelişmelerde insancıl yaklaşımın etkisi için bkz. Thomas J. Bernard, “Criminology” (Encyclopaedia Britannica 18.10.2019) <<https://www.britannica.com/science/criminology>> Erişim Tarihi: 15.12.2020.

14 San (n 5) 5.

15 Lassa Francis Lawrence Oppenheim and Hersch Lauterpacht *International Law, A Treatise- II: Disputes, War and Neutrality* (7th edn, Longman, Green 1955) 227-228; Seha L. Meray, *Devletler Hukukuna Giriş- II* (Ankara Üniversitesi Matbaası, 1959) 332; San (n 5) 5- 6.

karşı suç teriminin bilinen ilk kullanımı olarak tarihe geçmiştir.¹⁶ 1863 yılında Birleşik Devletler Başkanı Lincoln'un isteğiyle iç savaş sırasında Birlik Ordusu'na rehber olacak 157 maddelik talimat Lieber Emri (*Lieber Code*), savaş hukukunun ilk modern kodifikasyonu olarak kabul edilir.¹⁷ Daha sonra düzenlenen 1899 ve 1907 La Haye Konferansları, savaş hukuku açısından en önemli gelişmelerdendir. 1907 Konferansı'nda kara savaşı hukukuna ilişkin IV. Sözleşme de dâhil olmak üzere 13 Sözleşme kabul edilmiştir. Konferanslarda Rus delege Fyodor Martens'in önsözü, insanlık yasalarını (*laws of humanity*) ulusların hukuku (*law of nations*) prensiplerini tesis eden bir unsur olarak zikretmiştir.¹⁸ İnsanlığın karşı karşıya kaldığı en büyük yıkımlardan I. Dünya Savaşı sonrasında pozitif hukuktaki boşluk, gün yüzüne çıkmıştır. Savaş sırasındaki gayri insani uygulamalar sonucu, savaş hukuku ihlallerini düzenlemek, hatta savaşı kanun dışı kabul etmek gibi fikirler üzerine çeşitli gayretler ortaya çıkmıştır. 24 Mayıs 1915 tarihinde Fransa, Büyük Britanya ve Rusya ortak bir bildiri yayımlayarak Türkler'in Ermenilere karşı işlediği fiilleri insanlık ve medeniyete karşı bir suç olarak tanımlamıştır.¹⁹ Terimin henüz ilk evresinde Rus Dışişleri Bakanı Sazonov'un Hristiyanlığa karşı suç önerisinin Fransız Dışişleri Bakanı Delcassé tarafından kolonilerdeki Müslüman nüfusu gücendirmeme düşüncesiyle kabul görmediğini belirtmek gerekir.²⁰ Böylece insanlığa karşı suç terimi ilk kez uluslararası bir belgede yer bulmuştur.

İnsanlığı karşı suç kavramının gelişme evresinde konu ile benzeşen ilk düzenlemeler olan savaş hukuku ihlallerine ilişkin ilkeler, Leipzig Mahkemesi'nin konuya ciddiyetle eğilmemesi²¹ üzerine beklenen gelişmeyi gösterememiştir. Yine saldırıyı tanımlayan ve milletlerarası uyuşmazlıklarda barışçıl çözüm yollarına başvurmayı şart koşan 1924 Cenevre Protokolü de kabul görmemiştir. Almanya'yı uluslararası sisteme yeniden entegre eden 1925 Locarno Andlaşmaları, daha sonra Almanya tarafından ihlal edilecektir. 1927 yılında Milletler Cemiyeti'nin yayınladığı savaşı yasaklayan bildiri ise pozitif hukukta bir karşılık bulmamıştır. Bunun yanında olumlu denebilecek gelişmeler de yaşanmıştır. İlk kez 1928 yılında 6. Panamerikan Konferansı'nda saldırı savaşı, insanlığa karşı bir suç olarak nitelendirilmiştir. 1928 Briand-Kellog Paktı, diğer adıyla Paris Paktı'nın ilk maddesi, " *tarafların savaşa başvurmayı kınaması*" şeklinde tanzim edilmiştir.²²

16 Norman Geras, *Crimes Against Humanity: Birth of A Concept* (Manchester University Press 2011) 4.

17 Atadjanov (n 6) 66.

18 Geras (n 16) 6.

19 US National Archives RG59, 867.4016/67; Mahmoud Cherif Bassiouni, *Crimes Against Humanity: Historical Evolution and Contemporary Application* (Cambridge University Press 2011) 88; Hüseyin Günel, *Hannah Arendt Düşüncesinde İnsanlığa Karşı Suçların Temellendirilmesi* (Doktora Tezi 2013) 11-12. İnsanlığa karşı suç teriminin hukuki orijinine ilişkin ileri tartışmalar için bkz. Antonio Cassese, *International Criminal Law* (Oxford University Press 2003) 67-74

20 Antonio Cassese, "Crimes Against Humanity: Comments on Some Problematical Aspects" in Paola Gaeta and Salvatore Zappala (eds) *The Human Dimension of International Law* (Oxford University Press 2008) 458.

21 Bkz. bu çalışmada "Yargısal Uygulamalar".

22 San (n 5) 10. 1989 yılında UNESCO tarafından kabul edilen Sevilya Tebliği (*Seville Statement on Violence*), savaşın insan doğasında bulunduğu tezinin "bilimsel" olarak doğru olmadığını ifade etmiştir. Bkz. David Adams (ed), *Seville Statement on Violence: Preparing the Ground for the Constructing of Peace* (UNESCO 1991).

1939-1945 yılları arasında gerçekleşen ve 100 milyondan fazla insana direkt etki eden II. Dünya Savaşı, geride bıraktığı yıkımla birlikte savaş suçlarına ilişkin gelişmelere ivme kazandırmıştır. Henüz savaş devam ederken Cambridge Cezai Gelişim ve Yeniden İnşa Komisyonu (*International Commission for Penal Reconstruction and Development*), Londra Uluslararası Asamblesi (*London International Assembly*),²³ St. James Palace Beyanamesi (*Declaration of St. James' Palace*) ve 30 Ekim 1943 tarihli Moskova Demeci (*Moscow Declaration*) savaş suçlarının cezalandırılmasına yönelik gerekli ortamı hazırlamıştır. Yine 1943 yılında teşekkül eden Savaş Suçları Komisyonu, soruşturma, uygulama ve danışma görevleri için üç ayrı komiteye ayrılmıştır. Komisyon, savaş suçlarına ek kategorilere duyulan ihtiyacı gündemine almıştır.²⁴ Bu sürecin sonunda 8 Ağustos 1945 tarihli Avrupa Mihver Devletleri Büyük Savaş Suçlarının Kovuşturulması ve Cezalandırılmasına Dair Andlaşma (*Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis*) ekine askeri mahkemenin yetki ve görevlerini de belirleyen bir statü iliştilmesi ile Nürnberg Mahkemesi vücut bulmuştur.²⁵

İkinci Dünya Savaşı sonrasında Eski Yugoslavya ve Ruanda'da yaşanan olaylar, meseleyi uluslararası kabul edip burada işlenen suçların soruşturulması için uluslararası ceza mahkemesi kurulmasına vesile olmuştur. Yugoslavya ve Ruanda örneklerinin önemi, bu olaylar neticesinde kurulan uluslararası ceza mahkemelerinin statülerinde insanlığa karşı suç kategorisine yer vermesindedir. Yugoslavya'nın dağılma sürecinde çıkan çatışmalarda üç yüz bin kişi ölmüş, 2 milyon kişi yaşadığı yeri terk etmek zorunda kalmıştır. Burada ortaya çıkan insan hakları ihlalleri, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Kararları²⁶ ve NATO müdahalesine sebep olmuştur. Güvenlik Konseyi'nin 827 Sayılı Kararı ile uluslararası bir ceza mahkemesinin kurulması yetki sınırlarıyla birlikte takdir edilmiştir.²⁷ Ruanda'da ise 1994 senesinde başlayan Hutular ve Tutsiler arasındaki etnik temelli olaylar, yaklaşık yüz gün gibi kısa bir sürede beş yüz bin ile bir milyon aralığında Tutsi ve ılımlı Hutu'nun ölümüne neden olmuştur.²⁸ Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin 955 sayılı kararı ile yetki sınırları belirlenerek bir uluslararası ceza mahkemesinin kurulması mümkün olmuştur.

23 İlhan Lütem, *Harp Suçları ve Devletlerarası Hukuk* (Güney Matbaacılık ve Gazetecilik 1951) 43- 50, San (n 5) 12.

24 Egon Schwelb, "Crimes Against Humanity" (1946) 23 *British Year Book of International Law* 178, 184-185; Christopher Roberts, "On The Definition of Crimes Against Humanity and Other Widespread or Systematic Human Rights Violations" (2017) 20 (1) *Pennsylvania Journal of Law and Social Change* 1, 4.

25 Bkz. Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis (adopted 08.08.1945 entered into force 08.08.1945) 82 UNTS 280; Oppenheim-Lauterpacht (n 15) 577- 578; Lütem (n 23) 62- 63; San (n 5) 14.

26 UNSC Res 713 (25.09.1991) UN Doc S/RES/713; Res 764 (21.07.1992) UN Doc S/RES/764; Res 771 (13.08.1992) UN Doc S/RES/771; Res 780 (14.09.1992) UN Doc S/RES/780; Res. 808 (22.02.1993) UN Doc S/RES/808; Res. 827 (25.05.1993) UN Doc S/RES/827.

27 Bkz. UNSC Res 827 (25.05.1993) UN Doc S/RES/827 <<http://unsr.com/en/resolutions/doc/827>> Erişim Tarihi: 20.04.2020; Gökçen Alpkaya, *Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi* (Turhan Yayınevi 2002) 28; Rasan Luqman Sabah, *Uluslararası Hukukta İnsanlığa Karşı Suçların Tanımlanması* (Yüksek Lisans Tezi 2019) 47.

28 Bkz. Lemarchand René, "The State of Research" (25.06.2018) <<https://www.sciencespo.fr/mass-violence-war-massacre-resistance/en/document/rwanda-state-research>> Erişim Tarihi: 20.04.2020.

Nürnberg, Tokyo, Eski Yugoslavya ve Ruanda örneklerinde geçici ve yetki sınırları soyut normlar yerine olay sonrası şartlarla belirlenen yargı mekanizmaları söz konusu olmuştur. Uluslararası topluma hitap eden, daimi olarak varlığını sürdüren ve kanunilik, doğal hâkim gibi ilkelerin daha işler durumda olacağı bir uluslararası ceza mahkemesi fikri, 1998 yılında kabul edilen Roma Statüsü'nden daha eskidir. Bu fikri destekleyen tecrübelerin yanında, böyle bir mahkemenin kurulmasını gerekli kılan, 1989 yılında Trinidad ve Tobago'nun Uluslararası Hukuk Komisyonu'na başvurusu ve 1990'lı yıllardaki gelişmeler gösterilebilir.²⁹ La Haye'de daimi olarak faaliyet gösterecek Uluslararası Ceza Mahkemesi'ni kuran ve insanlığa karşı suç başlığında soyut bir tanımlama yapan Roma Statüsü, 2002 yılında 60 taraf devlete ulaştınca yürürlüğe girmiş oldu. Sosyal ve hukuki tecrübelerden yararlanarak insanlığa karşı suçlarla ilgili gelişmelere yön veren kodifikasyon çalışmaları, Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun hazırladığı 1951³⁰, 1954³¹, 1986³², 1991³³ ve 2019³⁴ taslaklarıdır.³⁵

İnsanlığa karşı suç kavramına yön veren tarihsel arka plan, bu kavramın ele alınışına ve gereklilik şartlarına ilişkin bir fikir vermektedir. Hukuki bir terim olarak insanlığa karşı suçların daha iyi anlaşılması için bu terimin kavramsal bileşenlerini oluşturan normatif gelişimini ortaya koymak gerekmektedir.

B. İnsanlığa Karşı Suçların Normatif Gelişimi

Henüz 1941'de Nazi'lerin yaptığı "barbarlıklar" konusunda uyarılarda bulunan İngiliz Başbakanı Winston Churchill, ismi olmayan bir suçun (*a crime without name*) varlığına dikkat çekmiştir.³⁶ İnsanlığa karşı suçlarla ilgili ilk normatif düzenleme olan Nürnberg Şartı'nın 6. Maddesi, Nürnberg Mahkemesi'nin konu bakımından yetkisini üç kategoride sıralamıştır:

- 1- Barışa karşı suçlar
- 2- Savaş suçları
- 3- İnsanlığa karşı suçlar

29 Günel (n 19) 44- 45; Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin tarihsel süreciyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. William Anthony Schabas, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute* (Oxford University Press 2010); Mahmoud Cherif Bassiouni, *The Legislative History of the ICC* (Transnational Publications 2005); Shaw (n 1) 287.

30 ILC, "Report of the International Law Commission covering the work of its third session 1951" (1957) II YILC 1 <https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1951_v2.pdf> Erişim Tarihi: 04.06.2020.

31 ILC, "Report of the International Law Commission covering the work of its sixth session" (1954) II YILC 140 <https://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/reports/a_cn4_88.pdf&lang=E> Erişim Tarihi: 04.06.2020.

32 ILC, "Report of the International Law Commission on the work of its thirty-eighth session" (1986) II(2) YILC 5 <https://legal.un.org/ilc/documentation/english/reports/a_41_10.pdf> Erişim Tarihi: 04.06.2020.

33 ILC, "Report of the International Law Commission on the work of its forty-third session" (1991) II(2) YILC 9 <https://legal.un.org/ilc/documentation/english/reports/a_46_10.pdf> Erişim Tarihi: 04.06.2020

34 ILC, "Report of the International Law Commission on the work of its seventy-first session" (2019) II YILC 10 <<https://legal.un.org/docs/?path=../ilc/reports/2019/english/chp4.pdf&lang=EFSRAC>> Erişim Tarihi: 04.06.2020.

35 Ayrıntılı bilgi için bkz. Atadjanov (n 6) 105- 113.

36 Winston Churchill, *Never Give In! The Best of Winston Churchill's Speeches* (New York: Hyperion 2003) 297300.

Nürnberg Şartı³⁷ 6. Maddenin (c) bendinde karşımıza çıkan insanlığa karşı suçlar kavramı, ika edildikleri memleketin iç hukukuna aykırı olsun olmasın, şu şekilde tanımlanmıştır.

“Bu tür fiiller, barışa karşı bir suç ya da herhangi bir savaş suçu işlenirken yapılmış olduğunda yahut, bu tür zulüm, barışa karşı bir suç ya da herhangi bir savaş suçu ile bağlantılı olarak icra edildiği takdirde (olmak kaydıyla), herhangi bir sivil nüfusa karşı işlenen öldürme, toplu yok etme, köleleştirme, sınır dışı etme ve diğer insanlık dışı fiiller, yahut siyasal, ırksal ya da dinsel nedenlere dayalı olarak yapılan zulüm.”³⁸

Metnin resmi dillerinden Fransızca ve İngilizce versiyonlarında savaş kelimesinden sonra noktalı virgül kullanılmış, daha sonra insanlığa karşı suçların savaş suçları ve barışa karşı suçlarla bağlantısını pekiştirmek için bu kullanım, resmi Rusça versiyonuna uygun şekilde virgül olarak değiştirilmiştir.³⁹ Terimin uluslararası bir yargılama zemininde ilk kez kullanıldığı Nürnberg Şartı’nda neden insanlığa karşı suç ibaresinin tercih edildiğine dair bir kayıt bulunmamaktadır. Terim, Nürnberg’de başsavcı olan Birleşik Devletler Yüksek yargıca Robert Jackson tarafından *H. Lauterpacht* ile kayda geçmeyen bir görüşme sonucu seçilmiştir.⁴⁰ Londra Andlaşması gereği müttefiklerin çıkardığı 10 sayılı Almanya’yı Denetleme Kanunu (*Allied Control Council Law No 10*) da insanlığa karşı suç tanımını Nürnberg Şartı’na benzer şekilde yapmıştır.⁴¹ Yukarıdaki tarife göre suçun maddi unsurunu oluşturan fiiller, belirli seçimlik hareketler ve bütün diğer gayri insani hareketler şeklinde sayılmıştır. Şart’ta “herhangi bir sivil nüfusa karşı” işlenmiş olma koşulu arandığı için tek bir insana yönelik fiillerin insanlığa karşı suç kabul edilemeyeceği sonucu çıkar.⁴² Yine bu ifadeyle, failin kendi halkına karşı işlemiş olduğu fiiller de insanlığa karşı suç kapsamına alınmıştır.⁴³

Nürnberg Mahkemesi Şartı’ndaki insanlığa karşı suç kavramının manevi unsuru, kasttır. Şart’ın 6(c) hükmünde geçen “Mahkeme’nin yetkisine giren diğer suçlarla bağlantılı” ifadesi, özel bir saik (*dolus specialis*) varlığına işaret etmektedir. Yani, savaş suçu veya barışa karşı suçların işlenmesi veya işlenmesinin kolaylaştırılması söz konusu olmalıdır.⁴⁴ Suç teşkil eden failin faili Nürnberg Şartı ölçüsünde büyük savaş suçlusunu ifade edilir. Nürnberg Şartı 9. ve 10. maddelerde kolektif sorumluluk da düzenlenmiştir. Buna göre suçlu sayılan bir kişinin üyesi olduğu grup da suçlu

37 Çalışmada Londra Şartı değil, Nürnberg Şartı ifadesi tercih edilmiştir.

38 Türkçe metin için bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, *Ulusüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş* (Legal 2010) 452.

39 Geras (n 16) 14- 15.

40 David Luban, “A Theory of Crimes Against Humanity” (2004) 29 *The Yale Journal of International Law* 85, 86.

41 Kanunun 2/c maddesinin çevirisi için bkz. Elif Başkaracaoğlu, *Uluslararası Hukukta İnsanlığa Karşı Suçların Tanımlanması* (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2004) 28.

42 Öztekin Tosun, “İnsanlık Aleyhine Suçlar” (1954) 4 *Adalet Dergisi*, 404, 417; San (n 5) 15.

43 ILC, “Principles of International Law recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgement of the Tribunal” (1950) II YILC 374 para. 124 <https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/7_1_1950.pdf> Erişim Tarihi: 13.04.2020

44 Faruk Erem, *İnsanlığa Karşı Cürümler (Genocide)* (Ankara Üniversitesi Matbaası 1948) 23; Tosun (n 42) 400- 410; San (n 5) s.17.

bir organizasyon sayılabilecektir.⁴⁵ Japon büyük savaş suçlularının yargılanması için Uzak Doğu Şartı (*Far East Charter*) ile Uzak Doğu Uluslararası Askeri Mahkemesi (*International Military Tribunal for the Far East*) Nürnberg Mahkemesi modeli ile kurulduğundan, sınıf C olarak ifade edilen insanlığa karşı suçlar başlığında Nürnberg ile esas bakımdan bir fark bulunmamaktadır.⁴⁶

II. Dünya Savaşı'nın yaşattığı tecrübe, insanlığa karşı suçların yanına yeni bir suç tipinin oluşmasına zemin hazırlamıştır. *Lemkin*'in Yunanca ırk, kavim anlamına gelen “*genos*” ile Latince öldürmek anlamındaki “*cide*” kelimelerinden türettiği “*genocide*” kelimesi, belirli yönlerden insanlığa karşı suç çerçevesinin dışında kabul edilmiştir. Soykırım Sözleşmesi sisteminde bu farklılıklardan biri, insanlığa karşı suç herhangi egemen bir devlet tarafından soruşturulabilirken, soykırım suçunda evrensel bir yargı yetkisinin öne çıkmasıdır.⁴⁷ Diğer bir fark, insanlığa karşı suç tanımında listelenen sivil nüfusa karşı kök kazıma fiili, yok etme kastına yönelik kanıt gerektirmezken, Soykırım Sözleşmesi 2. madde, yok etme kastının gerekliliğine işaret etmektedir.⁴⁸ İnsanlığa karşı suç kavramı ortaya çıktıktan sonra Soykırım Sözleşmesi'ni gerektiren sebeplerin başında maddi hukuk bakımından insanlığa karşı suçların tanımındaki müphemlik gelmektedir. Savaş suçları ile aralarında belirgin bir ayrımın bulunmaması da bir diğer sebep olarak sayılabilir.⁴⁹ Soykırım Sözleşmesi'nde vurgulanan en mühim konu, suçun bir uluslararası hukuk suçu olduğudur.⁵⁰ Suçun mağduru ise milli, etnik, ırki veya dini bir grup olarak belirlenmiştir. Suçun genel kastı, fiili bilerek ve isteyerek işlemek iken, özel kastı, sayılan bir grubu tamamen veya kısmen imha etmek şeklinde belirlenmiştir.⁵¹ Soykırım Sözleşmesi ayrıca şahsi sorumluluğu düzenleyerek, emrin yerine getirilip getirilmediğine bakmaksızın fiili ika edenler için geniş bir sorumluluk zemini hazırlamıştır.⁵² Soykırımın dışında cezalandırılabilir fiiller ise soykırım için gizli anlaşma yapmak, doğrudan ve aleni tahrik, teşebbüs veya iştirak halleri olarak sayılmıştır.⁵³ Sözleşme ayrıca, taraf devletlerin ulusal hukukta ilgili yasal düzenlemeleri yapma taahhüdünü de içermektedir.⁵⁴ Bu, soykırım fiilinin iç hukukta da suç kabul edilmesini dolayısıyla ulusal mahkemelerce yargılanabilmesini ifade etmektedir.

45 Erem (n 44) 9- 11; Tosun (n 42) 414. Bu şekilde suçlu olarak kabul edilen organizasyonlar; Nazi Partisi Şefler Topluluğu, Gestapo, S. D. SS. olarak belirlenmiştir. Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi ise sadece gerçek kişileri yargılama yetkisine sahiptir. Bkz. San (n 5) 19.

46 Meray (n 15) 466; Lütem (n 23) 84- 85; San (n 5) 21.

47 Omar Bartov, “Introduction” in Dan Eshet (ed) *Totally Unofficial: Raphael Lemkin and the Genocide Convention* (Facing History and Ourselves 2007) XII.

48 Luban (n 40) 97. İnsanlığa karşı suç ile soykırım suçu arasındaki değerlendirme için bkz. *Prosecutor v Jean Kambanda (Judgement and Sentence) ICTR-97-23-S, Ch I (04.09.1998)* para 14 <http://www.worldcourts.com/ictc/eng/decisions/1998.09.04_Prosecutor_v_Kambanda.pdf> Erişim Tarihi: 09.12.2020

49 Erem (n 44) 8; San (n 5) 26.

50 Convention on Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (adopted 09.12.1948 entered into force 12.01.1951) 78 UNTS 277, art 1.

51 Genocide Convention (n 50) art 2.

52 Genocide Convention (n 50) art 4.

53 Genocide Convention (n 50) art 3.

54 Genocide Convention (n 50) art 5.

Sözleşme aynı zamanda âkit devletlere o dönem henüz kurulmamış olan Uluslararası Ceza Mahkemesi'ne başvuruyu da yetkisini tanımları halinde mümkün kılmıştır.⁵⁵ Hem devletlerin Sözleşme'ye uyumunu iç hukuk düzenlemelerine taahhüt içermek, hem de suçu uluslararası nitelikte tanımlamak gibi bir çelişki,⁵⁶ Holocaust gibi büyük bir sarsıntının etkisini ortaya koymaktadır.

Eski Yugoslavya'nın dağılma sürecinde Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliği'ne o zamanki adıyla İslam Konferansı Örgütü (*Organisation of the Islamic Conference*) adına gönderilen mektupta, Nürnberg ve Tokyo'dan sonra gelişen teamül hukukunun bir ürünü olarak işkence, kısırlaştırma, tecavüz, kişiyi kölelik durumuna getirme, esaret veya zorla çalıştırma, nüfusun tehirci veya zorla nakli, sistematik yağma ile kamu ve özel mülkiyetin sistematik tahribi fiillerinin insanlığa karşı suçların seçimlik hareketlerine eklenmesi önerilmiştir.⁵⁷ Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi (*International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*) Statüsü'nde, insanlığa karşı suçlar başlığı altında, Mahkeme'nin yetki çerçevesi herhangi bir sivil nüfusa karşı uluslararası veya iç silahlı çatışma sırasında gerçekleştirilen, öldürmeler (*murder*), kök kazımlar-tenkil (*extermination*) köleleştirmeler (*enslavement*) sürgün (*deportation*), hapsedme (*imprisonment*), işkence (*torture*), tecavüz (*rape*), siyasal, ırksal veya dinsel sebeple mezalim⁵⁸ (*persecution*) ve diğer gayri insani hareketler olarak belirlenmiştir.⁵⁹ Sıralamanın Nürnberg Şartı'ndan daha açık olmasının yanında dikkat çeken husus, hapsedme, işkence ve tecavüz başlıklarının eklendiği ve “diğer gayri insani hareketler” seçeneği ile ucu açık bir kavramın tadadı sayımla muhafaza edildiği gerçeğidir. Eski Yugoslavya ve Ruanda mahkemelerinin statülerinde, soykırım suçu ayrı olarak düzenlenmiştir. 1994 tarihli Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi (*International Criminal Tribunal for Rwanda*) Statüsü'nde insanlığa karşı suç tanımı Eski Yugoslavya Mahkemesi Statüsü'ne benzer şekilde ifade edilmiş ve “yaygın veya sistematik bir saldırı dâhilinde işlenen cürümler” vurgusu yapılmıştır.⁶⁰ Ruanda Statüsü'nde, Eski Yugoslavya Statüsü'nden farklı olarak insanlığa karşı suçların barış zamanında işlenebileceğine yönelik gelişmeyi de vurgulamak gerekir.⁶¹

55 Genocide Convention (n 50) art 6.

56 Tosun (n 42) 434; San (n 5) 32- 33.

57 UNGA “Letter dated 31 March 1993 from the representatives of Egypt, the Islamic Republic of Iran, Malaysia, Pakistan, Saudi Arabia, Senegal and Turkey to the United Nations addressed to the Secretary-General” (1993) UN Doc Supp No A/47/920 S/25512, 2- 3

<<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N93/195/87/IMG/N9319587.pdf?OpenElement>> Erişim Tarihi: 06.06.2020; Robert Dubler SC and Matthew Kalyk, *Crimes against Humanity in the 21st Century: Law, Practice and Threats to International Peace and Security* (Brill Nijhoff 2018) 161.

58 Suçun işaret ettiği fiil, grup temelli yapılan zulümler olduğu için zulüm yerine mezalim kelimesi tercih edilmiştir.

59 Updated Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (adopted 25.05.1993 amended 07.07.2009) UN Doc RES/1877, art 5 <https://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf> Erişim Tarihi: 20.04.2020.

60 Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda (2007) art 3 <https://legal.un.org/avl/pdf/ha/ictr_EF.pdf> Erişim Tarihi: 20.04.2020; çeviri için bkz. Başkaracaoğlu (n 41) 30.

61 Canan Ateş Ekşi, *Uluslararası Ceza Mahkemesinin İnsanlığa Karşı Suçlar Üzerindeki Yargı Yetkisi* (Seçkin Yayıncılık 2004) 95; Muntasser Muhammed Jasim Al- Mashhadani, *Uluslararası Hukukta İnsanlığa Karşı Suçlar* (Yüksek Lisans Tezi 2017) 16.

II. Dünya Savaşı sonrasında, ulusal mahkemelerde yerleşik bir insanlığa karşı suç uygulamasından söz etmek mümkün değildir. Zira yeni oluşan bu suç tipinin uygulanması, en başta kanunsuz suç ve ceza olmaz (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) ilkesine aykırı telakki edilmiştir.⁶² Aslında bu durum, insanlığa karşı suç kavramının bir milletlerarası hukuk konusu olarak doğduğu ve böyle kabul edildiği şeklinde ifade edilebilir. 1998 yılında kabul edilen ve 2002 yılında yürürlüğe giren Roma Statüsü'nde insanlığa karşı suçların oluşabilmesi için öncelikli şart, yaygın veya sistematik bir fiilin sivil nüfusa karşı yönelmiş olması ve seçimlik hareketlerde sayılan fiil veya fiillerin bilgisiyyle hareket edilmesidir. Ayrıca suç tanımına uygun seçimlik hareketlere bir takım güncellemeler yapılmıştır. Sürgünün yanında cebri olarak nüfusun nakli (*forcible transfer of population*), hapsedmenin yanına temel uluslararası hukuk ihlali olarak fiziksel özgürlükten ciddi yoksunluk (*severe deprivation of physical liberty*) eklenmiştir. Tecavüzün yanında cinsel kölelik, cebri fuhuş, hamleliğe zorlama, cebri kısırlaştırma ve benzer ağırlıktaki diğer cinsel şiddet şekilleri eklenmiştir. Kişilerin cebren kaybedilmesi de suçun tanımına uygun unsurlardan sayılmıştır. Roma Statüsü de sayımı tahdidi düzenlemeyip, bilinçli olarak uluslararası anlamda büyük acılara, ciddi bedensel, zihinsel veya fiziksel yaralanmalara sebep olan diğer gayri insani fiilleri de kapsama dâhil etmiştir. *Ratner ve Abrams*'ın, diğer gayri insani fiillere verdiği örnekler şunlardır: “tıbbi deneyler, sakat bırakma, şiddetli dayaklar, gıda yoksunluğu, kısırlaştırma, ceset ihlalleri, zorla soyunma, sevdiklerine karşı vahşetlere zorla tanık olma ve diğer korkunç fiziksel ve zihinsel saldırılar”.⁶³ İnsanlığa karşı suçlar başlığında toplumsal kimliklere yönelik olarak Roma Statüsü'nde daha belirgin bir yaklaşım söz konusudur. Roma Statüsü, ırk ayrımcılığını (*apartheid*) ayrı bir bentte saymıştır. Mezalim bahsinde ise mağdur, “siyasi, ırksal, ulusal, etnik, kültürel, dini, cinsiyet (erkek ve kadın anlamında) zemininde veya ilgili maddeye referans veren, ya da Mahkeme'nin yetkisindeki suçlarla bağlantılı olup, evrensel anlamda yasak kabul edilen zeminlerde teşhis edilebilir gruplar veya kolektifler” şeklinde ifade edilmiştir.⁶⁴ Mezalimin sebebi bir grup veya kolektifin kimliği olarak gösterilmiştir.⁶⁵

İnsanlığa karşı suçların normatif çerçevesi bu kısım itibarıyla çizildikten sonra, mahkemelerde ortaya konulan muhakemeye dair yargısal uygulamalara değinmek gerekmektedir.

C. Yargısal Uygulamalar

I. Dünya Savaşı'ndan sonra, 1919 Versailles Konferansı'na hazırlık amacı ile Sorumlulukların Tespiti Komisyonu (*Commission of Responsibilities*) kurulmuştur. Komisyon, her mağdur devletin kendisine yönelik suçların faillerini bizzat

62 Lüttem (n 23) 172; San (n 5) 22.

63 Steven R. Ratner and Jason S. Abrams, *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law: Beyond the Nuremberg Legacy* (2nd edn, Oxford University Press 2001) 74; Luban (n 40) 99.

64 Rome Statute of the International Criminal Court (adopted 17.07.1998, entered into force 01.07.2002) 2187 UNTS 4, art 7/1.

65 Rome Statute (n 64) art 7/2-g.

cezalandırmasını, ancak İtilaf Devletleri'nin (*allies*) askerleri ve halkına karşı işlenip, konu itibarıyla yerel mahkemelerde görülemeyecek suçlar için yüksek mahkeme kurulmasını teklif etmiştir. Versailles Andlaşması'nın 227-250 maddeleri savaş suçlarının cezalandırılmasına ayrılmıştır. İmparator II. Wilhelm'in yargılanmasına ilişkin 227. madde, Hollanda'nın kendisine sığınan İmparatoru iade etmemesi ile uygulanamamıştır. Daha önce teşekkür eden hazırlık komisyonunun önerdiği üzere, birden fazla İtilaf Devleti vatandaşına karşı suç işleyen faillerin yargılanması için Leipzig Yüksek Alman Mahkemesi yetkilendirilmiştir. Her ne kadar hükümet, savaş suçları konusunda kararlılık ifade etse de Alman kamuoyu baskısındaki Mahkeme, 901 davadan 888'ini beraatla, 13'ünü mahkûmiyetle sonuçlandırmış, bunun yanı sıra verilen cezaların da caydırıcı olmadığı hususunda itilaf devletlerince tepkiye maruz kalmıştır.⁶⁶

Nürnberg ve Tokyo mahkemelerinin kuruluş ve çalışma şartlarına bakıldığında, galip devletlerin adaleti görünümünde olması ayrı bir eleştiri konusudur.⁶⁷ 1907 La Haye Sözleşmesi'nin Nürnberg yargılamalarında uygulanması, IV. La Haye Sözleşmesi 2. maddesindeki taraf devletlere uygulama hükmü gereği tartışılmıştır. Ancak Mahkeme, bu kuralların genel hukuk ve savaş teamülü olarak kabul gördüğünü, ayrıca tüm medeni milletlerce de tanındığını ifade ederek özellikle savaş suçları açısından Sözleşme'nin referans alınabileceğini uygun görmüştür.⁶⁸ Savaş suçları açısından 1907 La Haye ve 1927 Cenevre Sözleşmeleri, barışa karşı suçlar için Milletler Cemiyeti Misakı, 1924 Cenevre Protokolü, 1925 Locarno ve 1928 Paris Andlaşmaları referans olarak alınmıştır. Ancak Nürnberg yargılamalarında insanlığa karşı suçlar bu bakımdan mesnetsiz kalmıştır.⁶⁹

Nürnberg, Eski Yugoslavya ve Ruanda örneklerinde süre, konu ve yer kısıtı ile mahkemelerin yargı yetkisi tanımlanmıştır. Nürnberg Mahkemesi nezdinde savaşın başladığı 1939 yılından önce siyasi muhaliflerin öldürülmesi, birçoğunun korku ve zulüm altında toplama kamplarında bulunması, sivillere mezalim, baskılama ve öldürme politikalarının ancak tatmin edici şekilde ispat edilmek şartıyla insanlığa karşı suç olarak kabul edilmesi mümkündür. Bu yüzden savaş öncesinde gerçekleşen bu tür eylemlerin genel olarak doğrudan insanlığa karşı suç kabul edilmesine yönelik bir açıklamadan imtina edilmiştir.⁷⁰ İlginçtir ki Nürnberg yargılamalarında Mahkeme, tespitlerini iddia edilen fiillerin kesin tarihine dayandırmış ve bu fiillerin savaş suçları ve barışa karşı suçlarla olan ilişkisine daha az odaklanmıştır.⁷¹ II. Dünya Savaşı'ndan

66 Meray (n 15) 461; Lütem (n 23) 27- 29; San (n 5) 9.

67 Tosun (n 42) 423; San (n 5) 26.

68 The Avalon Project, "Judgement: The Law Relating to War Crimes and Crimes Against Humanity" <<https://avalon.law.yale.edu/imt/judlawre.asp>> Erişim Tarihi: 19.04.2020.

69 Tosun (n 42) 423- 424; San (n 5) 26.

70 International Military Tribunal, "Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal" (1947) I Secretariat of the Tribunal 254 <https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/NT_Vol-I.pdf> Erişim Tarihi: 15.04.2020; International Law Commission (n 43) para 121 <https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/7_1_1950.pdf> Erişim Tarihi: 14.04.2020.

71 UNWCC "Law Reports of Trials of War Criminals" (1949) IX UNWCC 1, 47 <https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/Law-Reports_Vol-9.pdf> Erişim Tarihi: 08.06.2020; Schwelb (n 24) 204- 205; Beth van Schaack, "The Definition of Crimes Against Humanity: Resolving the Incoherence" (1999) 37 Columbia Journal of Transnational Law, 787, 814.

sonra kurulan Nürnberg ve Tokyo Mahkemeleri, jüri sistemi bulunmayan, yetkileri sınırlı olarak tanımlanmış *Ad Hoc* oluşumlardır. Nürnberg yargılamalarında insanlığa karşı suçlardan yalnız iki kişi hüküm giymiştir. Bunlardan biri ölüme, diğeri 20 yıl hapse mahkûm edilmiştir.⁷² 5700'den fazla Japon'un konvansiyonel savaş suçu ve insanlığa karşı suç kategorilerinde yargılandığı Tokyo Mahkemesi, 4 Kasım 1948 tarihinde 1214 sayfalık kararını açıklamıştır. Hüküm giyen 2 kişi, yargılamalar sırasında ölmüş, kalan 25 mahkûmiyetin 7'si ölüm cezası olarak hükme bağlanmıştır.⁷³

Her ne kadar Eski Yugoslavya Mahkemesi Statüsü'nde tüm insanlığa karşı suç tipleri için ayrımcılık kastı gereksinimi anlamı çıkarmak mümkün olmasa da *Tadic* yargılamasında Temyiz Dairesi bunun aksi yönünde bir tutum izlemiştir.⁷⁴ *Tadic* Kararı'nda sırf şahsi sebeplerle bu suçun işlenemeyeceği, bunun yanında direkt sivil nüfusa karşı, yaygın ve sistematik örüntülerinin (*pattern*) fail tarafından bilinmesi gerektiği belirtilmiştir.⁷⁵ Savcı ise savunmanın fiilin işlenmesinde şahsi sebepler sunarak insanlığa karşı suçlar sorumluluğundan kaçınması ile Statü'nün amacının aşılabacağını ileri sürmüştür.⁷⁶ İlk derece *Tadic* yargılamasında teamül hukukunun insanlığa karşı suçlarda bir politika varlığını gerektirdiği, ancak bunun devlet kaynaklı olmasının zorunlu olmadığı sonucuna varılmıştır.⁷⁷ Bu yaklaşım, *Kunarac* ve diğerleri davası temyizinde terk edilerek devlet eylemi veya herhangi bir politikanın varlığı suçun bir unsuru değil, destekleyici bir delil olarak değerlendirilmiştir.⁷⁸ Eski Yugoslavya'daki olayların simge isimlerinden *Tadic* ve *Erdemovic*, aralarında insanlığa karşı suçlar da bulunan çeşitli suçlardan hüküm giymiştir. Eski Yugoslavya Mahkemesi, ölüm cezasına hükmetmeyip, süreli hapis cezaları vermiştir.⁷⁹

Ruanda'da, *Akayesu* davasında bu örüntüler resmen uygulanmasa da önceden düşünülmüş bir plan veya politikanın varlığı gerekli kabul edilmiştir. Bu davada yaygınlık ifadesi için “*önemli ciddiyette kolektif olarak icra edilen ve çok sayıda mağdura karşı yöneltilmiş olan büyük, sık geniş ölçekli bir eylem*” tanımı, sistematik ifadesi için “*esaslı ölçüde kamusal veya özel kaynaklar içeren ortak bir politika temelinde düzenli bir örüntü izleyen ve başından sonuna organize olan*” tanımı uygun görülmüştür.⁸⁰ Ruanda

72 Oppenheim- Lauterpacht (n 15) 34; San (n 5) 18.

73 John Alton Hosch, “More About the IMTFE” (University of Georgia, 02.04.2019) <<http://libguides.law.uga.edu/c.php?g=177176&p=1164581>> Erişim Tarihi: 18.04.2020.

74 *Prosecutor v Tadic (Judgement) IT-94-I-T, A Ch* (15.07.1999) para 281-305 <<https://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/en/tad-aj990715e.pdf>> Erişim Tarihi: 29.05.2020; Luban (n 40) 103.

75 *Prosecutor v Tadic* (n 74) para 248.

76 *Prosecutor v Tadic (Brief of Argument of the Prosecution- Cross-Appellant) IT-94-I-T, A Ch* (12.01.1998) 65- 66; van Schaack (n 70) 834- 835.

77 *Prosecutor v Tadic (Judgement) IT-94-I-T, T Ch* (07.05.1997) para 654- 655 <<https://www.icty.org/x/cases/tadic/tjug/en/tad-ts70507JT2-e.pdf>> Erişim Tarihi: 07.06.2020; Charles Chernor Jalloh, “What Makes a Crime Against Humanity A Crime Against Humanity” (2013) 28(2) American University International Law Review, 381, 396.

78 *Prosecutor v Kunarac and others (Judgement) IT-96-23 & 23/1-A, A Ch* (12.06.2002) para 98 <<https://www.icty.org/x/cases/kunarac/acjug/en/kun-aj020612e.pdf>> Erişim Tarihi: 31.05.2020; Shaw (n 1) 312; Jalloh (n 77) 397.

79 Alpkaya (n 27) 62; Sabah (n 27) 54.

80 *Prosecutor v Akayesu (Judgement) ICTR-96-4-T, Ch I* (02.09.1998) para 580 <<https://unictr.irmct.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ict-96-4/trial-judgements/en/980902.pdf>> Erişim Tarihi: 31.05.2020; Shaw (n 1) 311.

Uluslararası Ceza Mahkemesi, soykırım ve insanlığa karşı suçlardan yargılanan *Jean Paul Akayesu*'yu, halkın kıskırtılması, doğrudan emirler verme, işkence ve ölümlerin yönetilmesi gibi isnat edilen 15 eylemin 9'undan suçlu bulmuştur.⁸¹

Ulusal düzeyde yargılamalarla ilgili karşımıza çıkan ilk örnek, I. Dünya Savaşı'ndan sonra İtilaf Devletleri'ne mahkeme atama hakkı veren Sèvres Andlaşması'na dayanılarak Ermeni olayları ile ilgili 34 kişinin mahkûm edildiği İstanbul yargılamalarıdır.⁸² II. Dünya Savaşı sonrasında ulusal düzeyde çeşitli yargılamalar bulunmaktadır. Alman mahkemeleri 1955 yılına kadar yürürlükte kalan 10 sayılı Almanya'yı Denetleme Kanunu içeriğindeki savaş suçları ve insanlığa karşı suçlar tanımlamalarına göre yargılamalara devam etmiştir. Savaş sonrası Alman ve Avusturyalı 60.000 kişinin bu şekilde Almanya'da yargılandığı değerlendirilmektedir. Almanya kovuşturmada istekli görünse de af, yasal sınırlamalar ve zayıflıklar ile düşük düzeyli suçluların yargılanması yönleriyle eleştiri konusu olmuştur.⁸³ Avusturya'da ise 1945-1955 yılları arasında halklar mahkemesi (*Olksgerichte*) kurularak Nazi yargılamaları gerçekleştirilmiştir. Ancak bu yargılamalarda özel olarak insanlığa karşı suçlar ifadesi yerine, savaş suçları, işkence, mezalim, insan onurunu zedelemek ve soykırım başlıkları esas alınmıştır.⁸⁴ II. Dünya Savaşı sırasında Yahudilere yönelik tehcir, toplama kampları ve kök kazıma uygulamalarının organizasyonunda birinci derecede rol alan *Adolf Eichmann*, savaş bittiğinde bir süre sahte kimlikle yaşadıktan sonra MOSSAD tarafından İsrail'e getirilerek yerel mahkeme tarafından Yahudi halka karşı işlediği suçlardan dolayı ölüme mahkûm edilmiş ve Yüksek Mahkeme'ye yapılan itiraz kabul görmemiştir.⁸⁵ Fransız Parlamentosu insanlığa karşı suçları 1964 yılında iç hukukuna dâhil etmiştir. Lyon kasabı olarak bilinen *Barbie*'nin yanı sıra *Touvier* ve *Papon* insanlığa karşı suçlardan hüküm giymiştir. Fransız mahkemelerinin bu yargılamalarda Nürnberg Şartı'nda bulunmayan bir iç hukuk düzenlemesi olan "ideolojik hegemonya politikası" şartını aradığını belirtmek gerekir.⁸⁶ Burada insanlığa karşı suça ilişkin ulusal düzeyde normatif düzenlemelerin, yargılamada belirgin farklılıklara yol açabileceği ortaya çıkmaktadır. Türk hukukunda insanlığa karşı suçlar başlığındaki belirgin farklılıklar ise felsefi saikin, kasten yaralamanın ve bilimsel deneylere tabi kılmanın suçun seçimsel unsurları bakımından söz konusu edilmesidir.⁸⁷ Kanada Yüksek Mahkemesi tarafından görülen *Regina v. Finta* davasında insanlığa karşı suçu Kanada Ceza Kanunu'ndaki herhangi bir suçtan ayıran unsur, "teşhis edilebilir grup veya ırkın ayrımcılığına veya mezalimine yönelik politikayı takip eden acımasız ve korkunç saldırı" şeklinde

81 Muzaffer Yasin Aslan, *Teoride ve Uygulamada Savaş Suçları* (Bilge Yayınevi 2006) 69; Sabah (n 27) 59.

82 Bassiouni (n 19) 93.

83 Bassiouni (n 19) 665.

84 Bassiouni (n 19) 669.

85 Bassiouni (n 19) 670.

86 Bassiouni (n 19) 671- 678.

87 Türk Ceza Kanunu, Kanun Numarası : 5237. Kabul Tarihi : 26/9/2004. Yayımlandığı Resmi Gazete Tarihi: 12/10/2004 Sayı: 25611, Madde 77.

ifade edilmiştir.⁸⁸ Nitekim Ruanda Mahkemesi Statüsü'nün 3. maddesi hem öldürme hem de mezalim fiilleri için ayrımcılık kastı aramıştır. *Regina v. Finta* davasında teşhis edilebilir grup veya ırkın varlığı, insanlığa karşı suçu ayırt etmek için anahtar olarak değerlendirilmiştir. Oysa Uluslararası Ceza Mahkemesi savcıları, bu önemli nüansı dikkate alıp, örneğin öldürme tipi bir insanlığa karşı suçta, ayrımcılık kastının varlığını kanıtlamak zorunda değildir.⁸⁹ Bunun yerine Uluslararası Ceza Mahkemesi uygulaması, teşhis edilebilir herhangi grup (*any identifiable group*) kriterine referansla sivil nüfus formülünü işleterek askerlere ve şahıslara yönelen fiilleri dışarıda bırakmayı tercih etmiştir.⁹⁰ Daimi bir uluslararası yargı merci olarak kurulan Uluslararası Ceza Mahkemesi, taraf devletlerin ulusal hukukunu tamamlayan (*complementary*) nitelikte bir yargı yetkisine sahiptir.⁹¹ Burada insanlığa karşı suçların konu edildiği 18 davadan 12'si halen devam etmektedir.⁹² Bu bölümde özetlenen yargısal uygulamaların yanında insanlığa karşı suçlarla ilgili İtalya, Kanada, İspanya, Arjantin, Endonezya, Şili, Peru ve Irak'ta da ulusal mahkemeler mesai harcamıştır.⁹³

İnsanlığa karşı suçların mevcut çerçevesi böylece çizilmiştir. Bu kavramı farklı bir şekilde ele alabilmek için öncelikle farklı bir açıdan bakmak gerekmektedir. Bu bağlamda çalışmanın sonraki inceleme konusu, insanlığa karşı suç fiillerinin kaynağı olarak değerlendirilebilecek sosyal kimliklerdir.

II. Sosyal Kimlik Yaklaşımı

A. Sosyal Bilimlerde Kimlik Kavramının Ana Hatları

Kimlik (*identity*), Latince “aynısı” anlamındaki *idem* kelimesinden türemiş, 20. yüzyıla kadar yaygın olarak kullanılmamıştır.⁹⁴ Bu bakımdan tarihte bir takım kimliklere verilen isimler aynı olsa da karşılıkları anlamların farklı olduğunu göz ardı etmemek gerekir.⁹⁵ Kimliklerin belirli ayrımlarla ortaya çıktığı kabul edildiğinde, temel bir kadın erkek ayrımının ataerkil köklerini antik mitlere ve yaratılış hikâyelerine kadar dayandırmak mümkündür.⁹⁶ Antik Yunan, kendilerinden olmayana barbar olarak

88 Luban (n 40) 104.

89 Ibid.

90 Ibid.

91 Rome Statute art 1 ve art 17.

92 International Criminal Court <<https://www.icc-cpi.int/cases>> Erişim Tarihi: 29.04.2020.

93 Ayrıntılı ve daha fazla bilgi için bkz. Bassiouni (n 19) 679- 723; karma mahkemeler ve uluslararası özellikteki ulusal mahkemelerle ilgili uygulamalar için bkz Shaw (n 1) 293- 303.

94 Gordon Marshall, *Sosyoloji Sözlüğü* (Osman Akınhaya and Derya Kömürcü Trans, Bilim ve Sanat 1999); Metin Uçar, *Değişen Bilim Anlayışında Yöntem (Hermeneutik) ve Toplumsal Kimlik Sorunu* (Yüksek Lisans Tezi 2002) 138.

95 Uçar (n 94) 173.

96 Kadın ve erkek arasında varsayılan eşsizliğin ontolojik temeline örnek olarak semitik dinlerde kadının erkeğin kaburga kemiğinden yaratılmasına ilişkin bkz. The King James Version of the Holy Bible (2014) Genesis 2:22, 2:23. Söz konusu inancın Sümer dilindeki ses benzerliğinden ve yanlış çeviriden kaynaklandığını belirten görüş için bkz. Samuel Noah Kramer, *History Begins at Sumer* (3rd edn, University of Pennsylvania Press 1981) 144. Antik Yunan mitolojisinde ise Epimetheus'a verilen cezanın kadın olması veya Prometheus'un tanrılardan ateşi çalması sebebiyle insanlara ceza olarak kadının yaratılması bu geleneğe örnek gösterilebilir. Bkz. Hesiodos, *Theogonia - İşler ve Günler* (Sabahattin Eyüboğlu, Azra Erat Trans, İş Bankası 2016).

isimlendirirken, Roma döneminde en belirgin kimlikler, sınırlı vatandaşlık haklarına sahip *plebler* ile *patricia* arasındadır. Feodal düzende ise dini kimliklerin yanında suzerain- vassal ayrımı ön plandadır. Ortaçağ Avrupası'nda dini kimliklerin önemi belirgin iken, bu kimlikler 16. yüzyılda siyasi kimlikler halini alacaktır.⁹⁷ Fransız İhtilali'nden sonra ulusal kimliklerin önem kazandığını söyleyebiliriz. Ancak *nationalité* kelimesinin Fransız Akademisi Sözlüğü'ne 1835'te girmesi⁹⁸ ve Massimo d'Azeglio'nun "*İtalya'yı kurduk, şimdi İtalyanları kurmalıyız*" sözü,⁹⁹ basit bir neden-sonuç ilişkisinin değil, ama bir inşa sürecinin varlığına işaret etmektedir. Modern topluma geçişte ise ekonomik ve politik temelde ortaya çıkan kimlikler toplumsal zeminde etkili olmuştur. Toplumun doğal zorunluluklardan veya sembolik değerlerle kurulduğuna yönelik iki ayrı yaklaşım, toplumsal kimlikleri açıklamak için de bir ayrım olarak ortaya çıkmaktadır.¹⁰⁰ Örneğin Amerika Birleşik Devletleri'ne göç edenler ilk olarak yabancı sayılmış, iki kuşak sonra ise Amerikalı kimliğinde eritilmiştir. Son dönemde ise Amerikalı kimliğinin dayatılması ayrımcılık olarak anlaşılmıştır.¹⁰¹

Kimliğe bireyin kendini açıklama ve anlamlandırma biçimi olarak bakıldığında doğayı açıklama biçimi olan bilimsel paradigmanın kimlikle tutarlı olup olmadığı *Marx* ve *Frued*'un ilgisini çekmiştir. *Marx*, böyle bir tutarsızlığı yabancılaşma (*alienation*) kavramıyla açıklamıştır. Yabancılaşma, kişinin kendisine özgün işlevlerin para gibi nesnelere aktararak çözülmesidir.¹⁰² Çözülmenin gerçekleşmesi ise kişinin istençlerini bile sağlıklı bir şekilde ortaya koyamaması ile sonuçlanır.¹⁰³ *Freud*, kişinin kendi içinde gerçeklikle olan çelişkileri ussallaştırarak (*rationalization*) kimlik gibi imgeler kurduğunu ifade eder.¹⁰⁴ Belirtmek gerekir ki *Marx*'ın gerçekliği ekonomik çıkarların maskeleydiği toplum düzeni iken, *Freud*'un gerçekliği toplumsal yasaklamalarla ortaya çıkan bastırmalardır.¹⁰⁵ Diğer taraftan *Huntington*'ın medeniyetler çatışması tezi, ideolojik ve ekonomik temeldeki çatışmaların yerini kültürel farkların aldığını ileri sürer. Örnek olarak ise 1930 İspanya iç savaşını ve Yugoslavya'nın dağılma

97 Alaeddin Şenel, *Siyasal Düşünceler Tarihi* (Ankara Üniversitesi Matbaası 1982) 236; Uçar (n 94) 144. 16. yüzyılda mezheplerin siyasileşme süreci için bkz. Mary Morrissey, "Confessionalism and Conversion in the Reformation" (Oxford Handbooks Online 2015) <<https://www.oxfordhandbooks.com/view/10.1093/oxfordhb/9780199935338.001.0001/oxfordhb-9780199935338-e-73?print-pdf>> Erişim Tarihi: 18.12.2020.

98 Ali Fuat Başgöl, "Millet, Milliyet, Milliyetçilik" (1959) 271 *Türk Yurdu* 3, 5; Uçar (n 94) 156. İhtilal öncesi dönemde uygulanan merkezileşme politikası için bkz. Peter Burke, "The Fabrication of Louis XIV" (1992) 42(2) *History Today* 24-30. *Nationalité* kelimesinin Akademi Sözlüğü'ne girişi için bkz. <<https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A6N0071>> Erişim Tarihi: 18.12.2020.

99 Ozan Erözden, *Ulus- Devlet* (Dost 1997) 123; Uçar (n 94) 156.

100 İlkay Sunar, *Düşün ve Toplum* (Doruk 1999) 12- 14; Uçar (n 94) 172.

101 Peter F. Drucker, *Kapitalist Ötesi Toplum* (Belkıs Çorakçı Trans, İnkılap 1997) 215, 216; Uçar (n 94) 164.

102 Erich Fromm, *Yeni Bir İnsan, Yeni Bir Toplum* (Necla Arat Trans, Say 1996) 56; Uçar (n 94) 222

103 Fromm (n 102) 70- 71; Uçar (n 94) 222.

104 Fromm (n 102) 112- 114; Uçar (n 94) 226.

105 Fromm (n 102) 142- 143; Uçar (n 94) 226. Ekonomik ayrımın merkez- çevre ilişkisi üzerinden şekillendiğine yönelik görüş için bkz. Joseph L. Love, "Raul Prebisch and the Origins of the Doctrine of Unequal Exchange" (1980) 15(3) *Latin American Research Review* 45- 72. Merkez- çevre ilişkisi sosyoloji ve uluslararası ilişkiler disiplinlerinde de kullanılmıştır. Bkz. Nemeth Roger and David A. Smith, "International Trade and World-System Structure: A Multiple Network Analysis" (1985) 8(4) *Review* (Fernand Braudel Center) 517- 560. Sınıf farklılığının temeline ilişkin ayrıca bkz. Hegel (n 3) 201.

sürecini verir.¹⁰⁶ Buna karşılık *Ajami*, devletin medeniyeti kontrol ettiğini ileri sürer. *Bartley* ise demokratik düzenin çatışmayı azaltıcı bir rol üstleneceğini belirtmektedir.¹⁰⁷ Küreselleşme bir taraftan Avrupa Birliği gibi ulus-üstü yapıları ortaya koyarken bir taraftan da ulus-altı yapıları bir süje olarak önermektedir. *Drucker* bunun sebebini Slovenya’da oturan insanların haritada yerini bilmeseler de Osaka’daki olaylardan etkilendiklerini anlamalarında görmüştür.¹⁰⁸ *Drucker*’e göre bu ulus-altı kimliklerin oluşumu, siyasal veya ekonomik temelden değil, küreselleşmenin insanlara getirdiği kendini yeniden tanımlama ihtiyacından hâsıl olmuştur.¹⁰⁹

Sosyal bilimler alanında modern bir okuma biçimi olarak inşacılık (*constructivism*), kimliklere belirleyici bir rol atfetmektedir. Buna göre insanlar, topluca hareket ederek kendileri için hareket edecek temsilcilere sahip olduklarında belirgin bir kimlik ölçüsünü şekillendirip devleti oluştururlar.¹¹⁰ *Ibn Haldun*’un devleti asabiyyete,¹¹¹ asabiyyeti ise nesebe bağlayan yorumu,¹¹² benzer bir inşa sürecini ortaya koymaktadır. Bu yaklaşımların en temel çıkarımı, devletlerin, insanların algısına bağlı olarak oluştuğu ve devam ettiğine yönelik tespittir. Liberal ve realist öğretiler, devletleri hayatta kalma çabası üzerinde ele alırken, inşacılık devletlerin ilgi alanlarına, kendilerini tanımlama biçimlerine ve kimliklerinin dinamik yapısına odaklanır.¹¹³ Örneğin Almanya ve Japonya’nın uluslararası ilişkilerde kendilerini yeniden konumlaması, sosyal yaratıcılıkla kimliklerinin değişkenliğini gösterir. Sosyal kimlikler açısından bilinmesi gereken en önemli konu, sosyal rekabet, sosyal yaratıcılık ve sosyal hareketlilik gibi yollarla sosyal kimliklerin dinamik bir yapıya sahip olmasıdır.¹¹⁴ Özellikle tüketim alışkanlıklarının yön verdiği post-modern toplumlarda kimliklerin daha geçirgen ve değişken olduğu ortaya çıkmaktadır.¹¹⁵

Sosyal kimlik denkleminin sosyal psikolojinin bir konusu olarak doğru anlaşılması için ana hatlarıyla özetlenen kimlik kavramının inşa sürecini incelemek gerekmektedir.

106 Samuel P. Huntington, *Medeniyetler Çatışması mı?* (Mustafa Çalık Trans, Vadi 1995) 13- 14; Uçar (n 94) 168.

107 Uçar (n 94) 168.

108 Drucker (n 101) 218- 219; Uçar (n 94) 169.

109 Drucker (n 101) 219- 220; Uçar (n 94) 170.

110 Nicholas Onuf, “Constructivism: A User’s Manual” in Vendulka Kubalkova, Nicholas Onuf, and Paul Kowert (eds) *International Relations in A Constructed World* (Routledge 1998) 65; Abdulkadir Nacar, *Sürdürülebilir Kalkınmaya Yönelik Kazanımlar ve Uluslararası Hukuki Uyuşmazlıklar* (Yüksek Lisans Tezi 2018) 55; Ayrıca bkz Maureen S. Hiebert, *Constructing Genocide and Mass Violence: Society, Crisis and Identity* (Routledge 2017).

111 *Ibn Haldun, Mukaddime- I* (Süleyman Uludağ ed, Dergâh 1982) 479.

112 *Ibn Haldun* (n 111) 431- 432.

113 Nacar (n 110) 53- 54.

114 Betül Özyılmaz Kiraz, *Dış Politika Yapımında Geniş Grup Kimliğinin ve Sosyal Kimliğin Etkisi: Türk Dış Politikası Örneği* (Doktora Tezi 2018) 61- 66.

115 Anthony Giddens, *Modernite ve Bireysel- Kimlik: Geç Modern Çağda Benlik ve Toplum* (Ümit Tatlıcan Trans, Say 2010); Zygmunt Bauman, *Postmodernlik ve Hoşnutsuzlukları* (İsmail Türkmen Trans, Ayrıntı 2000); David Chaney, *Yaşam Tarzları* (İrem Kutluk Trans, Dost 1999); Tunç Kaya, *Öz- Farkındalık, Bireysel Kimlik ve Toplumsal Kimliğin Holiganizm Üzerine Etkisi* (Yüksek Lisans Tezi 2019) 28- 29; Marilyn Brewer, “Superordinate Goals Versus Superordinate Identity as Bases of Intergroup Cooperation” in Dora Capozza and Rupert Brown (eds) *Social Identity Process* (Sage 2000) 117- 132.

B. Sosyal Psikolojide Sosyal Kimlik İnşası

Kimlik, çevresel ve genetik etkenlerle oluşan, bir potansiyel olarak ifade edilebilecek benliğin dışı vurulmuş hali olarak tanımlanmaktadır.¹¹⁶ Cooley, benliği, kişinin kendisi hakkındaki görüşlerin ve diğer kişilerin ona verdiği tepkinin bir yansıması şeklinde ayna benlik (*looking-glass self*) olarak görür.¹¹⁷ Mead ise benliği sosyal düzlemin etki alanındaki ego ile kişinin kendi hakkındaki düşüncelerinin yani “ben” in bir sentezi olarak ifade eder.¹¹⁸ Bu bağlamda benliği *a posteriori* olarak konumlandırır.¹¹⁹ Benliğin gelişimini ise “öteki” nin rolünü anlayıp “öteki” açısından kendine cevap vermekle, dolayısıyla bireyin kendini bir obje olarak görebilme kapasitesiyle açıklar.¹²⁰ Sosyal psikoloji alanında kimlik, bireydeki sosyal ve psikolojik unsurların bir sentezidir. Lewellen, kimliği inşa eden değişkenleri sıralarken bireyin kendine yönelik algısı ve toplumun bireye yönelik algısının yanında kimliklerle ilgili ayrımlar yapan toplum bilimcilerin bireye yönelik algısını da bir etken olarak öne çıkarmıştır.¹²¹

Kimliklerin bireysel ve toplumsal olmak üzere iki farklı yönü bulunmaktadır.¹²² Sosyal kimliğin nesnesi olan gruplar, sosyal etkileşimin (*interaction*) bir ürünü olarak karşımıza çıkar. Sosyal etkileşim ise bireyler arasında kurulan zihinsel etkileşim olarak açıklanır.¹²³ Brewer ve Gardner, bireysel, kişiler arası ve grup olmak üzere üç düzeyli bir taksonomi önermiştir. Burada temel ayrım, ikici (*dyadic*) etkileşimde etkin olan ilişki kimlikler ile geniş sosyal kategorilere üyelikten ileri gelen kolektif kimlikler arasındadır. İşte bu farklı öz temsil alanları, her bireyin kendi öz değerlendirmeleri,

116 Orhan Kaya, *Tehdit Algısı ve Sosyal Kimliğin Kolektif Eylem ile Algılanan Ayrımcılık Üzerine Etkisi* (Doktora Tezi 2019) 3.

117 Charles H. Cooley, “The Looking-Glass Self.” in Charles Lemert (ed), *Social Theory: The Multicultural Readings* (Westview Press 2010) 189; Gülgün Meşe, *Sosyal Kimlik ve Yaşam Stilleri* (Doktora Tezi 1999) 13.

118 George H. Mead, *Mind, Self, and Society from the Standpoint of a Social Behaviorist* (University of Chicago Press 1934); Meşe (n 117) 13. Hegel’in hukuk felsefesinde irade, “ben” in kendi üzerine dönük saf düşüncesi ile farklılaşmamış kesinsizlikten (*indetermination*), farklılaşmışlığa geçiş olarak “ben” momentlerinin birliğidir. Bkz. Hegel (n 3) 49- 52.

119 Bertrand Russell’a göre modern felsefe, Descartes’ın kendilik- düşünmek aksiyonunu dış dünyayı algılamak için bir yöntem olarak belirlemesiyle başlamıştır: “Descartes’ın bu adımı, Berkeley ve Kant aracılığıyla her şeyi yalnızca “ben” in ortaya çıkışı (*emanation*) sayan Fichte’ye bağlayabileceğimiz, gelişimin ilk sahnesini biçimler. Çılgınlığı böyle bir durum. Felsefe o zamandan beri, bu aşırı uçtan gündelik sağduyu dünyasına kaçmaya çabalamaktadır.” Bkz. Bertrand Russell, *Batı Felsefesi Tarihi- I* (Muammer Sencer Trans, Say 1996) 101. Türümcülük (*emanationism*), esasen ezoterik inanışta yoktan var etme (*creation ex nihilo*) inancına karşı, varlığın tanrıdan fişkırdığı şeklinde kabul edilir. Ancak türümcülük, panteizmdeki gibi tanrının varlıkta içkin olduğu (*vahdet-i vücud*) inancını kabul etmez. Bkz The Editors of Encyclopaedia Britannica, “Emanationism” (Encyclopaedia Britannica 20.07.1998) <<https://www.britannica.com/topic/emanationism>> Erişim Tarihi: 16.05.2020. Panteist inançlarda ve diğer inançların spirüalist yorumlarında insanın kişilik ve kimliğini inkâr etmek suretiyle bunlardan sıyrılarak enkarnasyonla “kendini” olmasını, dolayısıyla tanrı olmasını ifade eden *asceticism* öğretisi, sadece dini değil, aynı zamanda kültürel bir olgudur. Ancak bu tür öğretilerin toplumda geniş bir karşılığı bulunmadığından, “insanlığa karşı suç” fiili açısından genel kimlik algısından hareket etmek daha isabetlidir. *Asceticism* hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Rebecca Krawiec, “Asceticism” in David G. Hunter and Susan A. Harvey *The Oxford Handbook of Early Christian Studies* (Oxford University Press 2008) 764- 785.

120 Meşe (n 117) 13. Hegel, bireylerin yanında halkların da bu saf benlik bilincine erişemedikçe “şahsiyet” kazanamayacaklarını ifade eder. Bkz. Hegel (n 3) 72.

121 Ted C. Lewellen, *The Anthropology of Globalization: Cultural Anthropology Entersthe 21st Century* (Bergin & Garvey 2002) 92; Elvan Dadak, *Sosyal Kimlik Kuramı Bağlamında Bireylerin Kimlik ve Aidiyet Tanımlamaları: Kocaeli Kafkas Kültür Derneği Örneği* (Yüksek Lisans Tezi 2018) 15.

122 Hamit Coşkun, *Sosyal Psikoloji* (Lisans 2013) 358- 359; Kaya (n 116) 3.

123 Guy E. Swanson, “On Explanations of Social Interaction” (1965) 28 (2) Sociometry, 101, 102; Betül Özyılmaz Kiraz (n 114) 12.

referansları ve güdüsel hedefleriyle karakterize olur.¹²⁴ Diğer bir görüş, grubu topluluktan ayıran unsuru karşılıklı bağımlılık olarak ifade etmektedir.¹²⁵ *McDavid* ve *Harari* grup tanımında karşılıklı etkileşim ve işlevsel normların varlığını belirleyici bir unsur olarak ele almıştır.¹²⁶ *Smith* ise grup tanımını kolektif farkındalık kavramına vurgu yaparak kolektif davranabilen veya davranması beklenen sosyal yapılar şeklinde ifade etmiştir.¹²⁷ Grup düzeyinde bireysel düzeyden farklı olarak bir bilinç ve davranışın bulunup bulunmadığı ise tartışmalı bir konudur. Esasen bu tartışmada ironik olarak sosyolojik model, özellikle *Stryker*, bireysel kimlikler üzerinde dururken, psikolojik model ve sosyal kimlik teorisi, gruplar arası zemini öne çıkarmıştır.¹²⁸ *Allport*'a göre grup bilinci ve davranışının bir kavram olarak incelenmesi, esasında bireysel olan bir gerçekliği yanılıyla ele almak anlamına gelecektir.¹²⁹ Ancak *Lewin*, grup duygularının ortak bireysel duyguların ötesinde “başka” bir olguya dönüştüğünü ifade etmektedir.¹³⁰ Aynı yönde *Sheehy*, grubun ifade ettiği ahlaki statüyü öne çıkararak,¹³¹ *Sherif* ise grubun normatif yapısını vurgulayarak bireyin davranışlarını değiştirdiğini ortaya koymuştur.¹³² *Sageman* da grup düzeyindeki ele alışı 2004 yılında Madrid’de gerçekleşen terör eyleminde failerin teslim olmamak için birbirini motive etmesi örneği ile desteklemektedir.¹³³ Bir suç hikâyesinde sosyal kimliklerin etkin olduğundan bahsedilebilmesi için öncelikle bir “grubun” varlığının zorunluluğu, bu yaklaşımların her birini önemli kılmaktadır.

Genelde insanlar kendilerini birden fazla kimlikle tanımlarlar ve bu kimlikler birbiri ile çelişmemektedir.¹³⁴ Bir kişi, içinde bulunduğu ortamın etkisiyle davranışlarını

- 124 Kay Deaux, “Theoretical Perspectives, Models, Meanings and Motivations” in Dora Capozza and Rupert Brown (eds) *Social Identity Process* (Sage 2000) 4.
- 125 Kurt Lewin, *Resolving Social Conflicts: Selected Papers on Group Dynamics* (Harper 1958) 184; Özyılmaz Kiraz (n 114) 14.
- 126 John W. McDavid and Herpet Harari, *Social Psychology: Individuals, Groups, Societies* (Harper & Row Publishers 1968) 237; Özyılmaz Kiraz (n 114) 16.
- 127 Brewster Smith, “Social Situation, Social Behavior, Social Group” (1945) 52(4) *Psychological Review* 224, 227; Özyılmaz Kiraz (n 114) 17.
- 128 Deaux (n 124) 2. Kolektif bilinçdışı (*collective unconscious*) kavramı için ayrıca bkz. Karl Gustav Jung, *Collected Works v.9.1* (2nd edn, Princeton University Press 1968) 42- 53. Bu çalışmada referans alınan seküler hukuk düzeni ile ilişkisi bağlamında sekülerleşme kavramı, mistik inançlar halini alan kolektif bilinçdışı unsurların demistifikasyon süreci olarak görülebilir.
- 129 Floyd Henry Allport, *Social Psychology* (Houghton Mifflin Company 1924) 4- 5; Özyılmaz Kiraz (n 114) 19.
- 130 Donelson R. Forsyth, *Group Dynamics* (6th edn, Wadsworth Cengage Learning 2014) 21. Grup bilinci ve davranışının varlığına dair görüşler için bkz. Emile Durkheim, *Sosyolojik Methodun Kuralları* (Enver Aytekin Trans, 2nd edn, Sosyal Yayınlar 1994) 45; David W. Johnson and Frank P. Johnson, *Joining Together Group Theory and Group Skills* (7th edn, Pearson Allyn and Bacon 1997), 20; Özyılmaz Kiraz (n 114) 20.
- 131 Paul Sheehy, *The Reality of Social Groups* (Ashgate 2006); Özyılmaz Kiraz (n 114) 20.
- 132 Muzafer Sherif, “A Study of Some Social Factors in Perception” (1935) 187 *Columbia University Archives of Psychology* 1, 1- 60; Muzafer Sherif, *The Psychology of Social Norms* (Harper 1936); Özyılmaz Kiraz (n 114) 21.
- 133 Marc Sageman, *Leaderless Jihad: Terror Networks in the Twenty-First Century* (Philadelphia: University of Pennsylvania Press 2008) 87- 88; Özyılmaz Kiraz (n 114) 22.
- 134 Michael A. Hogg and Dominic Abrams, *Social Identifications: A Social Psychology of Intergroup Relations and Group Processes* (Routledge 1988) 126; Kaya (n 116) 4; Stephen Worchel et al, “A Multidimensional Model of Identity: Relating Individual and Group Identities to Intergroup Behaviour” in Dora Capozza and Rupert Brown (eds) *Social Identity Process* (Sage 2000) 17.

bireysel ve/veya sosyal kimliklerinden öne çıkan unsurlarla belirlemektedir.¹³⁵ Sosyal kimlik teorisi, sosyal kimliği bireylerin kendilerini toplum içinde konumlamaları ve tanımlamaları olarak ele alırken, bu sürecin bilişsel (*cognitive*) ve davranışsal (*behavioral*) yönlerinin bulunduğunu kabul eder. Örneğin önyargı¹³⁶ bilişsel, ayrımcılık ise davranışsal bir örüntüdür. Teorinin yaptığı bilişsel açıklama, bireylerin sosyal sınıflama (*categorization*), sosyal kıyaslama (*comparasion*) ve sosyal hüviyet (*identification*) süreçleriyle toplumla ilişki kurduğu şeklindedir. Sınıflama, bireylerin kendilerini veya başkalarını yer değiştirebilir belirli sosyal sınıfların üyesi görme eğilimidir. Örneğin bir kişinin kadın, tıp doktoru ve ressam olması gibi. Kıyaslama, belirli grup ve üyelerine verilen nispi değerlerdir. Örneğin hâkimlerin temizlik görevlerine göre yüksek sosyal konumda görülmesi gibi. Sosyal hüviyet, genelde bağımsız gözlemciler tarafından değil, bireylerin kendisi tarafından hissedilen sınıflar ve kıyaslamalardır. Sosyal kimlik (*identity*) ise sınıf, kıyas ve hüviyet bilgileri ile inşa edilen süreçler olarak kabul edilir.¹³⁷ Sosyal kimliklerin bilişsel inşa sürecinde göreceli yoksunluk (*relative deprivation*) yaklaşımı özellikle sosyal kıyaslama ile yakından ilgilidir. Politik bilimlerde de kendine yer bulan bu kavram, bireyin beklentileri ile yeterlilikleri arasındaki ayrımın algılanması şeklinde tanımlanır.¹³⁸ Göreceli yoksunluk yaklaşımında birey bu algılamayı başkaları ile kendini veya özdeşim kurduğu grubu kıyaslamak suretiyle gerçekleştirdiğinde, oluşan yoksunluk duygusunu yenmek için çeşitli davranışlar gerçekleştirir.¹³⁹ *Edelman*, sosyal kimliklerin oluşumunda güç odaklarının korunması için dost düşman ayrımının etkin olduğunu belirtmiştir. Bu kategorileri sürdürebilmek için düşman grubun farklılıkları üzerinde durmak gerekmektedir.¹⁴⁰ Burada tüm mevsuk (*authentic*) politikaların aslında düşmanlar arasındaki mücadelelerle var olduğunu hatırlamak gerekir.¹⁴¹ Kimliklerin davranışlar üzerindeki etkisi, bireyin bu kimliklerle kurduğu rol veya aidiyet bağlarıyla

135 Kaya (n 116) 3- 4.

136 Yorumlayıcı gelenek, *Jürgen Habermas* ile sosyal bilimlerle ilgili tartışmalara yeni bir yaklaşım kazandırmıştır. *Habermas*, kültürel bilginin ön-anlamaya (*pre-understanding*) rağmen değil, yorumlayıcının başlangıç durumundan gelen ön anlama sayesinde mümkün olduğunu ifade eder. Bkz. Paul Rabinow and William M. Sullivan, "Introduction: An Interpretive Turn" in Paul Rabinow and William M. Sullivan (eds), *Interpretive Social Science: A Reader* (University of California Press 1979) 17; Uçar (n 94) 129.

137 Naomi Ellemers, "Social Identity Theory" (Encyclopaedia Britannica 04.01.2019) <<https://www.britannica.com/topic/social-identity-theory>> Erişim Tarihi: 18.05.2020.

138 Henri Tajfel, "Social Categorization, Social Identity and Social Comparison" in Henri Tajfel (ed), *Differentiation Between Social Groups: Studies in the Social Psychology of Intergroup Relations* (Academic Press 1978) 61- 76; Meşe (n 117) 24.

139 Meşe (n 117) 24.

140 Murray Edelman, *The Need for Enemies* (The Sixth Annual Meeting of International Society of Political Psychology 1983); Uçar (n 94) 140. Diğergamlığın (*alturism*) ortaya çıkışında düşmanlığın etkisine dair bkz. Samuel Bowles, "Being human: Conflict: Altruism's Midwife" (2008) 456 Natute, 326- 327. Ayrıca sosyal kimliklerin farklılıklarını vurgulaması yönüyle dilin değişimi ve evrimini ele alan bir çalışma için bkz. Robin Dunbar, *Grooming, Gossip, and the Evolution of Language* (Faber and Faber Limited 1996). Konuyla ilgili bağlamında Eski Ahit'te Efraim sıptından olan kimselerin ayırt edici bir kıstas olarak "*shibboleth*" kelimesini doğru telaffuz edemediklerini, bu şekilde kendilerini belli ettiklerini örnek verebiliriz. Bkz. The King James Version of the Holy Bible (n 96) Judges 12:6.

141 Carl Schmitt, *The Concept of the Political* (George Schwab Trans, University of Chicago Press 1996) 26- 29; Luban (n 40) 119.

mümkün olmaktadır.¹⁴² Sosyal kimliğin bireysel bir kimlikten daha etkin durumda olması, belirli bir sosyal grubun ihtiyaçlarına odaklanması durumudur. Sosyal düzenin karmaşıklığından ötürü davranışlar sadece sosyal kimliklerle değil, ama aynı zamanda farklı güdüleyicilerden etkilenecek özgün davranışlarla da kendini gösterebilmektedir.¹⁴³ Esasen sosyal kimlik teorisinin bireyin grup içindeki davranışlarına yönelik önerilerinde bireysel davranışlara yön veren önceliklerin belirsizliği ve grup içinde bireysel çıkarlarla hareket edilmesi, teoriye yöneltilen eleştiriler arasındadır.¹⁴⁴

Sosyal Kimlik Teorisi'nin ileri sürdüğü kişinin bir sosyal kimlikle özdeşim kurduğuna yönelik bağlamın bilişsel yönünün yanında duygusal yönünün de bulunduğu kabul edilir.¹⁴⁵ Nitekim sosyal bir kimliğin bireyde oluşturduğu duygusal anlam, teoride önemle vurgulanmıştır.¹⁴⁶ Fischer ve Tangney'in, gurur ve suçluluk gibi duyguların benlik düzeyinde ve sosyal kıyaslama yoluyla ortaya çıktığını ifade etmesi,¹⁴⁷ bu tür duyguların özdeşim kurulan sosyal kimlikler düzeyinde de ortaya çıkabileceğini mümkün kılar.¹⁴⁸ Branscombe, Spears ve Manstead, iç grup üyelerinin davranışlarının da gurur ve suçluluk gibi duygulara grup düzeyinde sebep olabileceğini ortaya koymuştur.¹⁴⁹ Böyle bir yaklaşım esasen kolektif bir duygunun varlığını, kimliksel motivasyonun tekil bir suç hikâyesinde bulunabileceğine yönelik –kanıt olmasa da bir alamet olarak değerlendirmeyi ifade etmektedir. Nazizm 1930'ların Avrupa'sında yükselmeye başlamışken Dollard ve arkadaşları altta yatan psikolojiyi, psikodinamik temelli hüsrana uğramış hedefler (I. Dünya Savaşı mağlubiyeti), insanları yalnızca saldırganlık yoluyla dağıtılabilen yükseltilmiş bir hedefe yönelik uyarılma durumunda

142 Jan E. Stets and Peter J. Burke, "New Directions in Identity Control Theory" in Shane R. Thye and Edward J. Lawler (eds), *Social Identification in Groups*- 22 (Emerald Group Publishing 2005) 43; Kaya (n 116) 4.

143 Stephen D. Reicher, "The Battle of Westminster": Developing the Social Identity Model of Crowd Behaviour in order to Explain the Initiation and Development of Collective Conflict" (1996) 26(1) *European Journal of Social Psychology*, 115-134; Kaya (n 116) 4.

144 Donald M. Taylor and Fathali M. Moghaddam, *Theories of Intergroup Relations: International Social Psychological Perspectives* (2nd edn, Praeger Publishers 1994) 88; Özyılmaz Kiraz (n 114) 67.

145 Naomi Ellemers, Russell Spears and Bertjan Doosje, "Sticking Together or Falling Apart: In-group Identification as a Psychological Determinant of Group Commitment Versus Individual Mobility" (1997) 72 *Journal of Personality and Social Psychology*, 617- 626; Michael A. Hogg et al, "Uncertainty, Entitativity and Group Identification" (2007) 43 *Journal of Experimental Social Psychology*, 135- 142; Henri Tajfel, "Social Psychology of Intergroup Relations" (1982) 33 *Annual Review of Psychology*, 1- 39; Burada kastedilen duygunun tanımı ve içeriğiyle ilgili bkz. Mine İlhan Öner, *Sosyal Kimlik Bakış Açısıyla Grup Temelli Duyguların Farklı Boyutlarda İncelenmesi* (Doktora Tezi 2015) 13- 26. Bu çalışmanın yaklaşımı, suç vakalarında etkin olan duygusal referansların bilimsel olarak ele alınması şeklindedir. Karar alma süreçlerinde duygusal işlemenin etkisine ilişkin bkz. Antoine Bechara, Hanna Damasio, Antonio R. Damasio, "Emotion, Decision Making and the Orbitofrontal Cortex" (2000) 10(3) *Cerebral Cortex*, 295- 307.

146 Tajfel (n 145); Öner (n 145) 26.

147 Kurt W. Fischer and June P. Tangney, "Self-Conscious Emotions and the Affect Revolution: Framework and Overview" in June P. Tangney and Kurt W. Fischer (eds), *Self-Conscious Emotions: The Psychology of Shame, Guilt, Embarrassment and Pride* (Guilford Press 1995); Öner (n 145) 27.

148 Öner (n 145) 28. Örnek olarak bkz. Michael Herzfeld, "The Horns of the Mediterraneanist Dilemma" (1984) 11(3) *American Ethnologist*, 439- 454.

149 Bertjan Doosje et al, "Guilty by Association: When One's Group Has A Negative History" (1998) 75(4) *Journal of Personality and Social Psychology*, 872; Öner (n 145) 28.

birakır. Bu yüksek hedefler için geliştirilen saldırganlık, daha kolay hedefler oldukları için zayıf ve farklı olanlar (Yahudiler) üzerinde test edilir.¹⁵⁰

Sosyal kimlik teorisi, Polonya doğumlu bir Yahudi olan İngiliz sosyal psikolog *Henri Tajfel* tarafından 1970'lerin ilk dönemlerinde ekibi ile Bristol Üniversitesi'nde minimal grup paradigması adını verdikleri yöntemle geliştirilmiştir.¹⁵¹ *Tajfel*, Paris'te Sorbonne Üniversitesi'nde öğrenciyken Fransız ordusuna katılmış, toplama kamplarında Yahudi olarak sınıflandırılmışken, sonrasında Fransız olarak kategorize edildiği için hayatta kalabilmiştir.¹⁵² Minimal grup paradigması ilk olarak belirli gruplar arasında ayrımcılık oluşması için gereken asgari şartları inceleme amacıyla bir yöntem olarak belirlenmiştir.¹⁵³ Minimal grup paradigması, katılımcıları tamamen rastgele iki gruba ayırmakla başlamaktadır. Her bir katılımcı, diğer katılımcılar hakkında sadece hangi gruba ait olduğu bilgisine sahiptir. Bunun sebebi, normatif (*normative*) veya rızaya dayalı (*consensual*) ayrımcılığın etkisini ihraç etmektir.¹⁵⁴ Deney, katılımcıların kendilerine sağlanan değerli bir kaynağı tüm katılımcılara dağıtıp, diğer katılımcıların kendisi için uygun gördüğü kaynağı geri kazanması şeklinde kurgulanmıştır. Deneyde elde edilen bulgular, katılımcıların pay ayırmada belirgin bir adalet gösterdiği,¹⁵⁵ buna karşılık kaynakların dağıtımında hiçbir arka plana dayanmayan grup içi iltimas (*in-group favoritism*) meylinin belirgin bir şekilde oluştuğudur.¹⁵⁶ Bu durum, aynı zamanda bireylerin ait oldukları grupları, diğer sosyal gruplara göre daha üstün görme eğilimini ortaya koymaktadır.¹⁵⁷ Kendi algılarının başkaları tarafından kabul görmesini isteyen birey, kendi algılarını başka algılarla karşılaştırır. Onaylanmak için, kendi algısını değil, başkalarının algısını esas alması gerekir. Böylece bir sosyal kimliği oluşturacak özdeşim kurulmuş olur.¹⁵⁸ Birey, ait olduğu sosyal kimlikleri olumlamak için, diğer sosyal kimliklerle sürekli bir karşılaştırma yapar ve bu süreç istediği gibi devam ettikçe söz konusu kimliklerle kurduğu özdeşimi güçlendirir.¹⁵⁹ Sosyal kimlik teorisine göre grup üyeleri bir taraftan kimlikleri ile bir özdeşim kurarken, diğer taraftan kendi kimliklerini diğer grupların kimliklerinden ayırtmaya çalışır.¹⁶⁰ Bireyler, kendi sosyal

150 John Dollard et al, *Frustration and Aggression* (Yale University Press 1939); Michael A. Hogg, "Social Identity Theory" in Shelley McKeown, Reeshma Haji and Neil Ferguson (eds) *Understanding Peace and Conflict Through Social Identity Theory* (Springer 2016) 4.

151 Ellemers (n 137).

152 Hogg (n 150) 3- 4.

153 Henri Tajfel et al, "Social Categorization and Intergroup Behavior" (1971) *European Journal of Social Psychology*, 149- 177.

154 Mark Rubin and Miles Hewstone, "Social Identity, System Justification, and Social Dominance: Commentary on Reicher, Jost et al., and Sidanius et al" (2004) 25 (6) *Political Psychology*, 823– 844.

155 Mark Rubin, Constantina Badea and Jolanda Jetten "Low Status Groups Show In-Group Favoritism to Compensate for Their Low Status and to Compete for Higher Status" (2014) 17(5) *Group Processes & Intergroup Relations*, 563–576.

156 Brian Mullen, Rupert Brown and Colleen Smith, "Ingroup Bias as a Function of Salience, Relevance, and Status: An Integration" (1992) 22(2) *European Journal of Social Psychology*, 103– 122.

157 Henri Tajfel and John C. Turner, "An Integrative Theory of Inter-Group Conflict" in William G. Austin and Stephen Worchel (eds), *The Social Psychology of Inter-Group Relations* (Brooks/ Cole 1979) 33; Kaya (n 116) 5.

158 Sibel A. Arkonaç, *Sosyal Psikolojide İnsanları Anlamak* (Nobel 2008) 217; Kaya (n 116) 7.

159 Stephen L. Franzoi, *Social Psychology* (2nd ed, Mc Graw- Hill 2000) 229; Kaya (n 116) 6.

160 Nuran Hortaçsu, *En Güzel Psikoloji Sosyal Psikoloji* (İmge 2012) 557; Kaya (n 116) 6.

kimliğine mensup bireylerin her birini birbirinden farklı görmeye meyilliyken, grup içindeki kimlik düzeyi arttıkça grup üyelerini benzer görme oranı da artmaktadır.¹⁶¹ *Coombs*, sosyal kimliklerin ortaya çıkışını değer teorisi ile açıklamaktadır. Buna göre değerleri uyuşan bireylerin egoları sosyal gerçeklik algılarının zorlanmasıyla tehdit altına girer. Böylece birey, sosyal bir zeminde kabul görmüş, bir grubun değerlerine uyum sağlamış olur. İşte bu uyumun bir uzantısı olarak kazanılan sosyal kimlik, bireyin nasıl davranması gerektiğini de ortaya koyar.¹⁶² Sosyal kimlikler, kimliğin içeriğini dolduran normların tatbikini ceza-tepki mekanizmasıyla temin eder.¹⁶³ Esasen bu normlar, grup içindeki sosyal kohezyonun başlıca unsuru olup, diğer gruplardan farklılıklara dayanır.¹⁶⁴ Grup üyeleri, ilgili normların belirsiz olduğu durumlarda kişisel çıkarlarını ön plana alırken, normların net olduğu durumlarda grup normlarıyla hareket etmektedir.¹⁶⁵

Gruplar arası ilişkilerde ayrımcılığı açıklamaya yönelik dikkate değer bir yaklaşım olan Sosyal Baskınlık Teorisi (*social dominance theory*), *Sidanius* ve *Pratto*'nun çalışmalarına dayanmaktadır. Buna göre sosyal gruplar, sosyal grup temelli bir hiyerarşi ile organize olmaya meyillidir. Örneğin erkekler kadınlara göre¹⁶⁶ veya avro-amerikalılar da diğer gruplara göre daha yüksek bir sosyal değere sahiptir.¹⁶⁷ Bu sistemde avantajlı gruplar, sahip oldukları değerleri korumak için,¹⁶⁸ dezavantajlı gruplar ise avantajlı gruplara katılma beklentisiyle statükoyu koruma eğilimindedir.¹⁶⁹ *Sidanius* ve *Pratto*, sosyal grupların ayırım değişkenlerini yaş, cinsiyet ve keyfi olmak üzere üç temelde açıklar. Burada ırk ve etnisite temelli kurulan gruplar değişken olmaları sebebiyle, inanç temelindeki gruplar ise nesnel belirleyicinin zorunlu olmaması sebebiyle keyfi temelde ele alınır.¹⁷⁰ Keyfi temelde oluşan ayrımcılık, ancak ekonomik artı değerler ortaya çıktığı toplumlarda görülen bir olgudur.¹⁷¹ Sosyal Baskınlık Teorisi'ne göre grup temelli hiyerarşiler, kümelenmiş bireysel ayrımcılık, kümelenmiş kurumsal ayrımcılık ve davranışsal asimetri süreçlerinin bir ürünü olarak

161 Michael A. Hogg and Graham M. Vaughan, *Sosyal Psikoloji* (İbrahim Yıldız and Aydın Gelmez Trans, İmge 2007) 453; Kaya (n 116) 7.

162 Robert H. Coombs, "Value Consensus and Partner Satisfaction Among Dating Couples" (1966) 28 (2) *Journal of Marriage and The Family*, 166- 173; Kaya (n 116) 8.

163 Hogg and Vaughan (n 161) 329; Kaya (n 116) 8.

164 Hortaçsu (n 160) 475- 476; Kaya (n 116) 8.

165 Miho Toi and Daniel C. Batson, "More Evidence that Empathy is a Source of Altruistic Motivation" (1982) 43 *Journal of Personality and Social Psychology*, 286; Kaya (n 116) 8.

166 Jim Sidanius and Felicia Pratto, "Social Dominance Theory: A New Synthesis" in John T. Jost and Jim Sidanius (eds) *Political Psychology* (Psychology Press 2004) 420- 442; Ercan Şen, *Etnik Gruplarda Sosyal Kimlik ve Algılanan Ayrımcılık: Türk ve Kürt Etnik Grupları Üzerine Bir Çalışma* (Yüksek Lisans Tezi 2014) 24.

167 Jim Sidanius, "The Psychology of Conflict and the Dynamics of Oppression: A Social Dominance Perspective" in Shanto Iyengar (ed), *Exploration in Political Psychology* (Duke University Press 1993) 183- 219; Şen (n 166) 22.

168 Jim Sidanius and Felicia Pratto, *Social Dominance: An Intergroup Theory of Social Hierarchy and Oppression* (Cambridge University Press 1999); Şen (n 166) 23.

169 Şen (n 166) 23.

170 Sidanius and Pratto (n 168); Şen (n 166) 25.

171 Sidanius and Pratto (n 168); Sidanius and Pratto (n 166); Şen (n 166) 25.

karşımıza çıkar.¹⁷² Günlük yaşam içinde bireylerin birbirine uyguladıkları ayrımcılığa kümelenmiş bireysel ayrımcılık (*aggregated individual discrimination*) denmektedir. Toplumsal kurumları veya politika uygulamalarını kontrol eden bireylerin uyguladıkları ayrımcılık ise kümelenmiş kurumsal ayrımcılık (*aggregated institutional discrimination*) olarak isimlendirilir. Teoriye göre kurumların eşit olmayan sosyal değer paylaşımını sürdürmeye yönelik bir işlevi de bulunmaktadır. Bunu gerçekleştirebilmek için resmi, yarı resmi ve gayri resmi sistematik terör¹⁷³ uygulamaktadır.¹⁷⁴ Teori, hukuk ve ceza adaleti sistemlerinin, terör bağlantılı kurumsal ayrımcılığı, gruplar arası ilişkilerde hiyerarşi kurmak ve sürdürmek için kullandığı araçlar arasında gösterir.¹⁷⁵ Söz konusu çıkarım, hukuki düzeni baskın grupların ortaya koyduğu şekliyle yorumlamaktan ve “demokratik” sistemlerin alt grupların eşitliğini “makul şekilde reddettiğini” (*plausible deniability*) düşünmekten kaynaklanmaktadır.¹⁷⁶ Bireylerin grup temelli hiyerarşik ilişkilerde kendi davranış kalıplarına (*behavioral asymmetry*) göre hareket etmesi de baskın grup sistemini devam ettiren bir öge olarak ifade edilmiştir.¹⁷⁷ Sonuç itibarıyla Sosyal Baskınlık Teorisi, mevcut sosyal sistemi bu süreçlerin sonunda mitlerin yasallaşması (*legitimizing myths*) ile kurulan bir düzen olarak görmektedir.¹⁷⁸

Kimliğin şahsi (*individual*), ilişkisel (*relational*) ve kolektif (*collective*) düzeylerinde kimlik motivasyonu ile ilgili bireysel (*personal*) kimlik ve sosyal kimlik ayrımının belirgin bir farklılık arz etmediğini kabul eden Kimlik İşleme Teorisi (*identity process theory*), belirli motivasyon ilkeleri ile kimliklerin yönlendirildiğini ileri sürer. Bu ilkeler, *Breakwell* tarafından öz saygı (*self-esteem*), devamlılık (*continuity*), ayırt edicilik (*distinctiveness*) ve yeterlik (*efficacy*) olarak ifade edilmiştir. Devam eden çalışmalarda bu ilkelere otantisite/bütünlük (*authenticity/integrity*), amaç (*purpose*), diğerlerine yakınlık (*closeness to others*) ve tutunum (*coherence*) eklenmiştir. *Vignoles* ve arkadaşları, çalışmalarında bireylere ne kadar öz saygılı, devamlı veya ayırt edici hissetmek istediğini sormak yerine onlardan gelecekte arzu edilen ve korkulan kimlikleri sıralamalarını istemiştir. Böylece katılımcıların kimliklerini çözümüleme imkânı elde etmişlerdir. Teori, sosyal kimliklerin etkisini belirgin olarak değerlendirmese de kimlik motivasyonunun tespitine yönelik alternatif bir metot sunmaktadır.

Sosyal bir grubun diğer sosyal gruplarla olan ilişkilerinde ayrımcılığın azaltılması için çeşitli görüşler bulunmaktadır. Gruplar arası temas teorisine göre olumlu ilişkiler içinde olan grup üyeleri sadece temas edilen grup üyelerine değil, grup dışı

172 Sidanius and Pratto (n 166); Şen (n 166) 26.

173 Burada terör kelimesi, orantısız olarak alt unsurlara yöneltilmiş şiddet veya şiddet tehdidi anlamında kullanılmıştır. Bkz. Sidanius and Pratto (n 168) 41- 42.

174 Ibid.

175 Sidanius and Pratto (n 168) 42.

176 Sidanius and Pratto (n 168) 43.

177 Ibid.

178 Sidanius and Pratto (n 168) 45- 49.

tüm bireylere karşı önemli ölçüde daha az ön yargılı olmaktadır. *Allport*, zamanla gösterdiği etki azalan gruplar arası temasın belirli şartlara uyması gerektiğini belirtir. Bunlar, grupların eşit statüde olması, ortak hedef ve işbirliğinin bulunması, otoritenin onaylaması ve gayri resmi ilişkiler geliştirilmesidir.¹⁷⁹ Gruplar arası ayrımcılığın azalmasına yönelik diğer görüş, *Gaertner* ve ekibinin önerdiği ortak kimlik yöntemidir. Bu görüş, iki grubun tek bir gruba dönüşmesini sağlayacak unsurların, gruplar arası olumlu ilişkilere kaynaklık edeceğini ileri sürmektedir.¹⁸⁰ Söz konusu unsurlar, grupların sınırlarını esnetmek için laboratuvar ortamında test edilen çeşitli yollardır. Grubun görüşlerinin değişkenliğinin grup içinde bireysel düşüncüyü teşvik etmesi,¹⁸¹ grup dışı ilişkilerin gruplar arası düzeyden bireysel düzeye indirgenmesi¹⁸² veya yeni alt gruplar oluşturmak¹⁸³ gibi testler, grup sınırlarını esnetip gruplar arası ayrımcılığı azaltmaktadır. Esasen insan veya insanlık ortak kimliğinin, kimlik temelinde işlenen “insanlığa karşı suç” fiillerinin hukuki sınıflandırmasında etkin olması söz konusu edilebilir. Ancak bu çalışmanın yaklaşımı, bir kavram olarak insan veya insanlık ortak kimliklerinin suç hikâyesine uymayan ideal, aşkın ve test edilemez tanımlamalar olduğudur.

Toplum içerisinde oluşan sosyal kimlikler, belirli aşamalarla “insanlığa karşı suçlar” olarak ifade edilen fiillerin meydana gelmesine kaynak teşkil edebilir. *Allport*, bu aşamaları şu şekilde şematize etmektedir:¹⁸⁴

- 1- Karşı olmayı ifade etme
- 2- Uzak durma
- 3- Ayrımcılık
- 4- Fiziksel saldırı
- 5- Yok etme

Yukarıda birinci ve ikinci aşama olarak işaret edilen süreçler, hukuki zeminde ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilebilir. Üçüncü aşamada çeşitli şekillerde ayrımcılığın ortaya çıkması, ilişkili olan insan hakları skalasını genişletmektedir.

179 Kaya (n 116) 12.

180 Samuel L. Gaertner et al, “The Contact Hypothesis: The Role of a Common Ingroup Identity on Reducing Intergroup Bias” (1994) 25(2) *Small Group Research*, 224, 235; Kaya (n 116) 12- 13.

181 David A. Wilder, “Reduction of Intergroup Discrimination Through Individuation of the Out-Group” (1978) 36 *Journal of Personality and Social Psychology*, 1361- 1374; Kaya (n 116) 13.

182 Marilynn B. Brewer and Norman Miller “Beyond the Contact Hypothesis: Theoretical Perspectives on Desegregation” (1984) *Groups in Contact: The Psychology of Desegregation*, 281- 302; Kaya (n 116) 13.

183 Marilynn B. Brewer et al, “Social Identity and Social Distance among Hong Kong Schoolchildren” (1987) 13(2) *Personality and Social Psychology Bulletin* 156- 165; Barry Commins and John Lockwood, “The Effects on Intergroup Relations of Mixing Roman Catholics and Protestants: An Experimental Investigation” (1978) 8(3) *European Journal of Social Psychology*, 383- 386; Jean C. Deschamps and Willem Doise “Crossed Category Memberships in Intergroup Relations” in Henri Tajfel (ed), *Differentiation between Social Groups: Studies in the Social Psychology of Intergroup Relations* (Academic Press 1978) 141- 158; Norbert Vanbeselaere, “The Effects of Dichotomous and Crossed Social Categorizations upon Intergroup Discrimination” (1987) 17(2) *European Journal of Social Psychology*, 143- 156; Kaya (n 116) 13.

184 Gordon W. Allport, *The Nature of Prejudice* (Addison-Wesley Publishing 1954), Kaya (n 116) 20- 21.

Esasen ayrımcılık, temelde bireyin algısına dayanır.¹⁸⁵ Ancak ayrımcı davranış, bireysel önyargılardan ziyade bir sosyal grup sebebiyle ortaya çıkmaktadır.¹⁸⁶ Sosyal kimlik teorisini ortaya atan *Tajfel*, ayrımcılığın çatışma veya rekabete gerek duymadan, sosyal sınıflandırmadan doğduğu için kaçınılmaz olduğu görüşündedir.¹⁸⁷ Yukarıda belirtildiği gibi *Tajfel*, minimal grup paradigmasını, salt sınıflandırmanın ayrımcılığa sebep olacağı şeklinde yorumlamıştır. *Sherif* ise ayrımcılığın ortaya çıkması için kaynak paylaşımında rekabetin bulunması gerektiğini ileri sürmüştür.¹⁸⁸ Esasen ayrımcılığa maruz kaldığını algılayan birey, ait olduğu grup ile özdeşimi de artırmaktadır.¹⁸⁹ Bireyin ayrımcılık karşısında güçlendirdiği bu özdeşim, hem bireyi psikolojik açıdan desteklemekte,¹⁹⁰ hem de grup içindeki kimlik düzeyini artırmaktadır.¹⁹¹

Sosyal kimliklerin davranışsal yönü ile ilgili kolektif eylem kavramı, “insanlığa karşı suç” kapsamındaki fiillerin genel bir özelliği olması itibarıyla önemlidir. *Le Bon*'un 1895'te yayımladığı kitle psikolojisi kitabı, akademik olarak kolektif eylem ve kalabalık davranışları konularına, uygulamada ise özellikle II. Dünya Savaşı sürecine belirgin bir şekilde etki etmiştir.¹⁹² *Le Bon*, her ne kadar kalabalık içindeki davranışı kimliksiz ve kaotik olarak görse de, modern kolektif eylem çalışmaları kitleleri çoğunlukla toplumsal fayda üreten mekanizmalar olarak ifade etmektedir.¹⁹³ Kolektif bir eylemin oluşabilmesi için bireysel çıkarlar ötesinde,¹⁹⁴ grubun çıkarları söz konusu olmalıdır.¹⁹⁵ Bu açıdan bir eylem bireysel gibi görünse de, bir grubun çıkarlarına yönelik icra edilmişse kolektif olarak değerlendirilmiştir.¹⁹⁶ Bireyin kolektif bir eyleme yönelmesini etkileyen birden çok değişken bulunduğu, temel değişkenlerin

185 Jose F. Montes, *Perceived Discrimination Among Indigenous and Non- Indigenous Mexican- Americans Living in The United States* (Doktora Tezi 2010); Kaya (n 116) 29.

186 Kaya (n 116) 29.

187 Nuran Hortaçsu, *Ben, Siz, Biz, Hepimiz: Toplumsal Kimlik ve Gruplar Arası İlişkiler* (İmge 2007); Kaya (n 116) 29.

188 Muzafer Sherif et al, *Intergroup Conflict and Cooperation. The Robbers Cave Experiment* (Institute of Group Relations 1961); Hortaçsu (n 187); Kaya (n 116) 29.

189 Örneğin bkz. Nyla R. Branscombe, Michael T. Schmitt and Richard D. Harvey “Perceiving Pervasive Discrimination among African- Americans: Implications for Group Identification and Well-being” (1999) 77 *Journal of Personality and Social Psychology*, 135- 149; Kaya (n 116) 30.

190 Maykel Verkuyten “Ethnic Group Identification and Group Evaluation among Minority and Majority Groups: Testing the Multiculturalism Hypothesis” (2008) 88(1) *Journal of Personality and Social Psychology*, 121- 138; Kaya (n 116) 30.

191 Timothy B. Smith and Lynda Silva “Ethnic Identity and Personal Well-being of People of Color: A Meta- Analysis” (2011) 58(1) *Journal of Counseling Psychology* 42- 60; Kaya (n 116) 30.

192 Reicher (n 143) 116; Kaya (n 116) 30.

193 John Drury and Steve Reicher “Explaining Enduring Empowerment: A Comparative Study of Collective Action and Psychological Outcomes” (2005) 35(1) *European Journal of Social Psychology*, 35- 58; Amélie Mummendey et al, “Strategies to Cope with Negative Social Identity: Predictions by Social Identity Theory and Relative Deprivation Theory” (1999) 76 *Journal of Personality and Social Psychology* 229- 245; Stephen C. Wright, Donald M. Taylor and Fathali M. Moghaddam, “Responding to Membership in A Disadvantaged Group: From Acceptance to Collective Protest”(1990) 58(6) *Journal of Personality and Social Psychology*, 994; Kaya (n 116) 31.

194 Martijn van Zomeren, Tom Postmes and Russell Spears “Toward an Integrative Social Identity Model of Collective Action: A Quantitative Research Synthesis of Three Socio-Psychological Perspectives” (2008) 134(4) *Psychological Bulletin*, 504- 535; Kaya (n 116) 31.

195 Wright et al (n 193); Kaya (n 116) 31.

196 Stephen C. Wright and Linda R. Tropp, “Collective Action in Response to Disadvantage: Intergroup Perceptions, Social Identification, and Social Change” in Iain Walker and Heather J. Smith (eds), *Relative Deprivation: Specification, Development, and Integration* (Cambridge University Press 2002) 200; Kaya (n 116) 31.

yeterlilik, adaletsizlik algısı ve kimlik olduğu ifade edilmiştir.¹⁹⁷ Özellikle bireyin kimlik ile kurduğu aidiyet¹⁹⁸ ve tehdit algısının,¹⁹⁹ kolektif eyleme yönelmeyi ve grup içi örgütlenmeyi belirgin bir şekilde artırdığı ortaya konmuştur. Tehdit algısı, kimlikle kurulan özdeşimle doğru orantılı bir ilişkiyi vermektedir.²⁰⁰ İşte bu tehdit algısı söz konusu olduğunda, grup dışına yönelik aşağılama eğiliminin arttığı gözlemlenmiştir.²⁰¹ Yine benlik algısı düşük veya benliğini tehdit altında gören grup üyelerinin grup dışına yönelik ayrımcılığa daha yatkın olduğu da elde edilen bulgulardandır.²⁰² Farklı gruplar için ortak bir tehdit söz konusu olduğunda ise gruplar arası ayrımcılığın azaldığı ortaya çıkmıştır.²⁰³ Esasen bu çalışmalar, bir suç hikâyesinde sosyal kimliklerin belirgin olup olmadığını sınınamaya yönelik önemli araçlardır. Bu çalışmanın ilgili suçlarda nitelikli hal düzenlenmesine yönelik “değerlendirme” bölümünde sunduğu öneri bir tarafa, sosyal psikoloji alanından referanslar aynı zamanda Roma Statüsü’nde insanlığa karşı suç tanımında fiile yönelik ifade edilen “sistemantik”, “yaygın” ve “sivil nüfusa karşı” ifadelerini somut verilerle kuramsallaştırmaya imkân vermektedir.

III. Değerlendirme

A. Tartışmalar

İnsanlığa karşı suç fikrinin felsefi ana akımında insanlık kavramının ele alınma biçimi yatmaktadır. Bu açıdan bakıldığında mesele, ahlaki önermeler ve referanslar kurmayı gerektiren bir sorun haline dönüşmektedir. *Kant*’ın ahlak felsefesinin temelinde varılmak istenen sonuçlar için yapılması gerekenleri gösteren varsayımsal zorunluluk (*hypothetical imperative*) ve insan hareketlerinin motivasyonunu çözümlemeye yarayan kategorik zorunluluk (*categorical imperative*) bulunmaktadır. Muhtemel çelişkiler üreten ve kendi içinde geçerli olan bireysel ahlaki önermelerin karşısına bütüncül bir öneri sunan kategorik zorunluluk, üç temel ilkeye dayanmaktadır:

- 1- Çelişkisiz olarak aynı zamanda evrensel bir yasa olması gerektiğini isteyeceğin davranışta bulun,
- 2- Kendiniz veya bir başkası olsun, insanlığa asla sonuca yönelik bir araç değil, daima bir “sonuç” olacak şekilde davran,

197 van Zomeren (n 194); Bert Klandermans, “How Group Identification Helps to Overcome the Dilemma of Collective Action” (2002) 45(5) *American Behavioral Scientist*, 887, 888; Kaya (n 116) 34.

198 Bernd Simon et al, “Collective Identification and Social Movement Participation” (1998) 74(3) *Journal of Personality and Social Psychology*, 646, 649-650; Kaya (n 116) 34.

199 Simon et al (n 198) 652-654; Kaya (n 116) 34.

200 Hortaçsu (n 160) 56; Kaya (n 116) 35.

201 Thomas Kessler and Amelie Mumandey, “Prejudice and Intergroup Relations” in Miles Hewstone, Wolfgang Stroebe and Klaus Jonas (eds) *Introduction to Social Psychology: A European Perspective* (Blackwell Publishing 2008) 290- 314; Kaya (n 116) 35.

202 Hogg and Abrams (n 134) 320; Kaya (n 116) 35.

203 Muzafer Sherif, *In Common Predicament: Social Psychology of Intergroup Conflict and Cooperation* (Houghton-Mifflin 1966) 544- 545; Kaya (n 116) 35- 36.

3- Her rasyonel varlık, kendi evrensel sonuçlar âleminde bir yasama üyesiymiş gibi davranmalıdır.²⁰⁴

Kant, özgürlük olgusunu insanlık değerine bağlayarak başkalarının özgürlüğü ve evrensel yasa ile ilişkili bir şekilde ele almıştır.²⁰⁵ *Kant*'ın bireysel ve özgür iradenin evrensel yasayla istençli ve doğrudan ilişkisine yönelik buyurgan bir çerçeve çizdiğini belirtmek gerekir. Özne yargılardan evrensel değerlere geçişin tezat oluşturan bir terim (*oxymoronic term*) ifade ettiği açıktır. *Kant*'a göre bireysel yargılar diğer insanların da bu yargıyı kabul etmeleri gerektiği inancı ile ortaya çıkar. İşte bu gerekliliğin kaynağı *sensus communis*'tir. Siyaset filozofu *Arendt*, *sensus communis* kavramını politik muhakemenin muhtemel bir kaynağı olarak görmüştür.²⁰⁶ Esasen *sensus communis*'in, evrensel bir insanlık anlayışına, bu anlayışın meşruiyetini temin edecek bütünün parçalarda içkin olduğu bir sosyal kabule, hatta bu anlayışın hukukiliğini temin edecek içkin norma (*Ursprungsnorm*) veya bağlayıcılığı temin edecek *opinio juris*'e işaret ettiği söylenebilir. Bu çerçevenin aynı zamanda evrensel bir yargıya elverişli bir zemin hazırladığı düşünülebilir. Diğer taraftan mesele aslında özgür irade sorunuyla da yakından ilgilidir. *Schopenhauer*'un kişinin istediğini yapabileceği, ancak yapmak zorunda olduğu şeyi isteyebileceğine yönelik varsayımı, *Kant*'ın *sensus communis* anlayışının ileri bir ifadesi olarak düşünülebilir. Esasen idealist ve romantik yaklaşım, insanlığa karşı suç olarak tabir edilen fillerin faillerinin referans noktasıdır. Yazgısının “dünyayı yönetmek” olduğunu düşünen bir odağın, kendi doktrininde tanımlı olmayan farklı kimlikleri muhafaza eden yüksek “insancıl” hassasiyetlerle bunu gerçekleştirme mümkün değildir.²⁰⁷ Bu yönde gerçekleştirilen eylemlerin yargılamasında idealize edilmiş bir “insanlık”tan daha belirgin bir teorik ayrım ortaya konmalıdır. Diğer taraftan evrensel bir insanlık modeli inşası için evrensel insanlık kalıplarına yönelik varsayımların pratikte de sakıncaları bulunmaktadır. “Olaylar” açısından determinist bir yaklaşım tümüyle yanlışlanmış olmasa da toplumsal yaşamın tesisinde ve özellikle ceza hukuku sisteminde pratiği bulunan ve iletişim imkanlarıyla teyit edilen özgür irade varsayımı, tutarlı bir seküler sorumluluk rejimi için *sine qua non* bir zorunluluktur.²⁰⁸ Elbette bu varsayım üzerine kurulu sistemin fiziksel, kimyasal veya biyolojik olarak sabit patolojik suç vakaları karşısında verimli çözümler üretmesi

204 Immanuel Kant, *Grounding for the Metaphysics of Morals* (3rd edn, Hackett Publishing 1993) 30, 36, 43; Atadjanov (n 6) 56.

205 Atadjanov (n 6) 59.

206 Hannah Arendt, *Lectures on Kant's Political Philosophy* (University of Chicago Press 1992) 136. *Hegel* düşüncesinde de sübjektif özgürlük, evrenselden ayrı olmakla birlikte aynılık ilişkisi de taşır. Soyut düşünce bu momenti dondurarak bir ahlak inancını ortaya koyar. Bkz. *Hegel* (n 3) 124. Burada *Hegel*'in sübjektif ahlaklıktan objektif ahlaklılığa geçişte ileri sürdüğü özgür iradenin “evrensel” cevherinin iyilik olduğu düşüncesi, -bkz. *Hegel* (n 3) 163- totolojidir. Esasen *Hegel*'in objektif ahlaklılık dediği şey, bilimsel bir objektivite değil, uzlaşmış imge, tanım veya kurallardan oluşan kolektif sübjektivitedir. Kanaatimizce özgür iradenin objektif ahlaklılık veya içerdiği unsurlar bakımından aile, sivil toplum ve devletle olan ilişkisi etkileşimsel ve kaotiktir.

207 Soyut iyiliğin determinasyonu ve amacın “haklılığı” ile ilgili ayrıca bkz. *Hegel* (n 3) 155.

208 Burada kastedilen, özgür iradenin evrensel anlamda zorunluluğu değil, seküler bir sorumluluk rejiminin özgür irade varsayımının üzerine bina edilmesine yönelik zorunluluktur. *Hegel*'e göre hukukun temel hareket noktası özgür iradedir. Bkz. *Hegel* (n 3) 48.

haklı bir beklentidir. Ancak genel anlamda özgür irade varsayımıyla, test edilemeyen içkin normların davranışlar üzerindeki etkisini kabul etmemiş ve bireysel inançlara hasretmiş oluruz. Bunun yerine sosyal kimlik motivasyonu gibi bir test sahasının davranışlar üzerindeki etkisi detaylandırılabilir.²⁰⁹ Bu açıdan kimlikler hem toplumsal yaşamın hem de bireysel iradenin bileşeni ve orta terimi olarak ifade edilebilir. Böylece ceza hukuku için somut bir düzlemde muhakeme imkânı doğar. Bu noktada çalışmanın yaklaşımı olayların kaotik (*chaotic*) karakterde olduğu, normların ise yanlışlanabilir (*refutable*) ve hukuk güvenliği açısından belirgin (*certain*) –kesin (*determined*) değil- olması gerektiği yönündedir. Normların belirgin olması gerektiği genel bir kural olarak ifade edilirken “norm” ve “belirginlik” kavramlarına yönelik çalışmanın yaklaşımını hukuken detaylandırmak, konunun daha iyi anlaşılmasını sağlayacaktır. Hukukun tanımı yapılırken maddi yaptırımlarla desteklenen sosyal normlar ifadesinin tercih edilmesinin sebebi, esasında “olması gerekeni” ifade veya iddia eden normların gerçeklikle bağlantısının, maddi yaptırımlarla tesis edileceğine yönelik tamamlayıcı bir perspektif ifade etmektir. Yaptırım gücü olsun veya olmasın, normların, belirli gerçeklikleri algılama biçimine göre “olması gerekene” yönelik belirli aksiyomlar ifade ettiğini söylemek gerekir. Çalışmanın, normların varlığına ilişkin yaklaşımı, korelatiftir. Normun kaynağını *pacta sunt servanda* gibi aşkın ilkelerde değil, gerçeklikte aramak gerekir. Normun ilişkide olduğu gerçekliğin tespiti için tarihsel ve işlevsel bir yöntem izlenmelidir. Örneğin uluslararası hukukun temel ilkelerinden biri olarak kabul edilen egemen eşitliği (*sovereign equality*) ilkesi, erdemli bir siyasetin gereksinimi değil, Westphalia Barışı’na getiren birbirini yok edemeyen tarafların tecrübe ettiği bir saha gerçekliğiyle ilişkilidir. Bugün birbirini yok edebilecek devletler mevcut iken, insan hakları, küresel ve bölgesel denge teorileri, çok kutuplu yapılanma, Atlantik ve Pasifik eksenleri gibi farklı parametreler ve farklı aktörler söz konusudur. Bu açıdan bakıldığında klasik egemen eşitliği normunun mevcut gerçekliklere göre güncellenmesi doğal karşılanmalıdır. Bu yaklaşım, objektif gözlemlerle elde edilen bulguların, varsayımları yanlışladığı bilimsel sisteme daha uygundur. Normlar, genel anlamıyla gözlemlerden hareket eden insan bilincinin ürettiği varsayımlar olarak insanların birbiriyle ve doğayla ilişkilerinde öngörü sahibi olmasını temin eder. Ancak Tiran Dionysius gibi yasaları hiç kimsenin okuyamayacağı kadar yüksek bir yere asmak, yasaların işlevini yerine getirememesi anlamını taşır. Yasaların belirginliği ile ilgili olarak çalışmada hukuk güvenliğine vurgu yapılmasının sebebi, hukuk güvenliğinin, ‘bireylere uygulanacak normun önceden belirgin olması’ özetinde belirginlik referanslı bir sosyal düzen öngörmesidir. Adalet kavramı ise çoğunlukla belirginliğin yeterli olmayacağından hareket eder. Bu noktada adalet için referans alınan kavramlar, karşılanamayan vaat (*unfulfilled promise*), suçluluk duygusu (*guilt feeling*), öç (*vengeance*), aşkın inayet (*providence*), insan doğası (*human nature*),

209 Hegel’e göre irade özgürlüğü, “kendisini her şeyden soyutlayan özgür düşünce” ve “içten veya dıştan verilmiş bir muhtevaya ve materyale bağlılık” faktörlerinden oluşur. Bkz. Hegel (n 3) 56. Bu çalışmada vurgulanan sosyal kimliklerin insan davranışları, dolayısıyla suç fiilleri üzerindeki etkisi, iradenin tamamlayıcı bir bileşeni olarak kabul edilmelidir.

mülkiyet (*possession*) veya faydacılık²¹⁰ (*utilitarianism*) şeklinde filozoflar tarafından kuramsallaştırılmıştır.²¹¹ Bunun anlamı, insanların tarih boyunca sübjektif algılarını, hukuki yargıda zorunluluk iddiasıyla temellendirmek isteğidir.²¹² Ancak seküler bir ceza hukuku sisteminde bireysel veya toplumsal algılar ancak gözlem konusu olabilir, muhakeme aracı değil. Bu açıdan yargıçların istisnaen bir norm oluşturma veya içtihadı birleştirme yetkisinin kaynağı, pozitif bir normdan sapmayı veya normun yorumunun düzenlenmesini gerektiren seküler bir sebep bulunmasıdır. Sonuç olarak uluslararası ceza hukukunun bir alanı olan insanlığa karşı suçları *Kant* felsefesinde “evrensel yasanın” ihlali veya özgürlük alanlarının çatışması gibi bağlamlarla açıklamak mümkün olsa da²¹³ zorunlu olmayan temellendirmelerle kurulu içkin veya aşkın idealizm, pozitif hukukun ihtiyaç duyduğu tek edilebilir bir akıl yürütmeye imkân vermemektedir.

İnsanlığa karşı suç terminolojisini ortaya çıkaran olayları anlatan *Bassiouni*, çok uygun bir terim elde edildiği görüşünde olsa da terimin insanlık sözcüğüne el koymak ve tekelleştirmek anlamına geldiğini belirtir. Bunun faillerin mahkûmiyetinden öte şeytanlaştırılması ile sonuçlanacağını öngörebilmek gerekir. Sırf yerel hukuk sistemleri

210 İslam Hukuku'nda ana kaynakları destekleyen bir usul hukuku terimi olarak maslahat, adaleti de zımnen içerdiğinden fıkıh eserlerinde adaletin maslahattan ayrı soyut bir kullanımına rastlanmamıştır. *Ebu Zehre*, fıkıhta uygulanan maslahat ile *Jeremy Bentham* ve *John Stuart Mill*'in *utilitarianism* terimlerinin tamamen örtüşüğünü savunurken, *Bütî* ise İslam'daki maslahat telakkisinin maddi hazla sınırlanmaması yönüyle ayrı olduğunu ifade etmiştir. Bkz. İbrahim Kâfi Dönmez, “Maslahat” (Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi 2003) <<https://islamansiklopedisi.org.tr/maslahat>> Erişim Tarihi: 08.12.2020. Esasen bu çalışmada seküler hukuk referans alındığı için Roma Hukuku'nda da uygulanan *utilitas publica* kavramı üzerinde durmak gerekmektedir. Öncelikle faydacılık konusu seküler hukuk-şeri hukuk ekseninde ele alındığında nakle dayalı hukuku sekülerleştirdiği, akla dayalı hukuku ise kamu yararını, dolayısıyla ahlakın konusu olan “iyi”yi açıklamaya zorladığına ilişkin tespit yapılabilir. Böylece “öngörebilmek için belirlilik” temelinde kurulan bir sistemde hukuk ile ahlak ayrımının bulunmadığı bir alan ile karşılaşıyoruz. Faydacı okul tarafından “ceza hukukunda suçlarla cezaların fayda prensibine göre sınıflandırılması, sosyal menfaatlere ista edilen zararlar göre suçların derecelendirilmesi ve sosyal menfaatlere en zararlı olan suçların en şiddetli şekilde cezalandırılması fayda prensibinden istihraç olunan neticeler” olarak ileri sürülmüştür. Faydacı okulla ilgili bkz. Adnan Gürüz *Faydacı Teoriye Göre Ahlak ve Hukuk* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1963) 7- 8. Kavramın köklerini Arıtıp hazırlığı ile başlatılabilir. Bkz. İbid 9- 10. Aristoteles'in inayet anlamında *prudence* (*phronēsis*) kavramı ile insana yarar (*sympheeron*) endişesini birlikte ele alması -bkz. Pierre Aubenque, “Prudence” (Brill's New Pauly Antiquity volumes edited by: Hubert Cancik and , Helmuth Schneider, English Edition by: Christine F. Salazar, Classical Tradition volumes edited by: Manfred Landfester, English Edition by: Francis G. Gentry 2006) <http://dx.doi.org.ezproxy.leidenuniv.nl:2048/10.1163/1574-9347_bnp_e617170> Erişim Tarihi: 23.09.2020- esasen seküler bir düzen için çeşitli soruları gündeme getirecektir. Bunlar “yarar”ın ne olduğu, bireysel ve toplumsal yararın sınırları, tüm insanlığa yararı evrenselliğinin nasıl iddia edileceği, inayet ve aşkınlık içeren bir kavramın nasıl ölçüleceğine yönelik sorunlardır. Konu ile ilgili tartışmalar için bkz. Gürüz (n 210) 155- 184. Faydanın hem bireysel algılar hem de toplumsal kabullerle ilgili olduğunu kabul etmek gerekir. Kanaatimizce bu sorun, uzlaştırma (*mediation*) gerektiren bir mesele ihtiva etmektedir. Uzlaştırma alanında ise ussal zorunluluklardan söz edilemeyeceğinden dolayı hukuk uygulayıcılarının olay özelinde tutarlı sonuçlara varmaları beklenecektir. Ancak bu konuda bilimsel bilgi ile ilgili belirli noktalar üzerinde durulabilir.

Özellikle toplumsal fayda meselesi, seküler yaşamdan kolaylıkla ayırt edilemeyen bir kavramdır. Mevcut bir normdan hukuk uygulayıcıları olan hakimlerin sapabilmesini seküler bir sebebe dayandırmak, zorunlu olarak toplumsal faydaya istinadı gerektirecektir. Diğer taraftan hukuki normu gerçeklikle korelatif bir biçimde ele almak, gerçekliği açıklayan bilimi esas almak anlamına gelecektir. Medeniyeti geliştiren bilim, fayda eksenini dışında hareket edip sınırları zorlayarak belirli neticeler olsa da toplumda teknolojinin gelişimi gibi faydaya yönelik sonuçları da bulunmaktadır. Yine bilimin sunduğu öngörebilmenin insan medeniyetine çok belirgin faydaları olmuştur. Ancak bilimin kaynağı olarak tecessüs, kendini ilgilendirmeyen şeylerle uğraşmayı ifade eder. Özetle bilim, sınırların zorlanması ile gelişse ve insanlara uzun vadede büyük faydalar sağlasa da kısa vadede çoğunlukla faydasızdır. Bu açıdan düşünsel anlamda gelişmiş canlılar olarak karar alımı ve uygulamasında fayda kavramını yakın nedensellikten (*proximate causation*) öte bir perspektifle ele almak gerekir.

211 Walter Kaufmann “The Origin of Justice” (1969) 23(2) The Review of Metaphysics, 209- 239.

212 Esasen *Hegel*'e göre benlik bilinci kazanma eylemi olarak formel irade, kendisiyle çatışan bir dış dünyayla temas ettiğinde sübjektif gayesine objektiflik verme süreci haline alır. Bkz. Hegel (n 3) 52- 53. Ancak kanaatimizce buradaki objektiflik, bilimsel bir objektiflik değildir.

213 Atadjanov (n 6) 59- 60.

baş edemediği için klasik uluslararası hukukun açık denizlerdeki korsanları tüm insanlığın düşmanı (*hostis humani generi*) olarak isimlendirmesi,²¹⁴ veya 1989'da daimî bir ceza mahkemesi kurulmasına yönelik ilk taleplerin içeriğindeki suçların uyuşturucu kaçakçılığı ve terörizm olması,²¹⁵ insanlık zeminini sorgulamaya yetecektir. Burada insani bir kaygıdan çok, devletlerin bu suçlarla mücadelede uluslararası işbirliğine ihtiyacı öne çıkmaktadır.

Bir kavram olarak insanlık (*humanity*), hem tüm insan türünün (*human kind*) toplamını, hem de insan olmanın niteliğine yönelik bir değeri (*humanness*) ifade eder.²¹⁶ İnsanlığın bu iki yönünün yanında insancıl düşüncenin (*humanitarian consideration*) bir ürünü olarak insancılık (*humaneness*) yaklaşımı bulunmaktadır.²¹⁷ Oxford sözlükte insancıl, “insan refahıyla ilgilenen veya teşvik etmek isteyen” şeklinde,²¹⁸ Cambridge’de ise “insanların yaşamlarını iyileştirmek ve acıyı azaltmakla ilgili veya bunlarla bağlantılı” ifadeleriyle²¹⁹ tanımlanmıştır. Tüm bu tanımların mefhumu muhalifi düşünüldüğünde insanlığa karşı suçun ayırt edici yönünü yaygın, sistematik ve sivil nüfus sözcükleriyle ifade etmek, insanlık bağlam noktasına ancak moral olarak işaret etmektedir. Bu sözcüklerle pozitif anlamda insanlık bağlamı yerine zararın genişliğine vurgu yapılmaktadır. Ancak bu genişliğin objektif olarak ölçülebilir (*rational*) bir aracı bulunmamaktadır.

Arendt, Holocaust’un, insan statüsüne (*human status*), insan doğasına karşı olduğunu ifade etmiştir. *Arendt*, insanlık statüsüne karşı suç terimini Nürnberg’deki Fransız savcı *François de Menthon*’dan ödünç almıştır. *Menthon*, soykırım için insanoğlu (*mankind*) veya insanlık (*humanity*) ifadelerindeki anlamsızlığı bir anlamda itiraf ederek en azından test edilebilecek açıklıkla insan statüsünün karakteristiği üzerindeki çeşitliliğe (*diversity*) karşı bir saldırı tanımlaması yapmıştır.²²⁰ *Radburch*’un yorumu insan kültürünün imhası,²²¹ insan varlığına zulüm ve insan onuruna saygısızlık unsurları gerçekleştiğinde fiili hukuken tüm insanlığa karşı kabul etmek gerektiği yönündedir.²²² *Arendt* ise fiilin kurbanına değil, öncelikle hukuku ihlal edilen halka yöneldiğini ifade eder.²²³ Ancak bu çıkarımların kaynağı veya somut olayda hâkimin bu çıkarımı elde

214 Luban (n 40) 90.

215 Günel (n 19) 45.

216 Luban (n 40) 86- 87.

217 Atadjanov (n 6) 20.

218 Oxford Dictionary <<https://www.lexico.com/definition/humanitarian>> Erişim Tarihi: 02.06.2020.

219 Cambridge Dictionary <<http://www.dictionary.cambridge.org/dictionary/english/humanitarian?q=Humanitarian>> Erişim Tarihi: 02.06.2020.

220 Luban (n 40) 87.

221 Bir grubun kültürel mirasına yönelik imhanın savaş suçu olarak kabul edilmesiyle ilgili bkz. Bkz. *Prosecutor v Ahmad Al Faqi Al Mahdi (Judgement and Sentence) ICC-01/12-01/15, T Ch VIII (27.09.2016)* <https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016_07244.PDF> Erişim Tarihi: 07.06.2020; Leora Bilsky and Rachel Klagsbrun, “The Return of Cultural Genocide?” (2018) 29(2) The European Journal of International Law, 373- 396.

222 Atadjanov (n 6) 42.

223 Hannah Arendt, *Eichmann in Jerusalem: A Report on the Banality of Evil* (Viking 1965) 261; Luban (n 40) 88.

etme yöntemi hakkında bir belirsizlik mevcuttur. Tüm ceza davalarında kamu düzeni zarar gördüğü gerekçesiyle muhakeme yapılır. Hukukun üstünlüğüne olan inancın muhafaza edilme hassasiyeti, yalnız insanlığa karşı suçlara özgü bir durum değildir. Dolayısıyla insanlığa karşı suç fiilinin öncelikle hukuku ihlal edilen halka yönelmiş olması, ayırt edici bir özellik değil, tutarsız bir varsayımdır.²²⁴ *Luban*, ulusal düzeyde işlenen suçların yalnız ulusal kamu düzenini bozduğunu, insanlığa karşı suçların ise ilgili tarafını, bir dünya cemiyeti olmadığı için insanlığın kendisi olarak ifade etmiştir.²²⁵ Oysa insanlığa karşı suç fiillerinin aynı zamanda ulusal kamu düzenini bozmadığını ne normatif ne de pratik anlamda iddia edemeyiz. Varılmak istenen sonuç ister uluslararası ister evrensel²²⁶ yargı yetkisi olsun, eğer bu suçlar niteliği itibarıyla ulusal yargı mekanizmasını gerçekten aşıyorsa bunu “anlayış” gösterilebilir moral değerlerle²²⁷ değil, pozitif farklarla ortaya koymak gerekir. Çünkü test edilebilir önermeler, hukuk güvenliğini tesis edebilmek için duygulardan daha elverişli araçlardır.

B. Öneri: Sosyal Kimlik Saiki ile İşlenen İlgili Suçlarda Ulusal Düzeyde Nitelikli Hal Düzenlemesi

İnsanlığa karşı suç kavramına yöneltilebilecek temel eleştiriler aşağıdaki maddelerde sıralanabilir:

- 1- İnsanlığa karşı suçların tanımına uygun fiil ve bu fiili ika eden fail açısından bakıldığında, mağdurun insanlık olduğuna dair pozitif bir bağlam bulunmamaktadır.
- 2- Suçun manevi unsurunu ifade eden bilme ve isteme şartlarının aşkın bir kavram olan insanlığa yönelik olduğunu söylemek yine pozitif hukukla çelişmektedir.
- 3- İnsanlığa karşı suç başlığı altındaki fiillerin bağlamı bu şekilde pozitif bir düzlemde kurulmadığı takdirde “aşkın” bir suç tanımlaması söz konusu olacaktır. Bu ise göreceli bir yargılamaya sebep olup, hukuk güvenliği, eşitlik ve kanunilik ilkelerine özünde aykırı olacaktır.
- 4- İspat hukuku açısından güvenilir olan, somut verilerin referans alınmasıdır. Bu gereklilik, muhakeme usulü açısından bir kolaylık olduğu kadar, kamuoyu vicdanına da hitap eden güçlü bir unsurdur. Örneğin bir suçun aynı zamanda sosyal bir kimliğe yönelip yönelmediği, somut delillerle cevap vermeye açık bir sorudur. Ancak bir suçun aynı zamanda insanlığa sığıp sığmadığı sorusu, modern hukukun inceleme alanı dışında kabul edilmelidir.

224 Suçun genel anlamda sivil toplum esprisini etkilediğine dair bkz. Hegel (n 3) 214.

225 *Luban* (n 40) 140.

226 Belçika'nın evrensel yargı yetkisine dayanarak insanlığa karşı suçlar dâhil çeşitli ithamlar altındaki Demokratik Kongo Cumhuriyeti Dışişleri Bakanı Abdulaye Yerodia Ndombasi'yi yargılama girişimine Uluslararası Adalet Divanı'nın katılmadığına ilişkin bkz. *Case Concerning the Arrest Warrant of 11.04.2000 (Democratic Republic of Congo v Belgium)* [2002] ICJ Rep 3-<https://www.icj-cij.org/en/case/121>> Erişim Tarihi: 29.05.2020.

227 Arendt'in Eichmann için sarf ettiği ifadeler örnek olarak gösterilebilir: “Görüyoruz ki hiç kimsenin, insan ırkının hiçbir üyesinin seninle aynı dünyayı paylaşmayı istemesini bekleyemeyiz.” Arendt (n 223) 279; *Luban* (n 40) 140.

5- Yukarıdaki çıkarımlardan hareketle insanlığın aşkın bir kavram olduğunu kabul etmek sureti ile insanlık ve insanlık vicdanı gibi kavramların tanımının yapılması ve ilgili fiillerle pozitif bağlantısının kurulması gerekmektedir. Aksi takdirde bu başlık altında müstakil bir suç yerine “mantıksal gerekliliklerin analizine uygun şartlarda” nitelikli hal düzenlemesi gibi bir çözüm üretilmelidir.

İnsanlığa karşı suçlar, aşkın bir kavram icadıdır. Seçimlik hareketlerde sayımın tahdidi olmaması bir yana, tanımlamada öldürme, kök kazıma, köleleştirme ve sürgün gibi ulusal düzeyde zaten düzenlemesi mevcut fiiler söz konusudur. Tanımları ve isimleri başka suç tiplerinde belirlenmiş olan fiilleri insanlığa karşı suç gibi üst bir tanıma hasretmek, bağlam noktalarının sağlam ve açık olmasını gerektirir. Ayrıca üst kavrama verilen isim de bu bağlam noktalarından müteşekkil olacağından, alt kavramlar arasındaki ortak ilişkiyi yansıtan bir formda olmalıdır.

İnsanlığa karşı suç tanımının şüpheden uzak bir zeminde vücut bulmadığına yönelik yetkin yazarların görüşleri mevcuttur.²²⁸ Nitekim İnsan Hakları Komitesi'nin yaşama hakkını yorumlarken “*nükleer silahların üretimi, test edilmesi, konuşlandırılması*” dahi insanlığa karşı suçlarla ilişkilendirmesi,²²⁹ bu karmaşayı ortaya koymaktadır. Henüz belirgin bir tanıma erişmeden “diğer gayri insani fiiller” ifadesi ile hukuki yorum açısından *eiusdem generis* bir kural getirmek,²³⁰ tutarsızlığı ve belirsizliği artırmak anlamına gelecektir. Çünkü *eiusdem generis* kurallar, açıkça anlaşılır sınıf, kategori veya tür bulunduğu, en azından ortak veya baskın bir karakteristiği, niteliği, özelliği bulunan belirli iki sözcüğün varlığında uygulanır.²³¹ Söz konusu olan tanımsal bir sorun ise klasik öğretilere başvurmak yerinde olacaktır.

Aristoteles düşüncesinde hakikat, idelerde değil, nesnenin kendisidir. Nesnel varlığın zihinde oluşan formları imgeler ve kavramlardır. Zihindeki tikel duyular, imgeleri oluştururken, kavramlar varlığın tümel ve ussal karşılıklarıdır. Bir “şeyin” kavramsallaşabilmesi için karşıladığı tikellerin sınırlarını belirleyen bir tanımının yapılması gerekir. Bu tanım, tikel nesnelere veya olayları, tek bir paydada toplayabilmek için bazı sınırlamalar (*de-finition*) yapmayı, yani genellemek için sınırlandırmayı gerektirir. Mantıkta tanımlanmak istenen bir “şeyin” tüm üyelerini kapsayacak bir genelleme (*genus*) ve üyesi olmayan tüm unsurları dışarıda bırakacak bir sınırlamanın

228 Yoram Dinstein, “Crimes Against Humanity” in Jerzy Makarczyk (ed.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century: Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski* (Kluwer Law International 1996) 908; Phyllis Hwang, “Defining Crimes Against Humanity in the Rome Statute of the International Criminal Court” (1998) 22 *Fordham International Law Journal*, 487

229 Shaw (n 1) 231.

230 Geras (n 16) 16.

231 Alec Samuels, “The Eiusdem Generis Rule in Statutory Interpretation” (1984) 5(1) *Statute Law Review*, 180.

(*specific difference*) sentezi zorunludur.²³² Örneğin insanın iki ayaklı, dik omurgalı gibi özelliklerle tanımlanması, onu her şartta ayırabilmesi ölçüsünde sınanabilir. Esasen ceza hukukunda suçların tanımlanması, cezai sorumluluk bahsinde hukuk güvenliğini tesis etmek için tikel olayların sınıflandırılmasıdır.²³³ Bir suç tanımlanırken en güçlü referans noktası duyulara hitap eden en bariz yönüyle fiildir (*actus reus*). Sağlam bir insanlığa karşı suç kavramı tesis edebilmek için insanlığa karşı suç tanımının herhangi bir suçu insanlığa karşı olandan ayırt etmesi beklenir. Bu bakımdan eğer insanlığa karşı suç kavramı üzerinde ısrar edilecekse öncelikle insanlık teriminin mantık ilkelerine uygun ve hukuken kullanılabilir bir tanımının yapılması gerekmektedir. Böyle bir tanımın bulunmaması, insanlığa karşı suçun kavramsal yönden zayıflığını ortaya koymaktadır. Esasen Aristoteles düşüncesinde duyular ön planda olup, tanımların duyulan nesne ve olaylara uygunluğu referans alınır. İdealist yaklaşım ise duyuları değil, kavramları referans kabul ederek duyulan varlığın kavramlara uygunluğundan hareket eder. Bu bakımdan insanlığa karşı suç bahsinde insanlık kavramını idealize etmek, tikel suç eylemlerinin muhakemesinde fiilin değil, tanımı belirli olmayan bir mefhumun referans alınması demektir. Böyle bir insanlığa karşı suç çerçevesi, hukuk güvenliğini zedeleyecek düzeydedir.

Nürnberg, Tokyo, Eski Yugoslavya ve Ruanda mahkemeleri, statülerinde öncelikli olarak kendi yetki sınırlarını belirlediğinden soyut olarak maddi ceza hukukuna uygulanacak suç tanımları yapmayı amaç edinmezler. Nürnberg Mahkemesi Şartı'nda yapılan tanım ile ilgili en büyük sorun, maddi ceza hukuku ile ceza muhakemesi hukukunun birbirinin içene girmesidir. Normal şartlarda yeni bir kavram olan insanlığa karşı suç teriminin maddi ceza hukuku bakımından soyut sınırlarını çizmekten ziyade, Şart, insanlığa karşı suç başlığında savaş suçu ve barışa karşı suçlarla ilişki aranan durumları sıralamıştır. Amaçsal yorum yapıldığında 1939 öncesi siyasi, ırki, dini zemin ön şartı ile barışa karşı suçlar ve savaş suçları ile ilgili veya mezalim infazının söz konusu olduğu durumlarda Mahkeme'nin yetkisini kullanmak istediği sonucuna varılabilir. Ancak bu isteğin ifade edilme yerinin insanlığa karşı suçlar olması, savaş öncesi fiillere de evrensel bir suç tanımlamasıyla müdahale edebilme maksadının göstergesidir. Nürnberg Şartı'nın insanlığa karşı suç tanımında “bütün diğer gayri insani hareketler” ifadesi de işte bu tutarsız evrenselliği yansıtmaktadır. Nitekim Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun 1950 ikinci devresinde Genel Kurul'a sunduğu

232 Hasan Ali Yücel, *Mantık Dersleri* (Atlas 1966). Esasen *öngörmek* için genelleme ve *gerçekle temas etmek* için sınırlama araçları, nesnelere isimlendirilmesi açısından dilin oluşumu için de geçerli kabul edilebilir. Ancak tanımlama ile tesis edilen fonksiyonu kesinlik değil, belirlilik olarak kabul etmek gerekir. *Popper*'ın bilim teorisindeki varsayımlar bir anlamda genelleme işlevi görürken gözlemlere dayanarak yapılan yanıtlamalar ise sınırlama işlevindedir. Bu açıdan mantıksal yaklaşımı salt istikra (*induction*) metoduyla elde edilen zorunlu bilgiler-bkz. Elijah Millgram, “John Stuart Mill, Determinism, and the Problem of Induction” (2009) 87(2) *Australasian Journal of Philosophy*, 183- 199.- şeklinde ifade etmemek gerekir.

233 *Hegel*'in hukuk felsefesinde pozitif kanun sistemi, özeli evrensele tabi kılmaaktır. Bkz. Hegel (n 3) 41- 42. Bununla birlikte *Hegel*, bir kavramın diyalektiğini salt bir sınır veya zıtlık olarak değil, pozitif muhteva ve sonuç olarak da ifade etmiştir. Bkz. Hegel (n 3) 66. Suç eylemi sınırsız karakterde iken, dış farklılıklar silinerek suçlunun hak ettiği şeyin özü için bir eşitlik tesis edilir. Bkz. Hegel (n 3) 120.

“Nürnberg Mahkemesi Şartı’nda ve Mahkeme Kararında Tanınan Uluslararası Hukuk İlkeleri” başlıklı şerhte bu yorum, “Şart’ta bir uluslararası suç (*international crime*) *ihdas edildiği*” şeklinde ifade edilmektedir.²³⁴ Bu ise insanlığa karşı suç bağlamının ulus- üstü bir düzleme oturtulmak istendiğini göstermektedir. Söz konusu düzlemi temin eden aşkınlık ise insanlık deyimi ile ifade edilmiştir. Bu mantığın kurulması, elbette esasa dönük (*substantive*) gerekçelerle değil, Mahkeme’nin yetkisini tayinine dönük usuli (*procedural*) gerekçelerle mümkün olmuştur. Maddi ceza hukukuna bakıldığında ise söz konusu fiillerin işlenmesinde bir insan olan failin, kastın bilme ve isteme unsurlarında insanlığı nasıl hedef aldığı ve insanlığın ne olduğu gibi sorular cevap beklemektedir. Bu bağlamda buyurgan kabullerin değil, failin davranışının referans alınması, mesnetsiz bir suç kurgusundan kaçınmak noktasında önem arz etmektedir. İnsanlığa karşı suç kabul edilen fiillerin anlaşılması için sosyal ve tarihsel sürecin doğru gözlemlenmesi gerekir. Örneğin Eski Yugoslavya Ceza Mahkemesi Statüsü’nde insanlığa karşı suçlar başlığında “herhangi bir sivil nüfusa karşı” ibaresi altında yalnız bir bentte siyasi, ırki ve dini kimliklere doğrudan gönderme yapılmıştır. Ancak maddenin lafzından sosyal kimliklerin insanlığa karşı suçların yalnız bir yönü olduğu anlaşılrsa da Eski Yugoslavya’nın dağılma sürecinin esasında bir kimlik savaşı olduğu unutulmamalıdır.

Roma Statüsü’ne bakıldığında adi bir öldürme suçunu insanlığa karşı suçtan ayıran temel etken “sivil nüfusa karşı”, “yaygın” ve “sistematik” olarak ifade edilmiştir. Kanaatimizce bir “kişiye” karşı işlenen öldürmenin yaygın ve sistematik olan şekli bu adi suçu en fazla “kişilere” karşı suç yapar. Burada önemli olan husus, zaten tanımlı bir suçu insanlığa karşı suç kabul edebilmek için uygulanan ayırımın, suçu neden insanlık kavramı ile ifade ettiğimizi de izah etmesi gerektiğidir. Roma Statüsü’nde bahsi geçen yaygın ve sistematik saldırının parçası olması ve sivil nüfusa karşı ifadeleri, definitif değil, deskriptif öğelerdir. Örgütlü suç, iştirak, tasarlayarak öldürme veya suçların içtimandan farkı net değildir. Bu bakımdan tanımın kendisi ayırt edici değil, spekülatifdir. Burada ifade edilen şey, örneğin birden fazla cinayet işlemek ile insanlığa karşı suç arasındaki farkın derinliğine inmektedir.

Sistematik ve yaygın terimleri her ne kadar yanlış bir tanımın öğeleri olsa da suçun özelliklerini analiz etmek için yol göstericidir. Sistematik ve yaygın ifadelerinin örgütsel bir sorumluluğa (*organizational responsibility*) işaret ettiği düşünülebilir.²³⁵ Bu noktada çalışmanın önerdiği yaklaşım, “insanlığa karşı suç” fiillerinin, faili sevk eden (saik) sosyal unsurlarla ayrıştığı yönündedir. Korunan hukuki değerler insanlık olmasının sakıncalarından hareketle aslında sosyal zeminde korunan ve toplumda

²³⁴ International Law Commission (n 70) para 120. Eichmann yargılamasında yetkisini tayin eden İsrail ulusal mahkemesi, davada söz konusu edilen suçların yalnız İsrail yasalarını değil, ama bütün insanlığa karşı ulusların hukukunun (*law of nations*) kendisini ihlal ettiğini belirterek *delicta juris gentium* ifadesini kullanmıştır. Mahkeme böylece evrensel yargı yetkisinin bulunduğu karar vermiştir. Bkz. *Eichmann Case (Attorney-General of the Government of Israel v Eichmann)* (Israel Sup. Ct.) (1962) 36 ILR 277 (English translation).

²³⁵ Luban (n 40) 97.

karşılığı olan başka bir olgunun insanlığa karşı suç kavramını inşa ettiğini söylemek mümkündür. Psikologlar, failin davranışının sebepleri ile ilgili otoriter kişilik noktasına odaklanmış, daha sonra sosyal kimlik, kültür ve tarihsel bağlam kombinasyonları üzerine yoğunlaşmıştır.²³⁶ Korunan sosyal olgu, kültürel ve tarihsel dokuyu da inşa sürecinde barındıran sosyal kimlikler olarak kabul edildiğinde hem popülizmi teşvik eden kimlik siyasetinin kullanım alanı daraltılarak rasyonel ve koruyucu alana çekilmiş, hem de “insanlığa karşı suç” fiillerinin test edilebilir ayırt edici bir motivasyonu ortaya çıkmış olacaktır. Burada test edilebilirlikten kasıt, hâkimin somut olayda kimlik saikinın bulunup bulunmadığına yönelik sosyal psikoloji verilerini referans alarak yaptığı akıl yürütme basamaklarının, yine sosyal psikoloji deneylerine konu olabilecek kısmen de olsa yanlışlanabilir veya terk edilebilir önermeler içermesidir. Aksine, suçun isminden de anlaşılacağı üzere korunan hukuki değer insanlık olarak kabul edildiğinde bu durum, aşkın ve belirsiz bir suç tanımına, dolayısıyla muğlak bir muhakemeye meydan verecektir. Çünkü sistematik, yaygın ve sivil nüfus terimlerinin insanlık kavramı ile hiçbir pozitif bağlantısı bulunmamaktadır. Grup temelli, yaygın ve sistematik zarar bulgularından hareket ederek, uluslararası toplum, insanlık, insanlık vicdanı gibi soyut ve belirsiz kavramların da zarar gördüğünü iddia edip, buradan da uluslararası yetkiye varmak bir seçenek olabilir.²³⁷ Bu seçenek test edilemeyen göreceli insanlık algısına dayandığı için denetim mekanizmasının zayıflığı, hukuk güvenliğini zedeleyecektir. İnsanların ahlaki kazanımları, inançları veya arzularını insanlığın yapı taşları olarak kabul etmek sosyal alanda yararlı hatta gerekli kabul edilebilir. İnsanlığı bu haliyle uygulamanın ikna ve sosyal meşruiyet zemininde bir karşılığı bulunsa da pozitif hukuk açısından sosyal algıları veri değil, sebep kabul eden böyle bir yaklaşım, yorum referanslarının sübjektifliğine işaret etmektedir. Kanaatimizce sosyal bilimler, sürekli veri üreten bir alandır. Algının ve bilincin ürünü olan davranışın, ölçümünün algısına dayanır. Ancak doğa bilimleri, bizzat ölçümün algısına dayandığı için tekrarı ve test kabiliyeti daha objektiftir. Yanlışlamalarla yol olarak daha tutarlı varsayımlar üreten doğa bilimlerinde dahi mutlak kesinlik, iddia konusu olmaktan çıkmıştır. Sosyal bilimlerde bir takım hipotezler geliştirilebilir, ancak bunlar birbirini açıkça ilga edecek kadar da olsa kesinlik veya zorunluluktan yoksundur. Bu yüzden toplumsal olaylar sonuç değil, veri olarak kabul görmelidir. Ancak bu demek değildir ki sosyal veriler arasında belirli korelasyonlar kurulmasın. Bu noktada kesinlik ve doğruluğun birbirine karıştırılmaması gerekmektedir. Nitekim *Gadamer*'e göre sosyal bilimlerin kendi doğruluğunu temin edecek insanın dünyadaki var oluşunu ve kendini anlamasını temel alan bir mekanizması vardır.²³⁸ Bu çalışmada ifade edilen husus,

236 Roger W. Smith, “Perpetrators” in Dinah Shelton (ed) *Encyclopedia of Genocide and Crimes Against Humanity- II* (MacMillan 2005) 790- 794.

237 Bu minvalde akıl yürütmeye örnek olarak bkz. Larry May, *Crimes Against Humanity: A Normative Account* (University of Cambridge 2005); Massimo Renzo, “Crimes Against Humanity and the Limits of International Criminal Law” (2012) 31 *Law and Philosophy* 443– 476.

238 Hans- Georg Gadamer, “The Problem of Historical Consciousness” in Paul Rabinow and William M. Sullivan (eds) *Interpretive Social Science: A Second Look* (University of California Press, 1979) 82, 85- 86.

sosyal psikoloji disiplininin kimliksel motivasyonun tespiti için kullanışlı bir test mekanizması barındırdığıdır.

Test edilebilir bir düzlemde akıl yürütmek için suçun işlenmesinde sosyal kimlik unsurunun varlığına yönelik doğru soru, faili suça sevk eden (*saiik- motive*) elementlerin ne olduğudur. Failin suçu işleminde amacının ne olduğuna yönelik soru, test edilebilirlik açısından sorunludur. Fiziki dünyaya amaçsal açıdan bakıldığında yerçekimi gibi bilimsel konularda dahi *qualitas occulta* gibi arkaik sonuçlara varılabilir. Esasen kriminolojinin, suç vakalarında ispat hukuku için mantıksal açıdan yanlışlanabilir önermeler temin etmesi gerektiğinden “amaç” terimi seküler bir suç teorisinde uygun bir kullanım değildir. Saiik açısından ise esas sorun, suç teşkil eden fiilin gerçekleşmeden önceki motivasyonuna mı (*ex ante*) yoksa bu fiil gerçekleşikten sonraki algısına mı (*ex post*) bakılacağıdır. Özellikle Nürnberg, Eski Yugoslavya ve Ruanda örneklerinde fiillerin kimlik çatışmaları sırasında işlendiği, motivasyonun da kimlikler temelinde kurulduğu açıktır. Nitekim Bosna Hersek’te ve diğer ülkelerde halen uygulanan ortaklaşmacı (*consociational*) demokrasi, bu kimliklerin izlerinin ne kadar derin olduğunu göstermektedir. Fiillere yönelik *a posteriori* algıya ilişkin ise bu fiilleri tüm insanlığa karşı kabul etmenin sebebi, II. Dünya Savaşı’nın yaşattığı travma ile, daha açık bir ifadeyle kişinin seçme şansı olmadığı bir kimliği yüzünden suça maruz kalmasına yönelik tepkiyle rasyonalize edilebilir. Kurbanların “yaptıkları” değil, “oldukları” şeyden dolayı suça maruz kalmaları,²³⁹ bu suça karşı müşterek bir tepki doğurmaktadır. *Luban*, bu tepkinin kaynağını ve insanlığa karşı suçların ayırım referansını insanın politik hayvan karakterinde ifade eder.²⁴⁰ Kanaatimizce böyle bir eylemin insanlığa karşı olarak değerlendirilmesi, her insanın bu çeşit (ırk, cinsiyet.. vs.) kimliklerinin bulunduğu ve bu farklılıkların ayrımcılık temelli bir suça yol açmamasına yönelik bir gereklilik düşüncesidir. Toplumsal açıdan yararlı olan bu düşüncüyü diğer insanlardan daha güçlü kurup idealize edenler toplumda karşılık bulduğunda “evrensel” ahlak kabulleriyle karşılaşırız. Ancak söz konusu bağın kaynağının sübjektifliği, toplumsal algıya yönelik aşırı düzensiz ve göreceli bir alan oluşturmaktadır. Dolayısıyla buradaki evrensellik iddiası, hukukun değil sosyal ikna kulvarının bir unsuru kabul edilmelidir.

Biyolojik insan paydasının *ipso facto* bir insanlık kimliği oluşturacak kadar güçlü olmamasının sebebi, esasında çevresel etkilerle kazanılan diğer kimliklerin hemen her zaman insan kimliğinin önünde kabul edilmesidir. İşte bu sebeple insana karşı işlenmiş bir suçu insanlığa karşı kabul edecek “ideal” olmayan esaslı bir bilincin oluştuğunu söylemek şimdilik mümkün değildir. Oysa objektif açıdan bakıldığında biyolojik insan olma paydası, diğer tüm kimliklerden daha kapsayıcı ve geneldir. Test edilebilir zeminde kalmak için insanlığın kendisinin bir kimlik olarak kabul görmesi

239 *Samantha Power*, soykırım suçunu bu şekilde ifade etmektedir. *Luban* ise insanlığa karşı suçların yöneldiği kesimin de belirli bir gruba ait olmaları sebebiyle suça maruz kaldığını belirtir. Bkz. *Luban* (n 40) 107.

240 *Luban* (n 40) 138.

fikri, fiziki bir tespitten öte bir ideal olarak ifade edilmemelidir.²⁴¹ Burada biyolojik insan paydasının ve çevre etkisi ile kazanılan kimliklerin hangisinin insanlığa karşı suç olarak tanımlanan fiillerde daha etkin bir rol oynadığını tartışmak gerekir. Çünkü bireyler ve toplumların, çevre etkisinde inşa ettikleri kimlikler, yine fiziki dünyanın bir nedeni olarak karşımıza çıkar.²⁴² Yani bireyler ve toplumların kimliklere yönelik algısı da gözleme konu bir gerçeklik olarak kabul görmelidir. Çevrenin etkisi ile kazanılan kimliklerin insan kimliğinin önünde kabul gördüğüne dair en açık kanıt, aslında insanlığa karşı suç tabiri ile anılan fiillerin kendisidir. Bu sebeple, insanlığa karşı suç olarak ifade edilen fiilleri, daha güçlü bir bağlam olan kimliklere karşı değerlendirmek yerinde olacaktır. Bir kimsenin gerek doğuştan gerekse çevrenin etkisiyle oluşan kimlikleri yüzünden bir suça maruz kalmaması, toplumsal açıdan makul ve yararlı görülmesi gereken bir önermedir. Ancak bunun karşılığı, aşkın ve temelsiz kavramlar üretmek değil, bireysel ve toplumsal kimlikleri sosyal kohezyonu gözetmek şartıyla güvence altına almaktır. Bunun yolu ise öncelikle insanlığa karşı suçu ihdas eden motivasyonu doğru anlamaktan geçer. Kurulan mantık tutarlı veya tutarsız olsa da neden insanlığa karşı suç gibi bir tanımlamaya ihtiyaç duyulduğu sorusu, bu noktada önem arz etmektedir. Roma Statüsü'nde "insanlığa karşı suç" tanımına yönelik "sistemik", "yaygın" ve "sivil nüfusa karşı" ifadeleri yukarıda da belirtildiği gibi bir tanımın öğeleri olmaktan uzaktır. Bunun yerine önerilen mantık, kimlik motivasyonu ile işlenen adi suçların yalnız mağdurda değil, bu kimliğe sahip herkeste yani iç grupta bir karşılık bulduğudur. Toplumun bağımlı ve müşterek yapısını ve sosyal kimliklerin toplumu değiştirme potansiyelini ön plana çıkararak böyle bir duyarlılığın sürdürülebilirlik açısından devletler nezdinde göz ardı edilmemesi gerekir. Çünkü sosyal bir kimlik zorunlu olarak devletlerin özel ilgi alanına giren sosyal kohezyonun ya bir bileşeni veya karşıtıdır. Bu ayrımın belirgin tutulması, muhafazakâr toplumların temel endişesi iken, toplumun bileşenlerinin sosyal kohezyonun sürdürülebilirliği açısından devlet nezdinde karşılık bulması gerekliliği daha makul ve genel geçer bir önermedir. Böyle bir yaklaşımla suç vakalarında fail ve mağdurun anlamlandırmaları ve yaygın moral değerler sebep değil, veri olarak kullanılmış olur. Bu açıdan yargılama makamının düşünme biçiminin mümkün mertebe anlamlandırıcı (*meditative*) değil, hesaplayıcı (*calculative*) olması, hukuk güvenliği açısından önemlidir. Aksi yönde moral değerlerle açıklanan duyarlılık, vahşi bir yargı yetkisi (*vigilante jurisdiction*) ile bu suçları insanlığa karşı kabul etmenin temel sebebidir.²⁴³ Ancak pozitif hukuk açısından böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır. Yukarıda da açıklandığı gibi korunması gereken esas etken kimlikler ise ilgili fiillerin

241 *Carl Linnaeus*'un 1758 yılında biyolojik insanı coğrafyaya göre hiyerarşik alt türler olarak sınıflandırmasına ilişkin bkz. David Notton and Chris Stringer, "Who is the type of *Homo Sapiens*?" (2010) International Commission on Zoological Nomenclature.

242 Russell nedenselliğinde gözlemler algılara, algılar olaylara yol açar, velev ki algı sonrası süreç, formel mantıkla yürümesin. Bkz. Russell (n 119) 54.

243 İnsanlık yasaları ve insanlık ilkeleri kavramlarındaki müphemliğe işaret ederek hâkimin vereceği kararın kendi vicdanına göre değişkenlik göstereceğine ilişkin bkz. Günel (n 19) 14- 15; Soykırımı ilgili failin özel kastının tespitinin zor hatta imkânsız olduğuna dair bkz. *Prosecutor v Akayesu* (n 80) para 523.

insanlık başlığında ayrı bir suç olarak düzenlenmesi tutarsızdır. Bunun yerine ilgili adı suçlara eklenecek “kimlik saiki ile işlenmesi” şeklinde cezayı ağırlaştırıcı bir nitelikli hal, pozitif hukuka daha uygundur.²⁴⁴ Burada kimlik saiki ile işleme hükmünün de spekülasyona açık olduğu eleştirisi yapılabilir. Ancak yargılamanın çözmesi gereken bu belirsizlik, suçun tanımının belirsizliğinden ileri gelmemektedir. Aksine, somut olayda yukarıda özetlenen sosyal kimlik teorisi ve sosyal psikoloji literatüründeki diğer çalışmalar bağlamında bir motivasyonun bulunup bulunmadığı sorusu, yargılamayı yapacak makam tarafından muhakeme edilmelidir. Ceza hukukunda fiiller, suçun maddi unsuru olarak ifade edildiğinden, sosyal kimliklerin davranışsal yönü bu açıdan karşılık bulmaktadır. Ancak sosyal kimliklerin bilişsel yönünü oluşturan sınıflama, kıyaslama ve hüviyet unsurları da suç hikâyesinde sosyal kimlik unsuru bulunup bulunmadığı tespiti açısından göz ardı edilmemelidir.

İnsanlığa karşı suç olarak kabul edilen bir fiilin işlenmesinde faili motive eden ayırt edici unsur, yukarıda özetlenen kimliklerle ilgilidir. Bireyler, çevrenin etkisiyle kendi kimliklerini kurar. Kendisinin farkına varma sürecinin bir sonucu olarak bireyler, kendilerini kimlikleriyle tanımlamaya başlar. Bu ise toplumsal davranışlarına etki eder. Bundan kaynaklı olarak bir kişi yaşadığı toplumda kendi kabul ettiği kimliklerin ve bu kimliklere yüklediği anlamın bir cebre maruz kalmadan canlı bir organizma gibi yaşamasını, ifade edilebilmesini ve aktarılmasını ister. Esasen burada çatışma alanı, materyal gücü elinde bulunduran tarafın istikrarı koruma adına sosyal kohezyona yönelik endişeleri ve kimlikleri ifade özgürlüğü ile toplumun değişme potansiyeli arasındadır. Burada belirtmek gerekir ki her toplumun kendi birikiminin ürünü olarak farklı sosyal kohezyon denklemleri bulunmaktadır. Bu yüzden kimliklerin toplumsal kohezyon ile çatışma alanlarının toplumlara göre farklı olması doğaldır. Burada kastedilen, gerçekte insanların algısına bağımlı olsa da devletlerin klasik egemen anlayışıyla halklarını diğer halklar ile ayırmada eğitim ve doktrin enstrümanlarını organize edebilmesini dikkate almaktır. Sınırların anlamsızlaştığı dijital ve bireyselleşen bir topluma giderken devletlerin kendi politikasını, halkı üzerinde uygulama gücü henüz ortadan kalkmadığından sosyal kimlik denkleminin ülkesel sınırlarda hala bir kompozisyon ifade ettiğini kabul etmek gerekir. Diğer bir ifade ile devletlerin kendi kimliklerini inşa ederken ve toplumlarının kimliğini konsolide ederken kat ettikleri birikim, kendine özgü bir çatışma tecrübesini beraberinde getirmektedir. Bu yüzden devletler kimlik oluşturma ve muhafaza gücüne sahip oldukça ceza hukuku bağlamında kimlik motivasyonu ile işlenen suçlarda nitelikli hal düzenlemesinin yargısal uygulaması, yukarıdaki teorik ilkeler ışığında uluslararası değil, devletlere özgü olmalıdır.²⁴⁵ Nitekim Roma Statüsü de Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin iç hukuka tamamlayıcı nitelikteki yetkisini teyit etmektedir. Ancak

244 İnsanlığa karşı suçlarda ayrımcılık saikinin gerekliliğine ilişkin tartışmalar için bkz. Faustin Z. Ntoubandi, *Amnesty for Crimes against Humanity under International Law* (Martinus Nijhoff 2007) 58- 63.

245 Bu çalışmada devlet, objektif ahlaklılığın ispata konu zorunlu bir safhası olarak -bkz. Hegel (n 3) 234- değil, devlet algısı ve bunun uzantısı olan araçların kimlikler üzerindeki etkisi bağlamında ele alınmaktadır.

belirtmek gerekir ki bu çalışmanın mantıksal bir tutarlılıkla ileri sürdüğü yaklaşım, sadece ulusal düzeyde nitelikli hal düzenlemesinin kabulünü değil, ama aynı zamanda uluslararası anlamda insanlığa karşı suç normunun yadsınmasını da gerektirmektedir. Dolayısıyla insanlığa karşı suç kavramının kendisine yönelik temel algının değişmesi evrensel anlamda önerildiği için öncelikli olarak uluslararası düzeyde bu kavramın yadsınması gerekmektedir. Bu ise teamül hukuku haline gelmiş bir tutarsızlığın nasıl ortadan kaldırılacağına yönelik soruyu gündeme getirmektedir. İnsanın çoğunlukla toplumsal ihtiyaçlarından hasıl olan ve normun açık olmadığı alanlarda devreye giren sağduyusunun ürünü olan teamüller, gözlem konusu olmaktan çıkıp normatif değer taşıdığı en güvenilir normları üreten bilimsel metotla sorgulanmak ve değişmek zorundadır.²⁴⁶ Esasen bu zorunluluk, uygarlık tarihinin yazılmasını mümkün kılmıştır. Bu mantığın bir uzantısı olarak ulusal yasalarda kabul edilen evrensel yargı yetkisinin, yargılamada dikkate alınması zorunlu olmayan çeşitli unsurlardan dolayı dezavantaj sağlayacağını belirtmek gerekir. Her şeyden önce insanlık kavramı evrensel değil beşeridir (*anthropic*). Diğer taraftan teorik olarak devletlerin evrensel yetki alanına giren suçları ve içeriğini özgürce belirleme hakkı, fail için kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesini veya “tatmin edici” bir yargılama yapılmadığında *non bis in idem* açmazını gündeme getirecektir. Bu açıdan evrensel yetkiden söz edilebilmesi için en azından normatif bir yeknesaklık tesis edilmelidir. Uluslararası sistemde ulusal cezai yargı yetkisi için makul ve sürdürülebilir olan, kurulan bağlam noktalarının varsayımlar²⁴⁷ yerine belirgin somut verilere dayanmasıdır. Bu bakımdan iyi niyetli bir evrensel yargı ideali, kuralların değil, aktörlerin öne çıktığı uluslararası hukuk sisteminde²⁴⁸ esas ve usule ilişkin sadece bir karmaşa vaat etmektedir.²⁴⁹ Çünkü uluslararası hukuk perspektifinden cezai yargı yetkisinin başlıca unsuru olan ülkesellik (*territoriality*),²⁵⁰ ancak cezai yetki iddia eden devletin kamu düzeninin bozulduğuna yönelik varsayımsal olmayan bağlamlarla aşılabilir. Dolayısıyla devletler yetki alanına girmeyen suçları yargılamaktan çekinerek bu alanda suçluların iadesi ve uluslararası adli yardımlaşma yükümlülüklerini yerine getirmelidir. Bu prensip, sürdürülebilir bir uluslararası sistem

246 Yaratıcı yıkıcılık (*creative destruction*) ve Hegel’in mantık sisteminde süblasyon (*Aufheben*) kavramına yönelik değerlendirme için bkz. Wolfram Bergande, “The Creative Destruction of the Total Work of Art: From Hegel to Wagner and beyond” in Carsten Ruhl, Chris Dähne and Rixt Hoekstra (eds) *The Death and Life of the Total Work of Art* (Jovis 2014) 128- 145. Hegel düşüncesinde temaül, objektif ahlaklılığın genel davranış tarzıdır. Bkz. Hegel (n 3) 170.

247 Evrensel yargı yetkisini uluslararası teamül hukuku ile temellendirmek, her devletin kendi normatif ve yargısal yapısı sebebiyle içerik anlamında mümkün değildir. Diğer taraftan insanlık kavramı test edilmeye elverişli önergeler sunmaya imkân vermeyip düzensiz bir yorum alanı ihtiva ettiğinden bir suç başlığı olarak dahi insanlığa karşı suç ifadesinin teamül değerinden bahsetmek hukuk güvenliği açısından sakıncalıdır.

248 *ius gentium* ve *ius inter gentium* kavramları arasındaki farka işaret edilmektedir.

249 Evrensel yargı yetkisi lehine tartışmalar için bkz. Christopher K. Hall, “Universal Jurisdiction: New Uses for an Old Tool”, in Mark Lattimer, Philippe Sands (eds) *Justice for Crimes Against Humanity* (Hart Publishing 2003) 47- 71.

250 Shaw (n 1) 467; cezai yetki için uygulanan ülkesellik ilkesinin mutlak olmadığı ve ülkesel egemenlikle tam olarak çıkışmayacağına dair bkz. *The Case of the SS Lotus, (France v Turkey)* (Collection of Judgement) PCIJ Rep Series A No 10 <https://documents.law.yale.edu/sites/default/files/ss_lotus_-_pcij_-_1927.pdf> Erişim Tarihi: 21.06.2020. *Lotus* davasında Fransa, açık denizde gerçekleşen çatismalarda istatistiksel olarak tutuklama yapılmadığından bahisle teamül hukukuna dayanarak Türkiye’nin cezai yargı yetkisini kullanamayacağını savunmuştur. Ancak bilinçsiz bir istatistiğin teamül hukuku oluşturacağına ilişkin bir varsayımın karşısında Türkiye’nin Bozkurt gemisinin batması, sekiz mürettebat ve yolcunun ölmesi ve *Lotus*’un Türk limanında bulunması, Türkiye’nin cezai yargı yetkisini temin eden güçlü bağlamlardır.

açısından bir zorunluluktur. Zira bir devletin uygulayacağı aşkın bir yetki (*exorbitant jurisdiction*), kuvvetle muhtemeldir ki daha güçlü bağlamlara sahip başka bir devletin yetkisini gasp edecektir.

Sosyal kimliğin suçun işlenmesindeki etkinliğinin ulusal mahkemelerce dinlenmesine yönelik bu çalışmanın yaklaşımı, ilgili adi suçlarda kimlik saikini ön plana çıkararak suçun bir veya birden fazla kişiye karşı işlenmiş olma tartışmasını da çözmektedir. Kitlesele insan hakları ihlallerinde tazminata ilişkin ise Peru, Şili Arjantin, Kolombiya, Irak, Bosna, Ruanda ve Güney Afrika ulusal makamlarının tecrübelerinden yararlanılabilir.²⁵¹ Uluslararası bir ilgi karşısında yargılamaların şeffaflığı ve ilgili kurumlarla iletişim kanallarının açık tutulması son derece önemlidir. Kimlik saikinin bir suça sebep olmasını prensipte devletlerin kendi kompozisyonu içinde değerlendirmek şartıyla şeffaflığın temini ve sübjektif şartların objektif olarak değerlendirilmesi için uluslararasılaşmış (*internationalized*) modeller de uygulanabilir.²⁵² Ancak bu modellerin “evrensel” ahlak kabullerini uygulamak veya yargılamanın tarafsızlığını etkileyecek bir dezavantaja dönüştürmek gibi bir işlevi olmadığından emin olunmalıdır.²⁵³ Devletlerin bu suçları “gereğince” yargılamaması durumunda, uluslararası düzeyde insan hakları hukuku, ayrımcılık yasağı, savaş suçları, barışa karşı suçlar ve soykırım suçu alanlarında ilgili prosedürler işletilebilir.

Sonuç

Toplumdaki ayrımcılığın temeli, farklılıklarımız, bunun temeli ise kimliklerimizdir. Kimlikler, içsel bir tanımlamanın ötesinde dışsal bir algıyla da kurulan, değişime ve dönüşüme açık kabullerdir. İnsanlığa karşı suçların temelinde yatan ayrımcılık, esasen tek taraflı olarak kabul edilirse kimliklerin dinamik yapısı ihmal edilmiş olur. Çünkü kimliklere bireysel veya toplumsal olarak yüklenen anlam ile bu anlamla çatışan bir davranış vuku bulduğunda ayrımcılıktan söz edebiliriz. Bu açıdan sosyal kimlikleri bir inşa süreci olarak okumak gerekir. Aksi takdirde kimliklere yüklenen anlamın yerini bulduğu ve değişmeyip toplumu da değiştirmeyeceğini kabul etmek gerekirdi. Örneğin eşcinsellerin eşcinselliği seçtiği mi yoksa kalıtımsal mı olduğuna yönelik algıları, eşcinsellik kimliğini ve ayrımcılığını inşa eden bir unsurdur. Dolayısıyla sosyal kimliklerin bu parametreler üzerine güncellenmesi icap etmektedir. Diğer taraftan kimliklerin toplumu değiştirebilmesi ise inkâr edilemez bir potansiyeldir. Modern toplumların bile belli kabuller çerçevesinde bir arada bulunduğu söz konusu olduğundan, bu çatışma alanı etrafında şekillenen dinamik yapı, hukuk kurallarında kendini göstermelidir. Toplum bir arada tutan soyut kurallar içinde farklılıkları

251 Carla Ferstman, Mariana Goetz and Alan Stephens (eds) *Reparations for Victims of Genocide, War Crimes and Crimes Against Humanity* (Martinus Nijhoff 2009) 385- 566.

252 Uluslararasılaşmış ceza mahkemeleri için bkz. Cesare P.R. Romano, André Nollkaemper, and Jann K. Kleffner (eds) *Internationalized Criminal Courts: Sierra Leone, East Timor, Kosovo, and Cambodia* (Oxford 2009).

253 Kosova örneğine yönelik eleştiriler için bkz. Ibid 73- 77.

güvenceye almak için ulusal ve uluslararası düzenlemelerde kimliklerin korunmasına yönelik gelişmeler kaydedilmelidir. İnsanlığa karşı suçlar olarak nitelendirilen fiillerde ise sosyal kimlik motivasyonunun yeri hem tarihsel açıdan hem de toplum bilimi açısından oldukça belirgindir. Bu fiilleri kodifiye ederken veya yargılamak için “insanlık” gibi bir belirsizliği ve bu belirsizlikle ilgisi bulunmayan kavramları referans almak, “sosyal kimlik” etkisinin üzerini kapatmak anlamına gelmektedir. Bir suçun sosyal kimlik saiki içerip içermediği tespit edilirken hukuk güvenliğini güçlendirecek somut veriler muhakeme edilmelidir. Bu açıdan çalışmanın insanlığa karşı suçlarda tespit ettiği teorik hatalar ve bunlara yanıt verebilecek sosyal kimlik yaklaşımıyla şekillenen *de lege ferenda- de lege lata* ayrımında somut psikolojik ve sosyolojik veriler referans alınmalıdır. Nitekim bu verilerin etkileri hukuk camiasında fark edildiğinde gerek doğal hukuk perspektifinden *Geny ve Duguit*, gerekse sosyal mühendislik düşüncesinde *Pound*, sosyoloji, psikoloji ve antropoloji disiplinlerinin hukuk yapımı ve uygulamadaki önemini inkâr edilemez olduğunu görmüştür.²⁵⁴ Ancak bu veriler, toplum için “ideal” kalıplar veya istikra (*induction*) metoduyla sosyal mühendisliğe yol açan “kesin” bilgiler üretmek yerine toplum üzerinde düşünmeye yardım edecek değişime açık genellemeler ve sınırlamalar ifade etmelidir. Verilerin bu kimlik tanımlarına uygunluğu ise kendi içinde (*precision*) ve referans değere (*accuracy*) olan yakınlığı noktasında sürekli olarak sınanmalıdır. Bu çalışmada pozitif bir yaklaşımla insanlık gibi aşkın ve test edilemez bir kabulün hukuk güvenliğini zedeleyeceğinden hareket edilmiştir. Sosyal kimliklere yönelik teorik ve klinik sosyal psikoloji verilerinin, somut suç olaylarına uygunluğunu test ederek, yine test edilmeye elverişli akıl yürütmelerle hukuk güvenliğine daha belirgin zemin hazırlanabileceği tezi temellendirilmek istenmiştir. Kurulan mantığın bir uzantısı olarak ayrı bir suç tipi yerine ulusal ceza yasalarında nitelikli hal uygulaması yerinde görülmüştür.

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

Basılı Kaynaklar/ Printed Materials

Adams D (ed), *Seville Statement on Violence: Preparing the Ground for the Constructing of Peace* (UNESCO 1991).

Al- Mashhadani MMJ, *Uluslararası Hukukta İnsanlığa Karşı Suçlar* (Yüksek Lisans Tezi 2017).

Allport FH, *Social Psychology* (Houghton Mifflin Company 1924).

²⁵⁴ Shaw (n 1) 37- 38.

- Allport GW, *The Nature of Prejudice* (Addison-Wesley Publishing 1954).
- Alpkaya G, *Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi* (Turhan Yayınevi 2002).
- Arkonacı SA, *Sosyal Psikolojide İnsanları Anlamak* (Nobel 2008).
- Arendt H, *Eichmann in Jerusalem: A Report on the Banality of Evil* (Viking 1965).
- Arendt H, *Lectures on Kant's Political Philosophy* (University of Chicago Press 1992).
- Aslan MY, *Teoride ve Uygulamada Savaş Suçları* (Bilge Yayınevi 2006).
- Atadjanov R, *Humanness as a Protected Legal Interest of Crimes Against Humanity Conceptual and Normative Aspects* (International Criminal Justice Series 22, Asser Press 2019).
- Bartov O, "Introduction" in Eshet D (ed) *Totally Unofficial: Raphael Lemkin and the Genocide Convention* (Facing History and Ourselves 2007).
- Bassiouni MC, *The Legislative History of the ICC* (Transnational Publications 2005).
- Bassiouni MC, *Crimes Against Humanity: Historical Evolution and Contemporary Application* (Cambridge University Press 2011).
- Başkaracaoğlu E, *Uluslararası Hukukta İnsanlığa Karşı Suçların Tanımlanması* (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2004).
- Bauman Z, *Postmodernlik ve Hoşnutsuzlukları* (Türkmen İ Trans, Ayrıntı 2000).
- Bergande W, "The Creative Destruction of the Total Work of Art: From Hegel to Wagner and beyond" in Ruhl C, Dähne C and Hoekstra R (eds) *The Death and Life of the Total Work of Art* (Jovis 2014) 128-145.
- Brewer M, "Superordinate Goals Versus Superordinate Identity as Bases of Intergroup Cooperation" in Capozza D and Brown R (eds) *Social Identity Process* (Sage 2000).
- Cassese A, *International Criminal Law* (Oxford University Press 2003).
- Cassese A, "Crimes Against Humanity: Comments on Some Problematical Aspects" in Gaeta P and Zappala S (eds) *The Human Dimension of International Law* (Oxford University Press 2008).
- Chaney D, *Yaşam Tarzları* (Kutluk İ Trans, Dost 1999).
- Churchill W, *Never Give In! The Best of Winston Churchill's Speeches* (New York: Hyperion 2003) 297300.
- Cooley CH, "The Looking-Glass Self." in Lemert C (ed), *Social Theory: The Multicultural Readings* (Westview Press 2010).
- Coşkun H, *Sosyal Psikoloji* (Lisans 2013).
- Dadak E, *Sosyal Kimlik Kuramı Bağlamında Bireylerin Kimlik ve Aidiyet Tanımlamaları: Kocaeli Kafkas Kültür Derneği Örneği* (Yüksek Lisans Tezi 2018).
- Deaux K, "Theoretical Perspectives, Models, Meanings and Motivations" in Capozza D and Brown R (eds) *Social Identity Process* (Sage 2000).
- Deschamps JC and Doise W, "Crossed Category Memberships in Intergroup Relations" in Tajfel H (ed), *Differentiation between Social Groups: Studies in the Social Psychology of Intergroup Relations* (Academic Press 1978).
- Dinstein Y, "Crimes Against Humanity" in Makarczyk J (ed), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century: Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski* (Kluwer Law International 1996) 891-908.
- Dollard J et al, *Frustration and Aggression* (Yale University Press 1939).

- Drucker PF, *Kapitalist Ötesi Toplum* (Çorakçı B Trans, İnkılap 1997).
- Dubler SC R and Kalyk M, *Crimes against Humanity in the 21st Century: Law, Practice and Threats to International Peace and Security* (Brill Nijhoff 2018).
- Dunbar R, *Grooming, Gossip, and the Evolution of Language* (Faber and Faber Limited 1996).
- Durkheim E, *Sosyolojik Methodun Kuralları* (Aytekin E Trans, 2nd edn, Sosyal Yayınlar 1994).
- Edelman M, *The Need for Enemies* (The Sixth Annual Meeting of International Society of Political Psychology 1983).
- Eichmann Case (Attorney-General of the Government of Israel v Eichmann)* (Israel Sup. Ct.) (1962) 36 ILR 277 (English translation).
- Ekşi CA, *Uluslararası Ceza Mahkemesinin İnsanlığa Karşı Suçlar Üzerindeki Yargı Yetkisi* (Seçkin Yayıncılık 2004).
- Erem F, *İnsanlığa Karşı Cürümler (Genocide)* (Ankara Üniversitesi Matbaası 1948).
- Erözden O, *Ulus- Devlet* (Dost 1997).
- Ferstman C, Goetz M and Stephens A (eds), *Reparations for Victims of Genocide, War Crimes and Crimes Against Humanity* (Martinus Nijhoff 2009).
- Fischer KW and Tangney JP, “Self-Conscious Emotions and the Affect Revolution: Framework and Overview” in Tangney JP and Fischer KW (eds), *Self-Conscious Emotions: The Psychology of Shame, Guilt, Embarrassment and Pride* (Guilford Press 1995).
- Forsyth DR, *Group Dynamics* (6th edn, Wadsworth Cengage Learning 2014).
- Franzoi SL, *Social Psychology* (2nd ed, Mc Graw- Hill 2000).
- Fromm E, *Yeni Bir İnsan, Yeni Bir Toplum* (Arat N Trans, Say 1996).
- Gadamer HG, “The Problem of Historical Consciousness” in Rabinow P and Sullivan WM (eds) *Interpretive Social Science: A Second Look* (University of California Press, 1979) 82-140.
- Gaeta P and Zappala S (eds), *The Human Dimension of International Law* (Oxford University Press 2008).
- Gemalmaz MS, *Ulusüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş* (Legal 2010).
- Geras N, *Crimes Against Humanity: Birth of A Concept* (Manchester University Press 2011).
- Giddens A, *Modernite ve Bireysel- Kimlik: Geç Modern Çağda Benlik ve Toplum* (Tatlıcan Ü Trans, Say 2010).
- Günel H, *Hannah Arendt Düşüncesinde İnsanlığa Karşı Suçların Temellendirilmesi* (Doktora Tezi 2013).
- Güriz A, *Faydacı Teoriye Göre Ahlak ve Hukuk* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1963).
- Hall CK, “Universal Jurisdiction: New Uses for an Old Tool”, in Lattimer M and Sands P (eds), *Justice for Crimes Against Humanity* (Hart Publishing 2003).
- Hegel GWF, *Hukuk Felsefesinin Prensipleri* (Karakaya C Trans, 2nd edn, Sümer Yayıncılık 2015).
- Hesiodos, *Theogonia- İşler ve Günler* (Eyüboğlu S and Erat A Trans, İş Bankası 2016).
- Hiebert MS, *Constructing Genocide and Mass Violence: Society, Crisis and Identity* (Routledge 2017).
- Hogg MA and Abrams D, *Social Identifications: A Social Psychology of Intergroup Relations and Group Processes* (Routledge 1988).

- Hogg MA and Vaughan GM, *Sosyal Psikoloji* (Yıldız İ and Gelmez A Trans, İmge 2007).
- Hogg MA, “Social Identity Theory” in McKeown S, Haji R and Ferguson N (eds) *Understanding Peace and Conflict Through Social Identity Theory* (Springer 2016).
- Hortaçsu N, *Ben, Siz, Biz, Hepimiz: Toplumsal Kimlik ve Gruplar Arası İlişkiler* (İmge 2007).
- Hortaçsu N, *En Güzel Psikoloji Sosyal Psikoloji* (İmge 2012).
- Huntington SP, *Medeniyetler Çatışması mı?* (Çalık M Trans, Vadi 1995).
- Ibn Haldun, *Mukaddime- I* (Süleyman Uludağ (ed), Dergâh 1982).
- Johnson DW and Johnson FP, *Joining Together Group Theory and Group Skills* (7th edn, Pearson Allyn and Bacon 1997).
- Jung KG, *Collected Works v.9.1* (2nd edn, Princeton University Press 1968).
- Kant I, *Grounding for the Metaphysics of Morals* (3rd edn, Hackett Publishing 1993).
- Kaya O, *Tehdit Algısı ve Sosyal Kimliğin Kolektif eylem ile Algılanan Ayrımcılık üzerine Etkisi* (Doktora Tezi 2019).
- Kaya T, *Öz- Farkındalık, Bireysel Kimlik ve Toplumsal Kimliğin Holiganizm Üzerine Etkisi* (Yüksek Lisans Tezi 2019).
- Kessler T and Mumandey A, “Prejudice and Intergroup Relations” in Hewstone M, Stroebe W and Jonas K (eds), *Introduction to Social Psychology: A European Perspective* (Blackwell Publishing 2008).
- Kramer SN, *History Begins at Sumer* (3rd edn, University of Pennsylvania Press 1981)
- Krawiec R, “Asceticism” in Hunter DG and Harvey SA, *The Oxford Handbook of Early Christian Studies* (Oxford University Press 2008).
- Lewellen TC, *The Anthropology of Globalization: Cultural Anthropology Entersthe 21st Century* (Bergin & Garvey 2002).
- Lewin K, *Resolving Social Conflicts: Selected Papers on Group Dynamics* (Harper 1958).
- Lütem İ, *Harp Suçları ve Devletlerarası Hukuk* (Güney Matbaacılık ve Gazetecilik 1951).
- May L, *Crimes Against Humanity: A Normative Account* (University of Cambridge 2005).
- Marshall G, *Sosyoloji Sözlüğü* (Akınhaya O and Kömürcü D Trans, Bilim ve Sanat 1999).
- McDavid JW and Harari H, *Social Psychology: Individuals, Groups, Societies* (Harper & Row Publishers 1968).
- Mead GH, *Mind, Self, and Society from the Standpoint of a Social Behaviorist* (University of Chicago Press 1934).
- Meray SL, *Devletler Hukukuna Giriş- II* (Ankara Üniversitesi Matbaası, 1959).
- Meşe G, *Sosyal Kimlik ve Yaşam Stilleri* (Doktora Tezi 1999).
- Monroe KR, “Explanation” in Shelton D ed, *Encyclopedia of Genocide and Crimes Against Humanity- I* (MacMillan 2005) 327-330.
- Montes JF, *Perceived Discrimination Among Indigenous and Non- Indigenous Mexican- Americans Living in The United States* (Doktora Tezi 2010).
- Nacar A, *Sürdürülebilir Kalkınmaya Yönelik Kazanımlar ve Uluslararası Hukuki Uyuşmazlıklar* (Yüksek Lisans Tezi 2018).
- Ntoubandi FZ, *Amnesty for Crimes against Humanity under International Law* (Martinus Nijhoff 2007).

- Onuf N, “Constructivism: A User’s Manual” in Kubalkova V, Onuf N, and Kowert P (eds) *International Relations in A Constructed World* (Routledge 1998).
- Oppenheim LFL and Lauterpacht H, *International Law, A Treatise- II: Disputes, War and Neutrality* (7th edn, Longman, Green 1955).
- Öner Mİ, *Sosyal Kimlik Bakış Açısıyla Grup Temelli Duyguların Farklı Boyutlarda İncelenmesi* (Doktora Tezi 2015).
- Özyılmaz Kiraz B, *Dış Politika Yapımında Geniş Grup Kimliğinin ve Sosyal Kimliğin Etkisi: Türk Dış Politikası Örneği* (Doktora Tezi 2018).
- Rabinow P and Sullivan WM, “Introduction: An Interpretive Turn” in Rabinow P and Sullivan WM (eds), *Interpretive Social Science: A Reader* (University of California Press 1979).
- Ratner SR and Abrams JS, *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law: Beyond the Nuremberg Legacy* (2nd edn, Oxford University Press 2001).
- Romano CPR, Nollkaemper A, and Kleffner JK (eds) *Internationalized Criminal Courts: Sierra Leone, East Timor, Kosovo, and Cambodia* (Oxford 2009).
- Russell B, *Batı Felsefesi Tarihi- I* (Sencer M Trans, Say 1996).
- Sabah RL, *Uluslararası Hukukta İnsanlığa Karşı Suçların Tanımlanması* (Yüksek Lisans Tezi 2019).
- Sageman M, *Leaderless Jihad: Terror Networks in the Twenty-First Century* (Philadelphia: University of Pennsylvania Press 2008).
- San C, *İnsanlık Aleyhine Suçlar ve Genocide Sözleşmesi* (Ankara Yarı Açık Cezaevi Matbaası 1966).
- Schabas WA, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute* (Oxford University Press 2010).
- Schmitt C, *The Concept of the Political* (Schwab G Trans, University of Chicago Press 1996).
- Schulz F, *Principles of Roman Law* (Clarendon Press 1956).
- Shaw MN, *Uluslararası Hukuk* (Kaya İ et al Trans, 8th edn, Tüba 2018).
- Sheehy P, *The Reality of Social Groups* (Ashgate 2006).
- Sherif M, *The Psychology of Social Norms* (Harper 1936).
- Sherif M et al, *Intergroup Conflict and Cooperation. The Robbers Cave Experiment* (Institute of Group Relations 1961).
- Sherif M, *In Common Predicament: Social Psychology of Intergroup Conflict and Cooperation* (Houghton-Mifflin 1966) 544-545.
- Sidanius J, “The Psychology of Conflict and the Dynamics of Oppression: A Social Dominance Perspective” in Shanto Iyengar (ed), *Exploration in Political Psychology* (Duke University Press 1993).
- Sidanius J and Pratto F, *Social Dominance: An Intergroup Theory of Social Hierarchy and Oppression* (Cambridge University Press 1999).
- Sidanius J and Pratto F, “Social Dominance Theory: A New Synthesis” in Jost JT and Sidanius J (eds), *Political Psychology* (Psychology Press 2004).
- Smith RW, “Perpetrators” in Shelton D (ed), *Encyclopedia of Genocide and Crimes Against Humanity- II* (MacMillan 2005) 790-794.
- Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda (2007) <https://legal.un.org/avl/pdf/ha/ictr_EF.pdf> Erişim Tarihi: 20.04.2020.

- Stets JE and Burke PJ, "New Directions in Identity Control Theory" in Thye SR and Lawler EJ (eds), *Social Identification in Groups- 22* (Emerald Group Publishing 2005).
- Sunar İ, *Düşün ve Toplum* (Doruk 1999).
- Şen E, *Etnik Gruplarda Sosyal Kimlik ve Algılanan Ayrımcılık: Türk ve Kürt Etnik Grupları Üzerine Bir Çalışma* (Yüksek Lisans Tezi 2014).
- Şenel A, *Siyasal Düşünceler Tarihi* (Ankara Üniversitesi Matbaası 1982).
- Tajfel H, "Social Categorization, Social Identity and Social Comparison" in Tajfel H (ed), *Differentiation Between Social Groups: Studies in the Social Psychology of Intergroup Relations* (Academic Press 1978).
- Tajfel H and Turner JC, "An Integrative Theory of Inter-Group Conflict" in Austin WG and Worchel S (eds), *The Social Psychology of Inter-Group Relations* (Brooks/ Cole 1979) 33-47.
- Taylor DM and Moghaddam FM, *Theories of Intergroup Relations: International Social Psychological Perspectives* (2nd edn, Praeger Publishers 1994).
- The King James Version of the Holy Bible (2014).
- Uçar M, *Değişen Bilim Anlayışında Yöntem (Hermeneutik) ve Toplumsal Kimlik Sorunu* (Yüksek Lisans Tezi 2002).
- Worchel S. et al, "A Multidimensional Model of Identity: Relating Individual and Group Identities to Intergroup Behaviour" in Capozza D and Brown R (eds), *Social Identity Process* (Sage 2000).
- Wright SC and Tropp LR, "Collective Action in Response to Disadvantage: Intergroup Perceptions, Social Identification, and Social Change" in Walker I and Smith HJ (eds), *Relative Deprivation: Specification, Development, and Integration* (Cambridge University Press 2002).
- Yücel HA, *Mantık Dersleri* (Atlas 1966).

Sürekli Yayınlar/ Periodical Publications

- Başgil AF, "Millet, Milliyet, Milliyetçilik" (1959) 271 Türk Yurdu, 3-5.
- Bechara A, Damasio H, Damasio AR, "Emotion, Decision Making and the Orbitofrontal Cortex" (2000) 10(3) Cerebral Cortex, 295-307.
- Bilsky L and Klagsbrun R, "The Return of Cultural Genocide?" (2018) 29(2) The European Journal of International Law, 373-396.
- Bowles S, "Being human: Conflict: Altruism's Midwife" (2008) 456 Nature, 326-327.
- Branscombe NR, Schmitt MT and Harvey RD "Perceiving Pervasive Discrimination among African- Americans: Implications for Group Identification and Well-being" (1999) 77 Journal of Personality and Social Psychology, 135-149.
- Brewer M and Miller N, "Beyond the Contact Hypothesis: Theoretical Perspectives on Desegregation" (1984) Groups in Contact: The Psychology of Desegregation, 281-302.
- Brewer M et al, "Social Identity and Social Distance among Hong Kong Schoolchildren" (1987) 13(2) Personality and Social Psychology Bulletin, 156-165.
- Burke P, "The Fabrication of Louis XIV" (1992) 42(2) History Today, 24-30.
- Commins B and Lockwood J, "The Effects on Intergroup Relations of Mixing Roman Catholics and Protestants: An Experimental Investigation" (1978) 8(3) European Journal of Social Psychology, 383-386.

- Coombs RH, "Value Consensus and Partner Satisfaction Among Dating Couples" (1966) 28 (2) *Journal of Marriage and The Family*, 166-173.
- Doosje B et al, "Guilty by Association: When One's Group Has A Negative History" (1998) 75(4) *Journal of Personality and Social Psychology*, 872-886.
- Drury J and Reicher S, "Explaining Enduring Empowerment: A Comparative Study of Collective Action and Psychological Outcomes" (2005) 35(1) *European Journal of Social Psychology*, 35- 58.
- Ellemers N, Spears R and Doosje B, "Sticking Together or Falling Apart: In-group Identification as a Psychological Determinant of Group Commitment Versus Individual Mobility" (1997) 72 *Journal of Personality and Social Psychology*, 617-626.
- Gaertner SL et al, "The Contact Hypothesis: The Role of a Common Ingroup Identity on Reducing Intergroup Bias" (1994) 25(2) *Small Group Research*, 224-249.
- Herzfeld M, "The Horns of the Mediterraneanist Dilemma" (1984) 11(3) *American Ethnologist*, 439-454.
- Hogg MA et al, "Uncertainty, Entitativity and Group Identification" (2007) 43 *Journal of Experimental Social Psychology*, 135-142.
- Hwang P, "Defining Crimes Against Humanity in the Rome Statute of the International Criminal Court" (1998) 22 *Fordham International Law Journal*, 457-504.
- Jalloh CC, "What Makes a Crime Against Humanity A Crime Against Humanity" (2013) 28(2) *American University International Law Review*, 381-441.
- Kaufmann W, "The Origin of Justice" (1969) 23(2) *The Review of Metaphysics*, 209-239.
- Klandermans B, "How Group Identification Helps to Overcome the Dilemma of Collective Action" (2002) 45(5) *American Behavioral Scientist*, 887-900.
- Love JL, "Raul Prebisch and the Origins of the Doctrine of Unequal Exchange" (1980) 15(3) *Latin American Research Review*, 45-72.
- Luban D, "A Theory of Crimes Against Humanity" (2004) 29 *The Yale Journal of International Law*, 85-167.
- Millgram E, "John Stuart Mill, Determinism, and the Problem of Induction" (2009) 87(2) *Australasian Journal of Philosophy*, 183-199.
- Mullen B, Brown R and Smith C, "Ingroup Bias as a Function of Salience, Relevance, and Status: An Integration" (1992) 22(2) *European Journal of Social Psychology*, 103-122.
- Mummendey A et al, "Strategies to Cope with Negative Social Identity: Predictions by Social Identity Theory and Relative Deprivation Theory" (1999) 76 *Journal of Personality and Social Psychology*, 229-245.
- Notton D and Stringer C, "Who is the type of Homo Sapiens?" (2010) *International Commission on Zoological Nomenclature*.
- Reicher SD, "The Battle of Westminster': Developing the Social Identity Model of Crowd Behaviour in order to Explain the Initiation and Development of Collective Conflict" (1996) 26(1) *European Journal of Social Psychology*, 115-134.
- Renzo M, "Crimes Against Humanity and the Limits of International Criminal Law" (2012) 31 *Law and Philosophy*, 443-476.
- Roberts C, "On The Definition of Crimes Against Humanity and Other Widespread or Systematic Human Rights Violations" (2017) 20 (1) *Pennsylvania Journal of Law and Social Change*, 1-27.

- Roger N and Smith DA, "International Trade and World-System Structure: A Multiple Network Analysis" (1985) 8(4) *Review* (Fernand Braudel Center), 517-560.
- Rubin M and Hewstone M, "Social Identity, System Justification, and Social Dominance: Commentary on Reicher, Jost et al., and Sidanius et al" (2004) 25 (6) *Political Psychology*, 823-844.
- Rubin M, Badea C and Jetten J, "Low Status Groups Show In-Group Favoritism to Compensate for Their Low Status and to Compete for Higher Status" (2014) 17(5) *Group Processes & Intergroup Relations*, 563-576.
- Samuels A, "The Eiusdem Generis Rule in Statutory Interpretation" (1984) 5(1) *Statute Law Review*, 180-183.
- Schwelb E, "Crimes Against Humanity" (1946) 23 *British Year Book of International Law*, 178- 226.
- Sherif M, "A Study of Some Social Factors in Perception" (1935) 187 *Columbia University Archives of Psychology*, 1-60.
- Simon B et al, "Collective Identification and Social Movement Participation" (1998) 74(3) *Journal of Personality and Social Psychology*, 646-658.
- Smith B, "Social Situation, Social Behavior, Social Group" (1945) 52(4) *Psychological Review*, 224-229.
- Smith TB and Silva L, "Ethnic Identity and Personal Well-being of People of Color: A Meta-Analysis" (2011) 58(1) *Journal of Counseling Psychology*, 42-60.
- Swanson GE, "On Explanations of Social Interaction" (1965) 28 (2) *Sociometry*, 101-123.
- Tajfel H et al, "Social Categorization and Intergroup Behavior" (1971) *European Journal of Social Psychology*, 149-177.
- Tajfel H, "Social Psychology of Intergroup Relations" (1982) 33 *Annual Review of Psychology*, 1-39.
- Toi M and Batson DC, "More Evidence that Empathy is a Source of Altruistic Motivation" (1982) 43 *Journal of Personality and Social Psychology*, 281-292.
- Tosun Ö, "İnsanlık Aleyhine Suçlar" (1954) 4 *Adalet Dergisi*, 404-437.
- Vanbeselaere N, "The Effects of Dichotomous and Crossed Social Categorizations upon Intergroup Discrimination" (1987) 17(2) *European Journal of Social Psychology*, 143-156.
- van Schaack B, "The Definition of Crimes Against Humanity: Resolving the Incoherence" (1999) 37 *Columbia Journal of Transnational Law*, 787-850.
- van Zomeren M, Postmes T and Spears R "Toward an Integrative Social Identity Model of Collective Action: A Quantitative Research Synthesis of Three Socio-Psychological Perspectives" (2008) 134(4) *Psychological Bulletin*, 504-535.
- Verkuyten M, "Ethnic Group Identification and Group Evaluation among Minority and Majority Groups: Testing the Multiculturalism Hypothesis" (2008) 88(1) *Journal of Personality and Social Psychology*, 121-138.
- Wilder DA, "Reduction of Intergroup Discrimination Through Individuation of the Out-Group" (1978) 36 *Journal of Personality and Social Psychology*, 1361-1374.
- Wright SC, Taylor DM and Moghaddam FM "Responding to Membership in A Disadvantaged Group: From Acceptance to Collective Protest" (1990) 58(6) *Journal of Personality and Social Psychology*, 994-1003.

İnternet Kaynakları/ Internet Resources

- Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis (adopted 08.08.1945 entered into force 08.08.1945) 82 UNTS 280<https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocity-crimes/Doc.2_Charter%20of%20IMT%201945.pdf> Erişim Tarihi: 13.04.2020.
- Aubenque P, “Prudence” (Brill’s New Pauly Antiquity volumes edited by: Hubert Cancik and, Helmuth Schneider, English Edition by: Christine F. Salazar, Classical Tradition volumes edited by: Manfred Landfester, English Edition by: Francis G. Gentry 2006) <http://dx.doi.org.ezproxy.leidenuniv.nl/2048/10.1163/1574-9347_bnp_e617170> Erişim Tarihi: 23.09.2020
- Bernard TJ, “Criminology” (Encyclopaedia Britannica 18.10.2019) <<https://www.britannica.com/science/criminology>> Erişim Tarihi: 15.12.2020.
- Cambridge Dictionary <<http://www.dictionary.cambridge.org/dictionary/english/humanitarian?q=Humanitarian>> Erişim Tarihi: 02.06.2020.
- Case Concerning the Arrest Warrant of 11.04.2000 (Democratic Republic of Congo v Belgium)* (Judgement) [2002] ICJ Rep 3 <<https://www.icj-cij.org/en/case/121>> Erişim Tarihi: 29.05.2020.
- Convention on Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (adopted 09.12.1948 entered into force 12.01.1951) 78 UNTS 277 <<https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%2078/volume-78-i-1021-english.pdf>> Erişim Tarihi: 13.04.2020.
- Dönmez İK, “Maslahat” (Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi 2003) <<https://islamansiklopedisi.org.tr/maslahat>> Erişim Tarihi: 08.12.2020.
- Ellemers N, “Social Identity Theory” (Encyclopaedia Britannica 04.01.2019) <<https://www.britannica.com/topic/social-identity-theory>> Erişim Tarihi: 18.05.2020.
- The Case of the SS Lotus, (France v Turkey)* (Collection of Judgement) PCIJ Rep Series A No 10 <https://documents.law.yale.edu/sites/default/files/ss_lotus_-_pcij_-_1927.pdf> Erişim Tarihi: 21.06.2020.
- Grudin R, “Humanism” (Encyclopaedia Britannica 22.10.2020) <<https://www.britannica.com/topic/humanism>> Erişim Tarihi: 15.12.2020.
- Hosch JA, “More About the IMTFE” (University of Georgia, 02.04.2019) <<http://libguides.law.uga.edu/c.php?g=177176&p=1164581>> Erişim Tarihi: 18.04.2020.
- ICC <<https://www.icc-cpi.int/cases>> Erişim Tarihi: 29.04.2020.
- ILC, “Principles of International Law recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgement of the Tribunal” (1950) II YILC 374 <https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/7_1_1950.pdf> Erişim Tarihi: 14.04.2020.
- ILC, “Report of the International Law Commission covering the work of its third session 1951” (1957) II YILC 1 <https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1951_v2.pdf> Erişim Tarihi: 04.06.2020.
- ILC, “Report of the International Law Commission covering the work of its sixth session” (1954) II YILC 140 <https://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/reports/a_cn4_88.pdf&lang=E> Erişim Tarihi: 04.06.2020.
- ILC, “Report of the International Law Commission on the work of its thirty-eighth session” (1986) II(2) YILC 5 <https://legal.un.org/ilc/documentation/english/reports/a_41_10.pdf> Erişim Tarihi: 04.06.2020.
- ILC, “Report of the International Law Commission on the work of its forty-third session” (1991) II(2) YILC 9 <https://legal.un.org/ilc/documentation/english/reports/a_46_10.pdf> Erişim Tarihi: 04.06.2020.

- ILC, “Report of the International Law Commission on the work of its seventy-first session” (2019) II YILC 10 <<https://legal.un.org/docs/?path=../ilc/reports/2019/english/chp4.pdf&lang=EFSRAC>> Erişim Tarihi: 04.06.2020.
- International Military Tribunal, “Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal” (1947) I Secretariat of the Tribunal 254 <https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/NT_Vol-I.pdf> Erişim Tarihi: 15.04.2020.
- Morrissey M, “Confessionalism and Conversion in the Reformation” (Oxford Handbooks Online 2015) <<https://www.oxfordhandbooks.com/view/10.1093/oxfordhb/9780199935338.001.0001/oxfordhb-9780199935338-e-73?print=pdf>> Erişim Tarihi: 18.12.2020.
- Oxford Dictionary <<https://www.lexico.com/definition/humanitarian>> Erişim Tarihi: 02.06.2020.
- Prosecutor v Ahmad Al Faqi Al Mahdi* (Judgement and Sentence) ICC-01/12-01/15, T Ch VIII (27.09.2016) <https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016_07244.PDF> Erişim Tarihi: 07.06.2020.
- Prosecutor v Akayesu* (Judgement) ICTR-96-4-T, Ch I (02.09.1998) <<https://unictr.irmct.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ict9-96-4/trial-judgements/en/980902.pdf>> Erişim Tarihi: 31.05.2020.
- Prosecutor v Jean Kambanda* (Judgement and Sentence) ICTR-97-23-S, Ch I (04.09.1998) <http://www.worldcourts.com/ict9/eng/decisions/1998.09.04_Prosecutor_v_Kambanda.pdf> Erişim Tarihi: 09.12.2020.
- Prosecutor v Kunarac and others* (Judgement) IT-96-23 & 23/1-A, A Ch (12.06.2002) <<https://www.icty.org/x/cases/kunarac/acjug/en/kun-aj020612e.pdf>> Erişim Tarihi: 31.05.2020.
- Prosecutor v Tadic* (Judgement) IT-94-1-T, T Ch (07.05.1997) <<https://www.icty.org/x/cases/tadic/tjug/en/tad-ts70507JT2-e.pdf>> Erişim Tarihi: 07.06.2020.
- Prosecutor v Tadic* (Brief of Argument of the Prosecution- Cross-Appellant) IT-94-I-T, A Ch (12.01.1998).
- Prosecutor v Tadic* (Judgement) IT-94-I-T, A Ch (15.07.1999) <<https://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/en/tad-aj990715e.pdf>> Erişim Tarihi: 29.05.2020.
- René L, “The State of Research” (25.06.2018) <<https://www.sciencespo.fr/mass-violence-war-massacre-resistance/en/document/rwanda-state-research>> Erişim Tarihi: 20.04.2020.
- Rome Statute of the International Criminal Court (adopted 17.07.1998, entered into force 01.07.2002) 2187 UNTS 4 <<https://www.icc-cpi.int/resource-library/documents/rs-eng.pdf>> Erişim Tarihi: 20.04.2020.
- The Avalon Project, “Judgement : The Law Relating to War Crimes and Crimes Against Humanity” <<https://avalon.law.yale.edu/imt/judlawre.asp>> Erişim Tarihi: 19.04.2020. The Editors of Encyclopaedia Britannica, “Emanationism” (Encyclopaedia Britannica 20.07.1998) <<https://www.britannica.com/topic/emanationism>> Erişim Tarihi: 16.05.2020.
- Türk Ceza Kanunu, Kanun Numarası. : 5237. Kabul Tarihi. : 26/9/2004. Yayımlandığı Resmi Gazete Tarihi: 12/10/2004 Sayı: 25611. <<https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5237.pdf>> Erişim Tarihi: 08.06.2020.
- UNGA “Letter dated 31 March 1993 from the representatives of Egypt, the Islamic Republic of Iran, Malaysia, Pakistan, Saudi Arabia, Senegal and Turkey to the United Nations addressed to the Secretary-General” (1993) UN Doc Supp No A/47/920 S/25512 <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N93/195/87/IMG/N9319587.pdf?OpenElement>> Erişim Tarihi: 06.06.2020.

UNSC Res 827 (25.05.1993) UN Doc S/RES/827 <<http://unscr.com/en/resolutions/doc/827>> Erişim Tarihi: 20.04.2020.

UNWCC “Law Reports of Trials of War Criminals” (1949) IX UNWCC 1 <https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/Law-Reports_Vol-9.pdf> Erişim Tarihi: 08.06.2020.

Updated Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (adopted 25.05.1993 amended 07.07.2009) UN Doc RES/1877 <https://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf> Erişim Tarihi: 20.04.2020.

Public and Private International Law Bulletin

BOOK REVIEW / KİTAP DEĞERLENDİRMESİ

The American Influence on International Commercial Arbitration: Doctrinal Developments and Discovery Methods, 2nd ed, by Pedro J. Martinez-Fraga, eds, Cambridge: Cambridge University Press, 2020, ISBN: 978-11-07-15152-9, 474 pages

Cüneyt Yüksel* , Can Eken** 

Abstract

The author of the book outlines US common law doctrines related to international commercial arbitration. He presents the developments in the US common law jurisprudence in international commercial for two reasons: First to inform the reader regarding doctrinal transformations, and second, with hope of achieving the perfect workings of international commercial arbitration as an aspirational goal. To this end, examining the American influence on international commercial arbitration is important.

The author suggests that US common law may help to overcome challenges arising out of cultural differences in international commercial arbitration. While doing so, there are important contrasting and competing principles to consider, such as party-autonomy and arbitrator discretion, which stand out as saliently competing paradigms. The author indicates that giving equal weight to these competing principles in international commercial arbitration might be a useful strategy to harmonize seemingly polar opposite propositions.

The book focuses, in part, on the US common law of discovery and how it might be adopted in international arbitration to develop efficiency in such proceedings. The International Bar Association (IBA) Rules on Evidence Gathering, the Prague Rules, and the role of 28 U.S.C. §1782 in international arbitration are closely analyzed, among others, to develop alternative approaches concerning evidence gathering in international commercial arbitration.

Overall, the book contributes important discussions and suggestions to the literature. Also, the text presents analyses and suggested solutions with the help of leading principles developed by US common law, which facilitates understanding these principles from the author's perspective. While the book provides those valuable inquiries and discussions, the book review took a critical approach towards them. The authors of the review critically analyze those suggestions. The book review compares to other books that pursue a similar approach to international commercial arbitration. How justified suggestions in the book are, as well as their strong and weak points, are displayed in the review. Are all those suggestions in the book correct? It must not be forgotten that the book looks into issues from an American perspective and those suggestions are coming from US common law. However, this approach can be problematic in international arbitration. If there is a dominant legal system in international commercial arbitration, how "international" can international arbitration be? The review criticizes those contradictions and presents a comprehensive analysis of the book. The authors of this review believe that an idea can be developed if there is criticism against it. Thus, authors here offer a critical eye towards the book with the purpose of development of the ideas within the book. Acknowledging the hard work of the author of the book, the authors of the review offer some thoughts to develop the ideas in the book and to make its next edition even better. Therefore, those who are interested in learning about Martinez Fraga's book with a critical approach can find some interesting insights from the review.

Keywords

International Commercial Arbitration, Discovery (law), US Common Law

* Correspondence to: Cüneyt Yüksel (Prof.), Istanbul University, Faculty of Law, Department of International Law, Istanbul University, Istanbul, Turkey. E-mail: cuneyt.yuksel@istanbul.edu.tr ORCID: 0000-0001-8580-6967

** Can Eken (PhD candidate), The Chinese University of Hong Kong, Faculty of Law, Hong Kong SAR, Hong Kong, China. E-mail: can_eken@yahoo.com.tr ORCID: 0000-0003-0261-4623

To cite this article: Yüksel C, Eken C, "Book Review: The American Influence on International Commercial Arbitration: Doctrinal Developments and Discovery Methods, by Pedro J. Martinez-Fraga, eds, Cambridge: Cambridge University Press, 2020, 474 pages" (2021) 41(1) PPIL 385. <https://doi.org/10.26650/ppil.2021.41.1.846374>

Introduction

American influence and discovery in international commercial arbitration are important topics and they have attracted interest from others as well. International arbitration might be influenced by other factors as well. For some countries, specific legal systems that they are a part of influence arbitration. For example, for EU member states, there is the “EU law’s influence on arbitration”.¹ In general, however, common law influence is pretty obvious in international arbitration and “the influence of common law evidentiary practices in international arbitration is undeniable”.² “The extent of the cultural influence on the process may differ.” As there are many potential influences on international commercial arbitration, analyzing their effect provides a great discussion and enables us to better learn about the development of international commercial arbitration and how and why international commercial arbitration rules are developed in the way they are. Thus, the topic of the book is highly important and adds to the literature.

The book covers evidence gathering and discovery in international commercial arbitration, what American influence is on the discovery procedure in international commercial arbitration, and how it should be. The book explains the discovery methods and US doctrinal developments in international commercial arbitration. Discovery is a category of procedural devices employed by a party to a civil proceeding, prior to trial, to require the adverse party to disclose information that is essential for the preparation of the requesting party’s case, and that the other party alone knows or possesses. There is no uniform discovery law in international commercial arbitration. The rules of the principal arbitration institutions vary with respect to discovery. Moreover, discovery in common law and civil law legal systems are substantially different from each other. As Cremades reports, a leading Swiss lawyer has explained “we feel that the principle *onus probandi incumbat alleganti* excludes the possibility of obtaining the help of the court to extract evidence from the other side. We react to the notion of discovery, be it English, or worse, American style, as an invasion of privacy by the court, which is only acceptable in criminal cases, where the public interest is involved...”. While the contempt among civil lawyers for common law discovery, especially American style discovery, is apparent, the author of the reviewed book suggests US-style discovery brings greater transparency to international commercial arbitration and therefore, contributes to correcting the settlement deficit that now plagues international commercial arbitration.

The book, authored by Pedro J. Martínez-Fraga, brings a very important perspective when approaching international commercial arbitration. The influence and dominance of some legal systems in international arbitration are felt heavily. Although international

1 Engelmann, Jan. *International Commercial Arbitration and the Commercial Agency Directive*. Springer International Publishing AG, 2017, p. 24.

2 Jalal (n 1) 112.

commercial arbitration cannot be classified under a common law system, and it certainly carries both common and civil law characteristics, the dominance of the supremacy, “an elite cadre of lawyers who imbed a fixed American or Eurocentric conception” in international commercial arbitration cannot be denied. This conception is dominant in international commercial arbitration, and counsels and arbitrators also mostly come from common law jurisdictions; the applicable law is generally a common law system, and the whole procedure of international commercial arbitration resembles common law features more than civil law features.

Thus, the author rightly chose to analyze the American influence on international commercial arbitration. By doing so, doctrinal developments in the American legal system concerning international commercial arbitration are analyzed excellently. Specifically, discovery methods in the American legal system are analyzed through fundamental common law doctrines. However, there is room for criticism towards those analyses, which is offered in the conclusion of the book review.

Review of the Book

This is the second, 2020 edition of the book, containing timely updates eleven years after the first edition. In the first edition, the foreword was written by Professor Michael H. Graham. In this second edition, the foreword is written by Professor Jack J. Coe, Jr., the faculty director of the LLM concentration in international commercial arbitration at the Pepperdine University School of Law. Professor Coe cites Professor Graham, who states in the first edition that the book was an “exceedingly thoughtful, thorough, and provocative work” and suggests that the second edition is at least as good as the first edition. In his foreword, Professor Coe praises the book and highlights that it presents profitable reading not only for academics but also for practitioners as well. This foreword heightens the expectations of the book, already high having simply read the title. The book satisfies, and perhaps even exceeds, all expectations a reader can potentially have. However, the authors of this review offer thoughtful criticism of the book, to be found in the conclusion of the review.

The book has nine chapters, an introduction and a conclusion. After the introduction, the first chapter gives a background on how international and domestic arbitration was formed and transformed in the United States. The chapter points out the historically conventional view of arbitration in the United States and elaborates skepticism of arbitral proceedings in the United States. The reasons for bias against arbitration in England were that “arbitration agreements were not enforceable in equity, could not give rise to a cognizable cause of action, and did not constitute a viable ground for issuing a stay of a judicial proceeding based on the identical underlying cause of action between the same parties”.

This skepticism and bias come to the US from English courts. However, there has been some homegrown skepticism against arbitration in the US, too, such as the notion that arbitration is only for simple disputes, not complex ones. This is a relatively short chapter with only ten pages. Therefore, the author gives all the necessary information regarding this important background on the historical development of arbitration without boring readers. Importantly, the chapter concludes that all these obstacles and biases are overcome, and a doctrine on arbitration has developed to its intended level, to confirm the equal status of arbitration and judicial proceedings.

The second chapter elaborates three important cases in the United States: *Wilko v. Swan*, *Scherk v. Alberto-Culver*, and *Mitsubishi v. Soler*. The *Mitsubishi* case is important to prove that “for the first time, the Supreme Court placed arbitration on a level playing field with judicial proceedings”. The structure of this chapter has not been changed, and it is the same structure and title as in the first edition. The chapter is important because with those three cases the second chapter shows how in the United States the playing field is levelled in arbitration with the judicial proceedings. In this chapter, the author concludes that *Wilko* incorrectly decided that under the Securities Act §14, any agreement to arbitrate future controversies was void. This was inconsistent with the prevailing uniform construction of other federal statutes governing arbitration agreements in the setting of business transactions. This chapter is also a relatively short one, with 24 pages. It ends with the author’s confirmation of the significance and importance of overruling the *Wilko* decision and how it helped with jurisprudence and arbitration.

The third chapter talks about arbitrator immunity, an extremely important issue. The author rightly draws attention to the fact that even though the Federal Arbitration Act (FAA) endorses arbitration completely, it is silent on the immunity of arbitrators and arbitration institutions. The chapter details civil law and state common law approaches on arbitral immunity. Importantly, jurisdictions which adopted the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) model law sometimes may adopt rules on this issue, as Argentina did, even though there is no role on arbitrator immunity in the model law.

However, apart from this exceptional civil law jurisdiction example from Argentina, many civil law jurisdictions do not have explicit rules on arbitrator immunity. Thus, the author accurately highlights this significant difference between civil law and common law jurisdictions, where arbitrators have absolute immunity in common law jurisdictions, and arbitrators might have contractual liability in civil law jurisdictions. Furthermore, the chapter also explains the proliferation of the arbitrator immunity doctrine. Now the doctrine extends to all professionals who serve in an arbitrator capacity. Moreover, state legislation on arbitrator immunity has also expanded. This

doctrine also has significant support from federal jurisprudence. This chapter is one of the longest, and consists of comprehensive explanations on the doctrine of arbitrator immunity not only in the United States but also in the world.

The fourth chapter gives detailed explanations on 28 U.S.C. § 1782 and presents the conflict between the taking of evidence and common law discovery. The author refers to the legislative history of 28 U.S.C. § 1782 and confirms that this Section has been passed by Congress to enhance international cooperation in litigation. The chapter continues with elucidations on how US Courts have applied this Section. Appellate courts have held that “a district court has to research the procedural or substantive law of the petitioning foreign jurisdiction as a condition to the adjudication of a § 1782 application”. The chapter further elaborates the case law on the application of the Section extensively.

The fifth chapter is another lengthy chapter, with 83 pages. This chapter discusses the unusual use of common law transparency in international arbitration over evidence gathering and orality. The author points out that the evidence-gathering phase in arbitration is far from its counterpart in civil law courts; however, it is very similar to common-law discovery. The author boldly concludes that the evidence-gathering phase in arbitration has failed to keep the promise of transparency, and remains invisible in arbitration proceedings. The author gives details of the International Bar Association (IBA) rules on the taking of evidence (IBA Rules) and talks about how much IBA Rules are affected by US common law. However, he points out that “many civil law jurisdictions are incorporating orality into their respective codes of civil procedure” and he suggests that “traces of U.S. common law are present in the IBA Rules but only as part of an amalgamation of many juridic-cultural influences”. He further analyzes some selected articles from the IBA Rules. The chapter goes deeper into the meaning of IBA Rules and questions their integrity, concluding that they need further definitions of the terms “relevance” and “materiality”. Martínez-Fraga further talks about some terms such as “good faith”, and the inconsistency of a good faith standard in the IBA Rules. Overall, the chapter highlights some important standards in the IBA Rules and analyzes them.

The sixth chapter is a relatively short chapter with 36 pages. The author revisits 28 U.S.C. § 1782 and inquires into the consequences of manifest disregard of the law. The interplay between Section 1782 and § 10(a)(3) of the FAA and New York Convention Article V is laid out, including how preventing someone’s evidence might result in potential problems in the enforcement stage. Two paradigms are suggested to overcome this problem. In the first, consequences of manifest disregard and relevant case law are discussed. The author elaborates on Duferco analysis, and talks about the need for a uniform standard for manifest disregard of the law. Other case laws on this

issue are also further explained. The second paradigm is to avoid Section 1782. The author supports the grounds for this approach; however, he points out the absence of any authority and the need for scholarship on this issue.

The seventh chapter talks about perjury and arbitration. The author first complains that perjury has not received much attention in arbitration, and witnesses in arbitration generally testify without taking an oath. The author suggests implementing an oath-based perjury regime in international commercial arbitration. To this end, the author uses a Swiss example and mentions how a witness failing to testify truthfully may face criminal liability in Switzerland. The author stresses that false testimony should and must be punished. The author further talks about the relevant case law on the effects of perjury in arbitration in the US. This is also a relatively short chapter with 14 pages.

The eighth chapter regards the severability doctrine. “The severability doctrine postulates that a single contract containing an arbitration clause is to be analyzed as two separate agreements, one agreement reflecting the business transaction between the parties and a separate, autonomous agreement to arbitrate, with the result that a challenge to the validity of the underlying contract does not necessarily vitiate the jurisdiction of the arbitral tribunal”. The severability doctrine raises a few questions. Not surprisingly, the chapter deals with three questions arising out of this doctrine. The first question deals with whether an arbitration clause is severable from the main contract. The second question deals with who decides on a challenge regarding the validity of a contract containing an arbitration clause. The third question deals with how the US law of international arbitration considers the definition of arbitrability, and whether it expands its scope or not.

The ninth chapter is the last chapter before the conclusion. It deals with how US arbitration law interacts with the New York Convention. As a result of this interaction, developments of four issues are analyzed: (i) non-signatories to agreement to arbitrate, (ii) jurisdiction to enforce, (iii) forum non conveniens, and (iv) annulled awards. Having accepted the fact that US common law developments in international commercial arbitration are diverse and difficult to categorize, the author analyzes only four principles in the chapter. Those four principles are the principles of uniformity, predictive value, certainty, party-autonomy, and the transparency of standards in the Convention’s application. These four principles are chosen because they all can justify amending the New York Convention. A criticism may be brought against the selection method of those four principles. The author has only “one common denominator: the extent to which they may justify amending the New York Convention”. It seems that the four principles were randomly selected by the author, since other common law principles could also be used to justify amending the New York Convention.

Finally, in the conclusion, the author reaches some conclusions after long analyses in each chapter. The first conclusion is that the hostility towards arbitration in the past has gradually diminished. The fulfilment of this gradual decrease was achieved by the Supreme Court's mandate in the Mitsubishi case. Then, after embracing arbitration, the author questions whether arbitration served the parties in the arbitration efficiently and met their expectation. To this end, the integration of international arbitration is the biggest challenge according to the author. He continues by elaborating how integration, i.e. true "internationalization" of the international commercial arbitration, could raise barriers for arbitration to be embraced internationally because it can be a system unfamiliar or unknown, not reflecting the features of any legal system. Moreover, he stresses that for arbitration to be completely international, it must integrate doctrines from all legal systems. Arbitration should carry doctrines from all cultures, not from only some. Thus, the author suggests that conceptual rules, not territorial rules are necessary for international arbitration to achieve internationalism. According to the author, if this is not achieved, the legitimacy and efficacy of international arbitrations are at stake. The author accepts that the US common law on international commercial arbitration is not perfect. However, not the content of this common law but the common law itself may serve international arbitration best to contribute because of the common law's emphasis on (i) its own critical introspection, (ii) party-initiative, (iii) party-autonomy, and (iv) transparency.

The book also has five appendixes and an index. First, Appendix A gives the Federal Arbitration Act (USA). Second, Appendix B presents the Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc. case. Third, Appendix C gives the Bradley v. Fisher case. Appendixes B and C are both US Supreme Court cases. Fourth, Appendix D gives State Court Cases. Finally, Appendix E gives the Case Law concerning 28 U.S.C. § 1782 and International Arbitration. An index follows those five appendixes and helps readers to find relevant information much easier.

The book has 474 pages in total, and none of those pages is spent wastefully. It is a significantly important and interesting topic. If a second book were written on the subject, it would be equally interesting since there are many other terms, standards, and rules to examine in relation to American influence in international commercial arbitration. However, no book can be entirely complete, and this book, of course, has some shortcomings as well. First of all, American influence on international commercial arbitration is not limited to the issues discussed in this book. There is the further influence of the American common law system. Second, international arbitration is not only under American influence, but is also under the influence of English common law, and maybe less clearly, the influence of the civil law system. Thus, further studies would be useful to inquire into whether other impacts on international commercial arbitration, especially English, Australian and European influence, could have been

further examined. A comparison of one or two cases with American influence would be another great contribution to the international commercial arbitration literature. Thus, the book might be criticized for not discussing and comparing all American influence with that of some other major legal systems. Lastly, another shortcoming of the book is that the author fails to reach conclusions. Although this is the author's stylistic choice, it might have been better if the author had a more definitive voice in the book in terms of reaching conclusions on the issues raised.

Conclusion

Overall, this is an ambitious book that covers a principal topic in international commercial arbitration. The author engages in an excellent analysis of American influence through doctrinal developments and discovery methods. The author has a sharp wit, intelligent comments, and critical analysis. He shows exceptional research output in his book since he refers to many examples, case law and relevant legislation in many jurisdictions. Therefore, for those who want to read, research or learn about the American influence in international commercial arbitration, Martínez-Fraga's book presents excellent discussions, thoughts and suggestions. Here, however, the authors of the review will give their thoughts on some suggestions and ideas in the book. These can open the floor for further academic discussions on those issues or give Martínez-Fraga some further thought in the next edition of his book.

First, as is well-known, international commercial arbitration is the main dispute settlement mechanism for cross-border disputes. Therefore, it is expected to be international, involving characteristics of many legal systems around the world. Unfortunately, this is not the case now. Some legal systems have more influence than others. Here, the reviewed book analyzes the American influence on international commercial arbitration. Moreover, the author suggests that the discovery method developed by the US common law system be adopted by international commercial arbitration for better efficiency, transparency, and utility in international commercial arbitration. Whether this would result in a more efficient discovery method in arbitration or not, it would undermine internationalization of international commercial arbitration. If a discovery method is taken by a method developed by the American common law, how "international" can international arbitration be? Thus, this suggestion is problematic because it distorts a fundamental feature of international arbitration, which is its "international" feature. This would make arbitration "American-international" arbitration.

Furthering the first point above, adopting a US-style discovery method is against the party-autonomy. The US discovery method can be an option for parties in international arbitration and can only be applied if parties choose it. Otherwise, there are many

other discovery methods all around the world and parties can be free to choose them as they are free to choose others. Moreover, the author suggests the US discovery method be adopted in arbitration because US common law supports party autonomy in the discovery process. However, again this would cause some problems. First, this would favor US-educated lawyers in international arbitration. Second, the idea of international arbitration is that it is not attached to any legal system but consists of features common in all legal systems around the world such as the notion of justice. Attaching more US-style features to it would distort this fundamental feature in international commercial arbitration. Third, US-style discovery is expensive. American civil discovery is disproportionately expensive and prone to abuse as its widely accepted characterization. Adopting a US-style discovery will make already expensive international commercial arbitration even more expensive, which is not a desirable consequence.

Second, some principles are well-established in international commercial arbitration. As an example, party-autonomy is one of such principles fundamental to international commercial arbitration. Party autonomy means that “parties are given the right to determine the procedural rules and the laws governing the merits”. This principle is central in the book because of common law’s strong emphasis on it. However, the author discusses party autonomy together with arbitrator’s discretion, and suggests that these two should be given equality. However, this is not the case in our understanding, as party autonomy and arbitrator’s discretion are not competing principles but complement each other. Party-autonomy is a fundamental principle in international commercial arbitration and arbitrator’s discretion is a principle with the same goal of making arbitration more flexible. The arbitrator has discretion over issues that have not been decided by the parties. Even in discovery, courts have upheld arbitrators’ discretion when there is no “agreement between both parties on whether and how to conduct pre-hearing discovery”. Thus, they are not necessarily contradicting principles, as the author demonstrates, but complementary.

Third and lastly, it is important to question how “international” international commercial arbitration really is and how more “international” we want it to be. While there are two distinct legal systems in the world, common law and civil law, each country has a legal system which has distinctive features. With this in mind, American common law has its own distinctive features. Between those distinctive legal systems around the world, how a truly international, harmonized arbitration practice can be created is a difficult task to achieve. However, with the right approach of not adopting any specific law from any jurisdiction would be a good place to start. Thus, favoring US-style discovery would go against the goal of internationalization of the international commercial arbitration.

In conclusion, the book opens the floor for great discussions on discovery in international commercial arbitration and which method is the best to adopt. However, the author's conclusion does not seem right to us in this discussion, and not only US-style, but any single jurisdiction's discovery method should be adopted. Instead, existing international rules such as IBA rules, developed by many lawyers coming from different legal backgrounds around the world, is better to guide international commercial arbitration. Maybe those rules can be improved. However, even though we do not agree with the author's solution, this does not lower the value of the book and ideas in the book are extremely remarkable for anyone who is interested in the field. Thus, we would suggest this book to anyone who is keen on reading or researching on topics we laid out in this book review.

Bibliography Bibliyografya

Martinez-Fraga, P. (2020). *The American Influence on International Commercial Arbitration: Doctrinal Developments and Discovery Methods* (2nd ed.). Cambridge: Cambridge University Press. doi:10.1017/9781316585009

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 olmayan 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 vermeye 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 ²Nüfus 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]:

³B Bahadır Erdem, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (6th edn, Beta 2017) 165.

Örnek [Çok yazarlı kitaplar]

⁵Aysel Çelikel and Günseli Öztekin Gelgel, *Yabancılar Hukuku* (24th edn, Beta 2019) 86ff.

⁸Cemal Şanlı, Emre Esen and İnci Ataman-Fıganmeşe, *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 ⁹Rumeysa Partalçı, 'Türkiye'nin Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'ye Koyduğu Çekincelerin İncelenmesi' in Günseli Öztekin Gelgel and Faruk Kerem Giray (eds), *Milletlerarası Aile ve Çocuk Hukukuna İlişkin Seçilmiş Makaleler* (Beta 2017) 5.

8. Makaleler

Makalelere yapılan atıflarda makaleye ilişkin bilgiler şöyle sıralanmalıdır:

Yazar Adı Soyadı, 'Makale Adı' (Yıl) Cilt (Sayı) Dergi Adı İlk Sayfa Numarası, Atıf Yapılan Sayfa

Örnek ¹¹Sevin Toluner, 'Kıbrıs'ın Avrupa Birliği'ne Üyelik Başvurusunun Hukuki Geçerliliği ve Sonuçları' (2002) 22(2) MHB (Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan) 857, 860.

¹⁴Ayşe 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 ¹⁷Graham 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 ²¹Sarah Cole, 'Virtual Friend Fires Employee' (*Naked Law*, 1 May 2009) <www.nakedlaw.com/2009/05/index.html> Erişim Tarihi 19 November 2009

11. Aynı Esere Birden Fazla Atıf Yapılması

Aynı esere birden fazla atıf yapılması halinde aşağıdaki örneklerde görüldüğü şekilde atıf yapılmalıdır:

Örnek ⁵Aysel Çelikel and Günseli Öztekin Gelgel, *Yabancılar Hukuku* (24th edn, Beta 2019) 86.

...

²⁶Çelikel and Öztekin Gelgel (n 5) 112.

²⁷ibid 114-115.

12. Aynı Yazarın Birden Fazla Eserine Atıf

Aynı yazarın birden fazla eserine yapılacak atıflarda eser adları uygun şekilde kısaltılmalıdır:

Örnek ²⁸Erdem, *Vatandaşlık Hukuku* (n 3) 142.

³¹Erdem, '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

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> 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)



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

Responsible/Corresponding Author <i>Sorumlu Yazar</i>	
Title of Manuscript <i>Makalenin Başlığı</i>	
Acceptance date <i>Kabul Tarihi</i>	
List of authors <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				

Manuscript Type (Research Article, Review, Short communication, etc.) <i>Makalenin türü (Araştırma makalesi, Derleme, Kısa bildiri, v.b.)</i>	
---	--

Responsible/Corresponding Author: <i>Sorumlu Yazar:</i>	
University/company/institution	<i>Çalıştığı kurum</i>
Address	<i>Posta adresi</i>
E-mail	<i>E-posta</i>
Phone; mobile phone	<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. İSTANBUL 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 İSTANBUL UNIVERSITY for one year following the editor's decision. These materials will then be destroyed.

I/We indemnify İSTANBUL 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 ait olan Telif Haklarını ihlal etmediğini kabul ve taahhüt ederler. İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ'nin bu fikri eseri, Creative Commons Atıf-Gayri Ticari 4.0 Uluslararası (CC BY-NC 4.0) lisansı ile yayımlanmasına izin verirler. Creative Commons Atıf-Gayri Ticari 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 ödemesiz kullanma hakkı makaleyi satmamak koşuluyla kendi amaçları için çoğaltma hakkı gibi fikri mülkiyet hakları saklıdır. Yayımlanan veya yayıma kabul edilmeyen makalelerle ilgili dokümanlar (fotoğraf, orijinal şekil vb.) karar tarihinden başlamak üzere bir yıl süreyle İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ'nce saklanır ve bu sürenin sonunda imha edilir.

Ben/Biz, telif hakkı ihlali nedeniyle üçüncü şahıslara vuku bulacak hak talebi veya açılacak davalarda İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ' 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 kamutanabilir şekilde onaylı olması gerekir.

Responsible/Corresponding Author; <i>Sorumlu Yazar;</i>	Signature / İmza	Date / Tarih
	/...../.....

