



TAÜ TÜRK-ALMAN ÜNİVERSİTESİ
TÜRKISCH-DEUTSCHE UNIVERSITÄT



HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

ZEITSCHRIFT FÜR TÜRKISCH-DEUTSCHE RECHTSSTUDIEN

Cilt-3 Sayı-1 / Jahrgang-3 Heft-1 2021

HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ | ZEITSCHRIFT FÜR TÜRKISCH-DEUTSCHE RECHTSSTUDIEN

2021
Cilt-3 Sayı-1
Jahrgang-3 Heft-1



**TÜRK-ALMAN ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**

**ZEITSCHRIFT FÜR TÜRKISCH-
DEUTSCHE RECHTSSTUDIEN**

Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Zeitschrift für türkisch-deutsche Rechtsstudien

Cilt/Jahrgang: 3 • Sayı/Heft: 1 • Haziran/Juni 2021

ISSN: 2687-3923 E-ISSN: 2687-461X

Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 6 ayda bir Haziran ve Aralık aylarında yayınlanan hakemli bir dergidir.

Die Zeitschrift für türkisch-deutsche Rechtsstudien (ZtdR) erscheint alle sechs Monate im Juni und Dezember nach Durchführung eines Peer-Reviews

Dergi Hakkında/Über die Zeitschrift

Yayın Sahibi/Herausgeber

Türk-Alman Üniversitesi

Türkisch-Deutsche Universität

Yayın Sahibi Temsilcisi ve Sorumlu Müdür/Vertreter des Herausgebers und Chefredakteur

Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı

Dekan der Fakultät für Rechtswissenschaft, Türkisch-Deutsche Universität
Prof. Dr. Ali Kemal Yıldız

Editörler Kurulu/Redaktion

Prof. Dr. Dres. h. c. mult. Philip Kunig

Prof. Dr. Ali Kemal Yıldız, Dr. Öğr. Üyesi Berke Özenç

Yayın Kurulu/Publikationsausschuss

Doç. Dr. İrfan Akın, Araş. Gör. Lütfullah Yasin Akbulut, Araş. Gör. Zehra Büşra Kayaözü, Araş. Gör. Muhammed Ali Çoban, Araş. Gör. İrem Diler, Araş. Gör. Nurdan Özçelik

Danışma Kurulu/Wissenschaftlicher Beirat

Prof. Dr. Halil Akkanat, Türk-Alman Üniversitesi/İstanbul Üniversitesi

Prof. Dr. Ece Göztepe, Bilkent Üniversitesi

Prof. Dr. Matthias Mahlmann, Zürih Üniversitesi

Prof. Dr. Yeşim Atamer, Zürih Üniversitesi

Prof. Dr. Osman Berat Gürzumar, Bilkent Üniversitesi

Prof. Dr. Henning Rosenau, Martin Luther Üniversitesi, Halle/S.

Prof. Dr. Abuzer Kendigelen, İstanbul Üniversitesi

Karl-Heinz Oehler, Türk-Alman Üniversitesi

Prof. Dr. Murat Atalı, İstanbul Üniversitesi

Prof. Dr. İzzet Özgenç, Hacı Bayram Veli Üniversitesi

Prof. Dr. Yasemin Işıқтаç, İstanbul Üniversitesi

Prof. Dr. Arzu Oğuz, Ankara Üniversitesi
Prof. Dr. Ahmet Ulvi Türkbağ, Galatasaray Üniversitesi
Prof. Dr. Zafer Zeytin, Türk-Alman Üniversitesi
Prof. Dr. Huang Hui, Pekin Üniversitesi
Prof. Dr. Osman Doğru, Marmara Üniversitesi

Dil Editörleri/Spracheditoren

Dr. Karen Klein, Türk-Alman Üniversitesi
Dr. Marian Alexander Arning, LL.M., Türk-Alman Üniversitesi

Yönetim Yeri/Hauptverwaltung

Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Türkisch-Deutsche Universität, Fakultät für Rechtswissenschaft

Yayın Türü/Publikationsart

Yaygın Süreli Yayın/Periodische Publikation

Yayın Dili/Sprachen

Türkçe, Almanca, İngilizce/Türkisch, Deutsch, Englisch

Yayın Periyodu/Veröffentlichungszeitraum

Altı ayda bir Haziran ve Aralık aylarında yayınlanır/Halbjährlich (Juni, Dezember)

Baskı ve Cilt/Druckerei

Filiz Kitabevi Basım Yayın Dağıtım
Petrol Ürünleri Sanayi ve Tic. Ltd. Şti.
Cemal Yener Topyalı Cad. No: 57/A Vefa/İST.
Tel: (212) 527 07 18 Fax: (212) 519 20 71
www.filizkitabevi.com

Yayıncı Sertifika Numarası: 15544

Yılmaz Basım Yayıncılık ve Kağıt Ürünleri

Matbaacı Sertifika Numarası: 27185

İletişim/Kontakt

Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Şahinkaya Cad. 86 - 34820 Beykoz / İSTANBUL, e-mail: hukuk@tau.edu.tr

<http://www.tau.edu.tr> - <http://hukuk.tau.edu.tr>

Tel: +90 (216) 333 30 00 Web: <http://hfd.tau.edu.tr/>

E-mail: tauafd@tau.edu.tr, ztdr@tau.edu.tr

Basım Tarihi/Druckdatum

Haziran/Juni 2021

İçindekiler/Inhaltsverzeichnis

MAKALELER/AUFSÄTZE1

Der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter im deutschen Recht

Alman Hukukunda Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme.....3
Dr. Karen Klein

Cinsel Suçlarda Hısımlık Sorunu

Das Problem der Verwandtschaft bei Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung 27
Araş. Gör. Kazım Furkan Ağkuş

“Güvenli, Sistemli ve Düzenli Göç İçin Küresel Mutabakat” Üzerine Bir Değerlendirme

Eine Auswertung des globalen Paktes für eine sichere, geordnete und reguläre Migration 65
Dr. Öğr. Üyesi Esra Yılmaz Eren

Kamulaştırmanın Sınırlı Aynî Hak ve Kişisel Haklara Etkisi

Die Auswirkung der Enteignung auf die beschränkten dinglichen Rechte und die relativen Rechte..... 122
Araş. Gör. Esra Aslan

Offshore Şirketlerin Türk Milletlerarası Usul Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi

Beurteilung von Offshore-Unternehmen unter den Bedingungen des türkischen internationalen Verfahrensrechts 159
Araş. Gör. S. Ahsen Türkmen

ÇEVİRİLER/ÜBERSETZUNGEN 229**Deutsche Bundesgerichtshof, Urteil vom 18. März 2020 - IV ZR 62/19**

Alman Federal Mahkemesi 4. Hukuk Dairesi'nin Sorumluluk Sigortacısının Rücû Talebine Uygulanacak Hukuk ve Yabancı Hukukun Muhtevasının Tespitine İlişkin 18.03.2020 Tarih ve IV ZR 62/19 Sayılı Kararı 231
Çev. / Übersetzt von: Araş. Gör. Halil Alperen Işık

Deutsche Bundesgerichtshof, Urteil vom 22. Juni 2011 - I ZR 108/10

Alman Federal Yüksek Mahkemesi 1. Hukuk Dairesi'nin 108/10 No'lu ve 22.06.2011 Tarihli Kararı:
Ne Taşıyıcı Ne de Gönderen Tarafından Taşıma Sözleşmesi Akdedildiği Anda Öngörülen ve Kontrol Edilen Taşıma Engellerinden Kaynaklı Gecikme Nedeniyle Taşıyıcının Ek Ücret Talep Edip Edemeyeceği Hakkında 245
Çev. / Übersetzt von: Araş. Gör. Ahmet Batuhan Oyal

Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Yayın İlkeleri ve Yazım Kuralları 253**Zeitschrift für Türkisch-Deutsche Rechtsstudien Publikationsrichtlinien und Redaktionsvorgaben 259**

MAKALELER/AUFSÄTZE

Der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter im deutschen Recht

Alman Hukukunda Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme

Dr. Karen Klein*

ÖZ

Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme, Alman haksız fiil hukukundaki mevcut zayıflıkları telafi etmek için geliştirilmiştir. Sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişiyi sözleşmenin tarafları arasındaki sözleşme (ve öncesi) kurulan ilişkiye dâhil etmeye yarar. Borçlu açısından hakkaniyete aykırı sonuçlara yol açabilecek sorumluluk risklerini bertaraf etmek için üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme, ancak kısıtlayıcı kriterlere uyulması halinde uygulanabilir. Bu kriterler karşılanırsa, üçüncü kişi hiçbir zaman sözleşmeye taraf olmadığı halde veya olmasına gerek olmadan sözleşmesel (veya sözleşme öncesi) sorumluluk temelinde tazminat talebinde bulunabilir.¹

Anahtar Kelimeler: Üçüncü kişi lehine koruyucu etkili sözleşme, koruma yükümlülüklerinin ihlali, haksız fiil hukukundaki zayıflıklar, tamamlayıcı yorum, uzman bilirkişi sorumluluğu

The Contract with Protective Effect for Third Parties in German Law

ABSTRACT

The contract with protective effect for third parties was developed to compensate existing weaknesses in German tort law. Its purpose is to include a third party into the protection of a (pre)contractual obligation concluded between two other parties. To prevent unfair liability risks for the debtor, the contract with protective effect for third parties can only be applied if restrictive

* Dr. Karen Klein, Dozentin an der Türkisch-Deutschen Universität in Istanbul im Bereich Privatrecht (karen.klein@tau.edu.tr). ORCID: 0000-0003-0544-4738

¹ Mein Dank für die Übersetzung ins Türkische gilt Araş. Gör. Gökçen Doğan.

criteria are met. In this case, the third party – although never intended to be part of the contract – is entitled to claim damages on a (pre)contractual basis.

Keywords: contract with protective effect for third parties, breach of protective obligations, weaknesses of tort law, supplementary interpretation of contracts, liability of experts

Einleitung

Der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter wurde entwickelt, um bestehende Schwächen des deutschen Deliktsrechts auszugleichen (dazu I.). Er dient dazu, einen Dritten in den Schutzbereich eines zwischen anderen Parteien geschlossenen (vor-)vertraglichen Schuldverhältnisses einzubeziehen. In der Rechtsprechungspraxis kommt der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter in ganz unterschiedlichen Fallkonstellationen zum Tragen (dazu II.), auch wenn dessen Rechtsgrundlage nach wie vor umstritten ist (dazu III.). Um unbillige Haftungsrisiken für den Schuldner zu vermeiden, kann der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter nur bei Einhaltung restriktiver Kriterien angewendet werden (dazu IV.). Sind diese Kriterien jedoch erfüllt, kann der Dritte Schadensersatz auf (vor-)vertraglicher Basis verlangen, obwohl er nie Vertragspartei war oder werden sollte (dazu V.).

I. Hintergrund: Die Schwächen des deutschen Deliktsrechts

Schließen die Parteien ein Schuldverhältnis, entsteht zwischen ihnen eine Sonderverbindung. Aus dieser Sonderverbindung resultieren Leistungs- und Schutzpflichten, die nur die Vertragspartner bzw. im vorvertraglichen Stadium die zukünftigen Vertragspartner treffen (Relativität des Schuldverhältnisses). Aus diesem Grund können auch nur die Parteien des Schuldverhältnisses vertragliche Schadensersatzansprüche gegeneinander geltend machen. Dritten Personen, die nicht an diesem Schuldverhältnis beteiligt sind, stehen demgegenüber nur deliktische Ansprüche zur Verfügung.² Im Einzelfall können diese deliktischen Ansprüche allerdings erhebliche Schutzlücken aufweisen. Daher besteht Einigkeit darüber, dass ausnahmsweise auch Dritte Schadensersatz nach

² Brox/Walker, *Allgemeines Schuldrecht*, 45. Aufl. 2021, § 33 Rn. 1.

(quasi-)vertraglichen³ Grundsätzen verlangen dürfen, wenn sie in den Schutzbereich eines zwischen Hauptgläubiger und Schuldner bestehenden Schuldverhältnisses einzubeziehen sind. Die Rechtsfigur, die diese Einbeziehung bewerkstelligt, nennt sich Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter (teilweise auch Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte genannt).

Die Schwächen des deutschen Deliktsrechts lassen sich am besten anhand des folgenden Beispiels erläutern: Ein Vermieter beschäftigt seit vielen Jahren eine Reinigungskraft, die er damit beauftragt hat, regelmäßig das Treppenhaus in seinem Mietshaus zu säubern. Bisher hat die Reinigungskraft stets gewissenhaft und zuverlässig gearbeitet. Dieses Mal ist sie jedoch unachtsam und bohnt die Treppe unsachgemäß. Der Sohn eines Mieters rutscht auf der Treppe aus und verletzt sich. Er verlangt von dem Vermieter seines Vaters Schadensersatz.⁴

Dem Sohn des Mieters stehen – da er nicht selbst Vertragspartei des Mietvertrags ist – nur deliktische Ansprüche zur Verfügung. Ein Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB scheidet jedoch am fehlenden eigenen Verschulden des Vermieters, denn dieser handelte weder vorsätzlich noch fahrlässig, § 276 Abs. 1 BGB. Ein Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 223 ff. StGB (Körperverletzung) scheidet aus denselben Gründen. Damit bleibt nur der Anspruch aus § 831 BGB. Die Haftung für Verrichtungsgehilfen lässt jedoch den Entlastungsbeweis des Vermieters zu: Die Ersatzpflicht tritt nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB nicht ein, wenn der Geschäftsherr bei der Auswahl der bestellten Person und – sofern er Vorrichtungen oder Gerätschaften zu beschaffen oder die Ausführung der Verrichtung zu leiten hat – bei der Beschaffung oder der Leitung die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat oder wenn der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde (sog. Exkulpation). Da die Reinigungskraft in dem oben genannten Beispiel viele

³ Die Rechtsprechung hat den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter auch im vorvertraglichen Bereich angewandt, vgl. hierzu II.1. Soweit im Folgenden von vertraglichen Schutzpflichten bzw. von vertraglichen Schuldverhältnissen die Rede ist, werden immer auch vorvertragliche Pflichten bzw. Schuldverhältnisse in Bezug genommen.

⁴ Vgl. zu diesem Fall Brox/Walker, *Allgemeines Schuldrecht*, § 33 Rn. 1.

Jahre zuverlässig gearbeitet hat, würde dem Vermieter der Entlastungsbeweis gelingen. Würde man den Fall also allein nach Deliktsrecht lösen, so stünde dem Sohn kein Anspruch auf Schadensersatz gegen den Vermieter zu.

Dieses Ergebnis wird allgemein als unbillig empfunden. Der Sohn ist zwar keine Partei des Mietvertrags, die vertragliche Leistung soll jedoch nach dem Zweck der Wohnung als Familienheim gerade auch ihm als Drittem zugutekommen. Zudem ist der Sohn bezogen auf das Treppenhaus den gleichen Gefahren ausgesetzt wie sein Vater. Es ist purer Zufall, dass der Sohn und nicht der Vater auf der Treppe stürzt. Der Vater könnte jedoch als Vertragspartner des Vermieters vertragliche Schadensersatzansprüche gegen diesen geltend machen, wobei sich der Vermieter das Verschulden der Reinigungskraft als Erfüllungsgehilfin nach § 278 BGB ohne Entlastungsmöglichkeit zurechnen lassen müsste.

Die Exkulpationsmöglichkeit für Verrichtungsgehilfen ist jedoch nicht die einzige Schwäche, die das deutsche Deliktsrecht gegenüber dem Vertragsrecht aufweist. Zusätzlich ist im Deliktsrecht die Beweislastverteilung für den Gläubiger schlechter, da er das Vertretenmüssen des Schädigers beweisen muss, während es in § 280 Abs. 1 S. 2 BGB bei der vertraglichen Haftung vermutet wird. Darüber hinaus setzt § 823 Abs. 1 BGB die Verletzung eines in der Norm genannten Rechtsgutes oder absoluten Rechts voraus und greift deshalb nicht bei bloßen Vermögensschäden ein. Vielmehr wird das Vermögen nur im Rahmen von § 823 Abs. 2 BGB und § 826 BGB geschützt, wobei für Ersteres die Verletzung eines Schutzgesetzes und für Zweiteres Vorsatz notwendig ist.⁵

Diese Unterschiede zwischen deliktischer und vertraglicher Haftung sind normalerweise gerechtfertigt. Die deliktische Haftung gilt für den täglichen Zufallskontakt und damit gegenüber jedermann. Demgegenüber stehen sich die Parteien eines Vertrages aufgrund der eingegangenen Sonderverbindung näher, was auch in der gesteigerten Haftung zum Ausdruck kommen muss. In dem genannten Treppenhaus-Fall füh-

⁵ Gottwald, in: *MünchKomm BGB*, 8. Aufl. 2019, § 328 Rn. 166; Brox/Walker, *Allgemeines Schuldrecht*, § 33 Rn. 5.

ren diese Unterschiede jedoch ausnahmsweise zu einer nicht gerechtfertigten Schutzlosstellung des Sohnes. Um die Schwächen des Deliktsrechts in derartigen Fallkonstellationen abzumildern, wurde der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter entwickelt. Danach gilt: Befinden sich Dritte in einer gewissen Nähe zu einem (vor-)vertraglichen Schuldverhältnis, werden sie in dessen Schutzbereich einbezogen, sodass die entsprechenden Schutzpflichten auch zu ihren Gunsten gelten. Folge ist, dass diesen Dritten – obwohl sie nicht selbst am Schuldverhältnis beteiligt sind – ein eigener, (quasi-)vertraglicher Schadensersatzanspruch zusteht.⁶

II. Anwendungsbeispiele für den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter aus der Rechtsprechung

Obwohl in der Literatur die damit einhergehende Erweiterung der vertraglichen Haftung teilweise heftig kritisiert wurde,⁷ gehört der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter heute zum festen Bestand der angewandten Rechtsinstitute. Er kommt in der Rechtsprechungspraxis in ganz unterschiedlichen Fallgestaltungen zum Tragen.⁸

1. Erstes Beispiel: Kaufvertrag

Im Jahr 1976 traf der BGH eine Leitentscheidung zum Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, die unter dem Namen „Gemüseblatt-Fall“ in die juristische Literatur Eingang fand.⁹ Ein damals 14 Jahre altes Mädchen hatte sich mit ihrer Mutter in einen Selbstbedienungsladen

⁶ Gottwald, in: *MünchKomm BGB*, § 328 Rn. 166; Brox/Walker, *Allgemeines Schuldrecht*, § 33 Rn. 4.

⁷ Zum Meinungsstand vgl. Gottwald, in: *MünchKomm BGB*, § 328 Rn. 167 m.w.N.

⁸ Ein Überblick zu den Fallgruppen findet sich bei Gottwald, in: *MünchKomm BGB*, § 328 Rn. 210-254; Janoschek, in: *BeckOK BGB*, 57. Edition, Stand: 1.2.2021, § 328 Rn. 63-77; Stadler, in: *Jauernig*, 18. Aufl. 2021, § 328 Rn. 32-40.

⁹ In der Literatur wird dieser Fall teilweise unter dem Namen „Gemüseblatt-Fall“ und teilweise unter dem Namen „Salatblatt-Fall“ behandelt. Vgl. hierzu u.a. Brox/Walker, *Allgemeines Schuldrecht*, § 25 Rn. 12, § 33 Rn. 5, 8, 9; Medicus/Lorenz, *Schuldrecht I AT*, 21. Aufl. 2015, § 40 Rn. 540, § 64 Rn. 874; Medicus/Petersen, *Bürgerliches Recht*, 27. Aufl. 2019, § 10 Rn. 199; Musielak/Hau, *Grundkurs BGB*, 16. Aufl. 2019, § 6 Rn. 582 und § 10 Rn. 1276.

begeben. Während die Mutter nach Aussuchen der Waren noch an der Kasse stand, ging die Tochter um die Kasse herum zur Packablage, um beim Einpacken behilflich zu sein. Dabei rutschte sie auf einem Gemüseblatt aus, fiel zu Boden und zog sich eine Verletzung am Knie zu, die eine längere ärztliche Behandlung und einen operativen Eingriff erforderlich machte. Die Tochter nahm die Inhaberin des Selbstbedienungsladens wegen Verletzung von Verkehrssicherungspflichten auf Schadensersatz in Anspruch. Der BGH bejahte die Haftung mit folgenden Worten:

*„Wäre die Mutter der Kl. auf dieselbe Weise wie ihre Tochter zu Schaden gekommen, so bestünden gegen die Haftung der Bekl. aus culpa in contrahendo (...) keine Bedenken. (...) Auf dieses gesetzliche Schuldverhältnis kann sich auch die Kl. zur Rechtfertigung ihrer vertraglichen Schadensersatzansprüche berufen. (...) Allerdings erfordert die Einbeziehung Dritter in den Schutzbereich eines Vertrages – soll die vom Gesetzgeber getroffene unterschiedliche Ausgestaltung von Vertrags- und deliktischer Haftung nicht aufgegeben oder verwischt werden – eine Beschränkung auf **eng begrenzte Fälle**“.*¹⁰ Vorliegend sah der BGH als ausschlaggebend an, dass *„die Mutter der Kl. im Innenverhältnis ‚für Wohl und Wehe‘ ihrer Tochter verantwortlich war (...) und damit – auch für die Bekl. erkennbar – allein schon aus diesem Grunde redlicherweise davon ausgehen durfte, daß die sie begleitende Tochter **denselben Schutz** genießen würde wie sie selbst.“*¹¹

Damit stand der Tochter ein eigener (quasi-)vertraglicher Anspruch auf Schadensersatz gegen die Inhaberin des Selbstbedienungsladens wegen Verletzung vorvertraglicher Schutzpflichten zu.

¹⁰ BGH, Urt. v. 28.1.1976 – VIII ZR 246/74, NJW 1976, 712 (712 f. unter V.1-3), Hervorhebungen hinzugefügt.

¹¹ BGH, Urt. v. 28.1.1976 – VIII ZR 246/74, NJW 1976, 712 (712 f. unter V. 3), Hervorhebungen hinzugefügt. Vgl. hierzu die Anmerkung von Lettl, NJW 2017, 3082 f.

2. Zweites Beispiel: Expertenhaftung

Relevant wird der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter auch in Fällen, in denen Dritte im Vertrauen auf ein Gutachten, das sie nicht selbst in Auftrag gegeben haben, Vermögensdispositionen treffen. In einem Fall, den das OLG Köln im Jahr 1991 zu entscheiden hatte, ging es um den Verkauf eines Pferdes. Der Verkäufer hatte zur Vorbereitung des Vertragsschlusses einen Tierarzt mit der Ausstellung einer ärztlichen Bescheinigung beauftragt. Der Tierarzt untersuchte das Pferd und bestätigte dessen Gesundheit. Im Vertrauen auf die Richtigkeit dieser Bescheinigung erwarb der Käufer das Tier und ließ es in den folgenden Jahren zum Dressurpferd ausbilden. Bei einer neuerlichen Untersuchung anlässlich des beabsichtigten Weiterverkaufs wurden allerdings an den Sprunggelenken des Tieres krankhafte Veränderungen festgestellt (sog. Spat), die bereits auf den seinerzeit vom Tierarzt angefertigten Röntgenaufnahmen erkennbar waren. Auf Grund dieses Untersuchungsergebnisses konnte der Käufer das Pferd nur deutlich unter Wert weiterverkaufen. Der Käufer verlangte deshalb von dem die Bescheinigung ausstellenden Tierarzt Schadensersatz.

Das OLG Köln bejahte die Haftung des Tierarztes. Der dem Tierarzt vom Verkäufer erteilte Auftrag, das Pferd zu untersuchen und das gewünschte Attest auszustellen, habe ein Rechtsverhältnis begründet, in dessen Schutz der Käufer einbezogen gewesen sei. Diese Einbeziehung folge aus der dem Tierarzt

*„bekannten Bestimmung des Attests, einem Kaufinteressenten – dem Kl. – **Aufschluß über die gesundheitliche Verfassung des Tieres** zu geben und so als **Grundlage für seinen Kaufentschluß** zu dienen. Diese Interessenkonstellation begründet die Verantwortlichkeit und die Haftung des Bekl. gem. § 276 BGB für die sorgfältige Durchführung der Untersuchung und Diagnose auch gegenüber dem Kl. Die Drittschutzwirkung von Verträgen über gutachterliche Feststellungen und Bewertungen aus den verschiedensten Fachgebieten, die vom Auftraggeber als **Argumentationshilfe** bei Vertragsverhandlungen benutzt werden und seinem Verhandlungspartner als **Grundlage für Vermögensdispositionen***

*dienen sollen, ist in der Rechtsprechung schon vielfach anerkannt worden. Für den hier zu entscheidenden Fall gilt nichts anderes.*¹²

In der Literatur ist die Expertenhaftung für Vermögensschäden Dritter, die auf das Gutachten oder Testat vertraut haben, besonders umstritten. So wird insbesondere dafür plädiert, diese Fälle nicht über den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, sondern im Rahmen der Haftung für Inanspruchnahme besonderen Vertrauens nach § 311 Abs. 3 BGB zu lösen; ein Gedanke, der (soweit ersichtlich) von der Rechtsprechung bisher allerdings nicht aufgegriffen wurde.¹³

3. Drittes Beispiel: Arbeitsrecht

Auch im Bereich des Arbeitsrechts spielt der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter eine Rolle. So wurde in einem Fall, den der BGH im Jahr 1979 zu entscheiden hatte, einem Buchhalter von seinem alten Arbeitgeber ein Dienstzeugnis ausgestellt, das diesen als zuverlässig und verantwortungsbewusst auswies. Nach Ausstellen des Dienstzeugnisses stellte sich allerdings heraus, dass der Buchhalter erhebliche Unterschlagungen begangen hatte. Der Buchhalter hatte sich unterdessen bei einem neuen Arbeitgeber um eine Stelle beworben und dabei das Dienstzeugnis vorgelegt. Er wurde eingestellt, beging jedoch auch bei seinem neuen Arbeitgeber Unterschlagungen. Die erbeuteten Gelder nutzte er dazu, den bei seinem früheren Arbeitgeber eingetretenen Schaden zu begleichen. Da der alte Arbeitgeber es versäumt hatte, das dem Buchhalter erteilte Zeugnis sofort nach dessen Überführung gegenüber dem neuen Arbeitgeber richtigzustellen, verlangte der neue Arbeitgeber von diesem Ersatz des dadurch eingetretenen Schadens.

¹² OLG Köln, Urt. v. 19.6.1991 – 11 U 88/90, NJW-RR 1992, 49 (49), um Rechtsprechungs- und Literaturhinweise gekürzt, Hervorhebungen hinzugefügt. Diesen Fall greift auch Martiny, JZ 1996, 19 (20) auf. Vgl. für weitere Nachweise aus der Rechtsprechung Klumpp, in: *Staudinger*, 2015, § 328 Rn. 266.

¹³ Medicus/Lorenz, *Schuldrecht I AT*, § 64 Rn. 871 m.w.N. Zum Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter als Rechtsgrundlage der Gutachterhaftung gegenüber Dritten Pinger/Behme, *JuS* 2008, 675-678.

Der BGH gab dem neuen Arbeitgeber recht und entschied – freilich ohne sich ausdrücklich auf den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter zu berufen –, dass der Aussteller eines Dienstzeugnisses, der nachträglich erkannt habe, dass dieses grob unrichtig sei und dass ein bestimmter Dritter durch Vertrauen auf dieses Zeugnis Schaden zu nehmen drohe, für den durch die Unterlassung einer Warnung entstandenen Schaden nach vertraglichen bzw. vertragsähnlichen Grundsätzen hafte.¹⁴

III. Rechtsgrundlage des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter

Obwohl der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter wie dargelegt in der Rechtsprechung regelmäßig zur Anwendung gelangt, ist die dogmatische Herleitung dieses Rechtsinstituts immer noch umstritten.¹⁵ Entwickelt wurde es ursprünglich aus einer Analogie zu den Vorschriften über den Vertrag zugunsten Dritter,¹⁶ der in §§ 328 ff. BGB ausdrücklich geregelt ist. Da der Vertrag zugunsten Dritter aber einen eigenen Leistungsanspruch gewährt (und nicht nur einen Schadensersatzanspruch), besteht heute Einigkeit darüber, dass § 328 BGB zur Begründung des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter nicht herangezogen werden kann.¹⁷

In neuerer Zeit sieht die Rechtsprechung die Rechtsgrundlage daher in einer ergänzenden Vertragsauslegung gemäß §§ 133, 157 BGB.¹⁸

¹⁴ BGH, Urt. v. 15.5.1979 – VI ZR 230/76, NJW 1979, 1882 (Leitsatz 2). Hierzu Gottwald, in: *MünchKomm BGB*, § 328 Rn. 215. Zur vertraglichen Haftung für fehlerhafte Arbeitszeugnisse jüngst Hofer/Hengstberger, *NZA-RR 2020*, 118-123. In der Literatur ist auch diese Entscheidung stark kritisiert worden, vgl. Hofer/Hengstberger, *NZA-RR 2020*, 118 (118 und Fn. 10 m.w.N.).

¹⁵ Einen Überblick zu den vertretenen Ansichten geben Brox/Walker, *Allgemeines Schuldrecht*, § 33 Rn. 6; Gottwald, in: *MünchKomm BGB*, § 328 Rn. 170-175; Janoschek, in: *BeckOK BGB*, § 328 Rn. 49; Klumpp, in: *Staudinger*, § 328 Rn. 96-104. Die verschiedenen Rechtsgrundlagen und deren Wirkungen auf Voraussetzungen und Rechtsfolgen werden dargestellt von Zenner, *NJW 2009*, 1030-1034.

¹⁶ BGH, Urt. v. 20.2.1958 – VII ZR 76/57, NJW 1958, 710 (711); RG, Urt. v. 5.10.1917 – III 145/17, RGZ 91, 21 (24).

¹⁷ Klumpp, in: *Staudinger*, § 328 Rn. 97; Brox/Walker, *Allgemeines Schuldrecht*, § 33 Rn. 6.

¹⁸ BGH, Urt. v. 20.4.2004 – X ZR 250/02, NJW 2004, 3035 (3036); BGH,

In der Literatur wird demgegenüber vertreten, dass die dogmatische Grundlage in einer durch Treu und Glauben gedeckten Fortbildung des dispositiven Rechts zu sehen sei, § 242 BGB.¹⁹ Außerdem wird das Sozialstaatsprinzip zur Rechtfertigung angeführt.²⁰ Nach der Schuldrechtsreform wird auch der neu eingefügte § 311 Abs. 3 S. 1 BGB als möglicher Anknüpfungspunkt genannt,²¹ da nach dieser Norm ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 BGB auch zu Personen entstehen kann, die nicht selbst Vertragspartei werden sollen. Schließlich wird vertreten, dass es sich beim Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter um ein vertragsähnliches, gesetzliches Schuldverhältnis handele,²² das mittlerweile gewohnheitsrechtlich anerkannt sei.²³

Praktisch gesehen ist der Streit jedoch nur von untergeordneter Bedeutung, da die Voraussetzungen des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter mangels gesetzlicher Regelung – unabhängig von der dogmatischen Herleitung – im Einzelfall anhand der von Rechtsprechung und Literatur entwickelten Kriterien zu prüfen sind.²⁴

IV. Voraussetzungen des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter

Schutz- und Obhutspflichten für Dritte können zunächst im Rahmen der Privatautonomie vertraglich vereinbart werden.²⁵ Ausdrücklich wird dies aber nur in den wenigsten Fällen geschehen. Für alle anderen

Urt. v. 2.7.1996 – X ZR 104/94, NJW 1996, 2927 (2928); Hadding, in: *Soergel*, 2010, Anh § 328 Rn. 6.

¹⁹ Zenner, *NJW* 2009, 1030 (1033); Stadler, in: *Jauernig*, § 328 Rn. 21.

²⁰ Neuner, *JZ* 1999, 126 (128 m.w.N. in Fn. 35).

²¹ Medicus/Lorenz, *Schuldrecht I AT*, § 64 Rn. 867; Brox/Walker, *Allgemeines Schuldrecht*, § 33 Rn. 6. Kritisch hierzu Gottwald, in: *MünchKomm BGB*, § 328 Rn. 171-173; Musielak/Hau, *Grundkurs BGB*, § 10 Rn. 1268; Preuß, in: Dauner-Lieb/Langen, *Schuldrecht*, 4. Aufl. 2021, Vorb. zu §§ 328 ff. Rn. 9.

²² Gottwald, in: *MünchKomm BGB*, § 328 Rn. 169.

²³ Medicus/Lorenz, *Schuldrecht I AT*, § 64 Rn. 867.

²⁴ Gottwald, in: *MünchKomm BGB*, § 328 Rn. 171.

²⁵ Medicus/Lorenz, *Schuldrecht I AT*, § 64 Rn. 867: „Wenn es die §§ 328 ff. erlauben, Leistungspflichten i.S.v. § 241 I zugunsten Dritter zu vereinbaren, muss dies erst recht für bloße Schutzpflichten nach § 241 II möglich sein.“

Fälle greift der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter ein. Einigkeit besteht insofern, dass dieses Rechtsinstitut restriktiv zu handhaben ist.²⁶ Durch die Einbeziehung Dritter in den Schutzbereich eines zwischen anderen Personen geschlossenen Vertrags wird nicht nur der Grundsatz der Relativität der Schuldverhältnisse durchbrochen, sondern auch die Grenze zum Deliktsrecht verwischt.²⁷ Folge ist, dass die Haftungsrisiken des Schuldners auf Personen ausgeweitet werden, mit denen er keinen Vertrag geschlossen hat und auch nicht schließen wollte, was für den Schuldner eine Risikohäufung bedeutet.²⁸ Um den Schuldner vor einer unangemessenen Belastung zu bewahren, wurden in Rechtsprechung und Literatur vier einschränkende Kriterien entwickelt, die eine ausufernde Anwendung des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter verhindern sollen.

1. Leistungsnähe des Dritten

Das erste Kriterium besteht in der Leistungsnähe des Dritten. Diese ist immer dann zu bejahen, wenn der Dritte mit der Leistung bestimmungsgemäß – also nicht nur zufällig oder unbefugt – in Berührung kommt. Ist der Dritte den Gefahren der Leistung dabei ebenso ausgesetzt wie der Hauptgläubiger, dann befindet sich der Dritte genauso wie der Hauptgläubiger im Gefahrenbereich des Vertrags.²⁹

Der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter findet jedoch nicht nur dann Anwendung, wenn zwischen Hauptgläubiger und Schuldner bereits ein Vertrag geschlossen wurde, sondern auch dann, wenn sich das Schuldverhältnis noch im vorvertraglichen Bereich befindet (vgl. den Gemüseblatt-Fall unter II.1). In diesem Fall wird zur Begründung der Leistungsnähe darauf abgestellt, ob der Dritte der Gefahr einer Schutzpflichtverletzung genauso ausgesetzt ist wie der

²⁶ Vgl. zur Einschränkung uferloser Haftung Martiny, *JZ* 1996, 19-25.

²⁷ Gottwald, in: *MünchKomm BGB*, § 328 Rn. 182.

²⁸ Medicus/Lorenz, *Schuldrecht I AT*, § 64 Rn. 866; Janoschek, in: *BeckOK BGB*, § 328 Rn. 53.

²⁹ Gottwald, in: *MünchKomm BGB*, § 328 Rn. 184; Brox/Walker, *Allgemeines Schuldrecht*, § 33 Rn. 8; Medicus/Lorenz, *Schuldrecht I AT*, § 64 Rn. 868.

Hauptgläubiger.³⁰ Deshalb wird im vorvertraglichen Bereich teilweise von Einwirkungsnähe (statt von Leistungsnähe)³¹ und von Schuldverhältnis (statt von Vertrag) mit Schutzwirkung zugunsten Dritter³² gesprochen.

2. Interesse am Schutz des Dritten (Gläubigernähe)

Darüber hinaus muss der Hauptgläubiger an der sorgfältigen Ausführung der Leistung nicht nur ein eigenes, sondern auch ein berechtigtes Interesse zugunsten des Dritten haben.³³ Dieses Einbeziehungsinteresse wird häufig verkürzt als Gläubigernähe bezeichnet.³⁴ Wann dieses Kriterium vorliegt, ist allerdings nicht immer einfach festzustellen.

a) Wohl und Wehe-Formel

Ursprünglich nahm die Rechtsprechung ein Einbeziehungsinteresse an, wenn es sich bei dem Verhältnis zwischen Hauptgläubiger und Dritten um eine Rechtsbeziehung mit personenrechtlichem Einschlag handelte. In diesen Fällen sei der Hauptgläubiger für das „Wohl und Wehe“ des Dritten verantwortlich, weil er ihm zu Schutz und Fürsorge verpflichtet sei:³⁵

„Ausgangspunkt der Rechtsprechung des BGH zum Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte waren Fallgestaltungen, in denen einem Vertragspartner gegenüber Dritten eine gesteigerte Fürsorgepflicht obliegt, ihm gleichsam deren ‚Wohl und Wehe‘ anvertraut ist. Schon das RG hatte in solchen Fällen beispielsweise Familienangehörigen und

³⁰ Klumpp, in: *Staudinger*, § 328 Rn. 108, 135.

³¹ Medicus/Petersen, *Bürgerliches Recht*, § 33 Rn. 844 m.w.N.

³² Brox/Walker, *Allgemeines Schuldrecht*, § 33 Rn. 3; Klumpp, in: *Staudinger*, § 328 Rn. 108.

³³ Gottwald, in: *MünchKomm BGB*, § 328 Rn. 185.

³⁴ Medicus/Lorenz, *Schuldrecht I AT*, § 64 Rn. 869.

³⁵ BGH, Urt. v. 26.11.1968 – VI ZR 212/66, NJW 1969, 269 (272); BGH, Urt. v. 30.9.1969 – VI ZR 254/67, NJW 1970, 38 (40); BGH, Urt. v. 12.7.1977 – VI ZR 136/76, NJW 1977, 2208 (2209). Vgl. hierzu Gottwald, in: *MünchKomm BGB*, § 328 Rn. 185; Medicus/Lorenz, *Schuldrecht I AT*, § 64 Rn. 869.

*Hausangestellten des Mieters, die durch ein Verschulden eines vom Vermieter mit einer Reparatur am Haus beauftragten Handwerkers Schaden erlitten hatten, im Rahmen dieses Werkvertrags einen vertraglichen Schadensersatzanspruch zuerkannt. Der Kreis der in den Schutzbereich des Vertrags einbezogenen Dritten wird nach dieser Rechtsprechung danach bestimmt, ob sich vertragliche Schutzpflichten des Schuldners nach **Inhalt und Zweck des Vertrags** nicht nur auf den Vertragspartner beschränken, sondern, für den Schuldner erkennbar, ebenso solche Dritte einschließen, denen der Gläubiger seinerseits **Schutz und Fürsorge** schuldet. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn zwischen Gläubiger und Drittem eine Rechtsbeziehung mit **personenrechtlichem Einschlag** – ein familienrechtliches, arbeitsrechtliches oder mietvertragliches Verhältnis – besteht.“³⁶*

Diese sog. Wohl und Wehe-Formel erwies sich allerdings in manchen Fallkonstellationen als zu eng. Dies zeigte sich gerade im Bereich der Expertenhaftung, da es sich hier typischerweise nicht um Rechtsverhältnisse mit personenrechtlichem Einschlag handelt.³⁷ Dennoch gibt es (wie gezeigt, vgl. II.2) auch im Bereich der Expertenhaftung Fallkonstellationen, in denen Dritte berechtigterweise auf ein Gutachten vertrauen und daher ebenso schutzwürdig sind wie Familienangehörige oder Hausangestellte.

b) Ergänzende Vertragsauslegung

Im Jahr 1984 hatte sich der BGH schließlich mit der Frage zu befassen, ob die Annahme eines Vertrags mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter davon abhängt, dass dem Vertragspartner das Wohl und Wehe

³⁶ BGH, Urt. v. 26.6.2001 – X ZR 231/99, NJW 2001, 3115 (3116), um Rechtsprechungsnachweise gekürzt, Hervorhebungen hinzugefügt.

³⁷ Pinger/Behme, *JuS* 2008, 675 (675) heben hervor, dass der Verkäufer ein Interesse an einer möglichst hohen Bewertung seines Grundstücks durch den Gutachter habe, wohingegen der Käufer einen möglichst geringen Kaufpreis zahlen wolle, mithin die Interessen der Parteien gegenläufig seien. In diese Richtung auch Gottwald, in: *MünchKomm BGB*, § 328 Rn. 186.

des Dritten anvertraut ist. Diesem Fall lag folgender Sachverhalt zugrunde: Der Beklagte sollte als Sachverständiger ein Verkehrs- und Ertragswertgutachten für ein Mietshaus erstellen. Beauftragt wurde er nicht von dem Verkäufer (wie im oben angesprochenen Fall), sondern von einem potentiellen Käufer, der damit Vertragspartner des Sachverständigen wurde. Bei diesem potentiellen Käufer handelte es sich um einen Kaufmann, der das Hausgrundstück als Teil einer Käufergruppe erwerben wollte. Da der Kaufmann im weiteren Verlauf vom geplanten Erwerb Abstand nahm, entschied sich der spätere Kläger dazu, das Hausgrundstück alleine zu kaufen. Dem Sachverständigen war bei der Bewertung des Hausgrundstücks jedoch ein Fehler unterlaufen, für den ihn der Kläger nun verantwortlich machen wollte. Die Besonderheit des Falles bestand darin, dass der Kläger das Gutachten nicht in Auftrag gegeben hatte, mithin also Dritter war. Trotzdem machte er geltend, im Vertrauen auf die Richtigkeit des Gutachtens das Hausanwesen gekauft zu haben und verlangte von dem Sachverständigen Ersatz der ihm durch die falsche Begutachtung entstandenen Schäden.

Die Vorinstanzen wiesen die Klage mangels Aktivlegitimation des Klägers ab. So betonte das Landgericht (ganz im Sinne der Wohl und Wehe-Formel), dass ein Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte hier deshalb nicht angenommen werden könne, weil den Auftraggeber des Sachverständigengutachtens gegenüber dem Kläger keine Schutz- und Fürsorgepflichten getroffen hätten.³⁸ Diese Begründung akzeptierte der BGH jedoch nicht und stellte zunächst klar, dass Dritte auch aufgrund ergänzender Vertragsauslegung in den Schutzbereich eines Vertrags einbezogen sein können:

*„Die Gestaltung eines Schuldvertrages steht grundsätzlich im freien Ermessen der Vertragsparteien (...). Die Vertragsparteien können daher **in beliebiger Weise bestimmen**, welche Personen in den Schutzbereich des Vertrages einbezogen werden sollen; sie können den Schutzbereich auch auf solche Personen erstrecken, deren ‚Wohl und Wehe‘ keinem der beiden Vertragspartner anvertraut ist (...). Soweit es sich um*

³⁸ BGH, Urt. v. 2.11.1983 – IV a ZR 20/82, NJW 1984, 355 (355).

*ausdrückliche Abreden handelt, unterliegt dies keinem Zweifel. Wenn sich der Umfang des Schutzbereichs aus dem **schlüssigen Verhalten** der Parteien ergibt, kann nichts anderes gelten; denn falls nicht besondere Formvorschriften eingreifen, steht eine konkludente Willenserklärung einer ausdrücklichen gleich.“³⁹*

Dabei erteilte der BGH der Wohl und Wehe-Formel keine generelle Absage, sondern erklärte sie weiterhin für all diejenigen Fälle für anwendbar, in denen ein personenrechtlicher Einschlag bestehe. Der BGH stellte aber klar, dass diese Fälle nicht abschließend seien. Vielmehr betreffen sie

*„lediglich die Frage, unter welchen Voraussetzungen **allein aufgrund der objektiven Interessenlage** – d.h. also **ohne** einen konkreten Anhaltspunkt in ausdrücklichen Parteierklärungen oder im sonstigen Parteiverhalten – die **stillschweigende Vereinbarung** einer Schutzpflicht für Dritte anzunehmen ist.“⁴⁰*

Über die engen Wohl und Wehe-Fälle hinaus könnten zudem die besonderen Umstände des Einzelfalls eine Anwendung des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter rechtfertigen. In Fällen, die nicht unter die Wohl und Wehe-Formel fallen, müsse nach Ansicht des BGH daher nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen geprüft werden, ob die Vertragsparteien den (konkludenten) Willen hatten, zugunsten des Dritten eine Schutzpflicht zu begründen.⁴¹ In einer späteren Entscheidung konkretisierte der BGH die dabei in die Auslegung einzubeziehenden Umstände wie folgt:

*„In Weiterentwicklung dieser Rechtsprechung sind in die Schutzwirkungen eines Vertrags im Wege **ergänzender***

³⁹ BGH, Urt. v. 2.11.1983 – IV a ZR 20/82, NJW 1984, 355 (355 f.), Hervorhebungen hinzugefügt.

⁴⁰ BGH, Urt. v. 2.11.1983 – IV a ZR 20/82, NJW 1984, 355 (356), Hervorhebungen hinzugefügt. In Fortführung dieser Rechtsprechung z.B. BGH, Urt. v. 26.11.1986 – IVa ZR 86/85, NJW 1987, 1758 (1759).

⁴¹ BGH, Urt. v. 2.11.1983 – IV a ZR 20/82, NJW 1984, 355 (356).

Vertragsauslegung auch Dritte einbezogen worden, wenn der **Gläubiger** an deren Schutz ein **besonderes Interesse** hat, wenn **Inhalt und Zweck des Vertrags** erkennen lassen, dass diesem Interesse Rechnung getragen werden sollte, und wenn die Parteien den **Willen** hatten, zu Gunsten dieser Dritten eine Schutzpflicht zu begründen.“⁴²

Diese notwendigerweise abstrakten Kriterien müssen sodann im konkreten Einzelfall mit Leben gefüllt werden.⁴³ In dem erwähnten Fall des Verkehrs- und Ertragswertgutachtens tat das der BGH wie folgt:

*„Im vorliegenden Fall wird zu erwägen sein, daß ein Interessent, der ein Gutachten als Grundlage für die Entscheidung einer bestimmten Gruppe in Auftrag gibt, regelmäßig nicht nur sein persönliches Interesse, sondern auch das **Interesse der anderen Gruppenmitglieder** gewahrt wissen möchte; eine Beschränkung der Schadensersatzpflicht auf die Schäden, die ihm in eigener Person erwachsen, wird daher in der Regel nicht seinem rechtsgeschäftlichen Willen entsprechen. In diesem Zusammenhang sind allerdings auch die **Interessen des Sachverständigen** zu berücksichtigen; dieser darf nicht in einer unzumutbaren Weise mit Schadensersatzpflichten gegenüber Dritten belastet werden (...). In dieser Hinsicht wird zu berücksichtigen sein, daß die Schäden, die in einer Käufergruppe beim Erwerb eines Hauses infolge eines falschen Wertgutachtens entstehen können, in der Regel **nicht höher** sind als die, die einer Einzelperson in der gleichen Situation erwachsen würden.“⁴⁴*

⁴² BGH, Urt. v. 20.4.2004 – X ZR 250/02, NJW 2004, 3035 (3037), um Rechtsprechungsnachweise gekürzt, Hervorhebungen hinzugefügt. Ebenso BGH, Urt. v. 26.6.2001 – X ZR 231/99, NJW 2001, 3115 (3116). Hierzu auch Janoschek, in: BeckOK BGB, § 328 Rn. 55; Gottwald, in: MünchKomm BGB, § 328 Rn. 186. Teilweise wird auch ganz auf das Einbeziehungsinteresse des Gläubigers verzichtet, vgl. Musielak/Hau, Grundkurs BGB, § 10 Rn. 1273 f.

⁴³ Gottwald, in: MünchKomm BGB, § 328 Rn. 189: „Eine konkrete Formel, die abschließend gestattet, den Kreis geschützter Dritter in allen Fällen zu bestimmen, kann es nicht geben.“

⁴⁴ BGH, Urt. v. 2.11.1983 – IV a ZR 20/82, NJW 1984, 355 (356), Hervorhebungen

Damit würdigte der BGH die gegensätzlichen Interessen der Parteien, legte letztlich aber besonderes Gewicht auf den Umstand, dass die Schadenshöhe nicht davon abhing, ob eine Einzelperson oder eine Käufergruppe das Haus erwarb, mithin also der Gutachter dem gleichen Risiko ausgesetzt war.

3. Erkennbarkeit des geschützten Personenkreises für den Schuldner

Der Kreis der geschützten Dritten muss für den Schuldner darüber hinaus subjektiv erkennbar sein. Der Schuldner muss mithin die für die Leistungs- und Gläubignähe maßgeblichen Umstände erfassen können. Hintergrund ist, dass der Schuldner sein Haftungsrisiko vorhersehen, kalkulieren und ggf. versichern können muss; denn das Haftungsrisiko kann dem Schuldner nur dann zugemutet werden, wenn er den möglichen Kreis der Anspruchsberechtigten eingrenzen kann. Die konkrete Anzahl sowie die Namen der geschützten Dritten müssen dem Schuldner dabei nicht bekannt sein. Es genügt, wenn er den Kreis der geschützten Personen nach allgemeinen Merkmalen bestimmen kann.⁴⁵

4. Schutzbedürftigkeit des Dritten

Schließlich muss der Dritte schutzbedürftig sein. Dies ist nicht der Fall, wenn der Dritte einen gleichwertigen Anspruch hat, ihm also ein eigener (quasi-)vertraglicher Anspruch gegen den Schuldner oder eine andere Person zusteht. Begründet wird dieses einschränkende Kriterium mit dem Zweck des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter: Dieser soll dem Dritten lediglich einen eigenen (quasi-)vertraglichen Anspruch geben, ihm aber keinen weiteren Vertragsschuldner beschaffen.⁴⁶ Ein deliktischer Anspruch des Dritten gegen den Vertragspartner des

hinzugefügt. Im Ergebnis verwies der BGH die Sache zur erneuten Entscheidung an das Berufungsgericht zurück. Ob Dritte im Einzelfall in den Schutzbereich des Vertrages einbezogen worden seien, sei eine Frage der Auslegung des Vertrags und vom Tatrichter zu entscheiden.

⁴⁵ Gottwald, in: *MünchKomm BGB*, § 328 Rn. 190; Brox/Walker, *Allgemeines Schuldrecht*, § 33 Rn. 11; Medicus/Lorenz, *Schuldrecht I AT*, § 64 Rn. 872.

⁴⁶ Medicus/Lorenz, *Schuldrecht I AT*, § 64 Rn. 873.

Hauptgläubigers lässt (wegen der damit einhergehenden Schwächen, vgl. I.) die Schutzbedürftigkeit jedoch nicht entfallen.⁴⁷

V. Rechtsfolgen

Werden die Voraussetzungen des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter bejaht, entsteht zwischen dem Dritten und dem Schuldner ein vertragsähnliches Schuldverhältnis. In diesem Schuldverhältnis bestehen keine Leistungspflichten, sondern nur Schutzpflichten i.S.v. § 241 Abs. 2 BGB. Der Dritte hat im Falle ihrer Verletzung einen eigenen (vor-)vertraglichen Anspruch auf Schadensersatz nach § 280 Abs. 1 BGB gegen den Vertragspartner des Hauptgläubigers. Damit kommt insbesondere § 278 BGB zur Anwendung, sodass eine Zurechnung des Verschuldens von Erfüllungsgehilfen ohne Entlastungsmöglichkeit stattfinden kann.⁴⁸

Darüber hinaus gewährt die Rechtsprechung nicht am Vertrag beteiligten Dritten ausnahmsweise nicht nur bei Verletzung von Schutzpflichten, sondern auch bei Verletzung von (Haupt-)Leistungspflichten einen Anspruch auf Schadensersatz. Dies wurde z.B. in einem Fall angenommen, in dem ein Erblasser einen Rechtsanwalt mit der Errichtung eines Testamentes beauftragte. Der Rechtsanwalt blieb jedoch bis zum Tod des Erblassers untätig, sodass die eigentliche Wunscherbin (statt testamentarische Alleinerbin) lediglich gesetzliche Miterbin wurde. In diesem Fall bejahte der BGH einen auf Schadensersatz statt der Leistung gerichteten Anspruch der Wunscherbin gegen den Rechtsanwalt aus Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, obwohl der Rechtsanwalt nur dem Erblasser gegenüber zur (rechtzeitigen) Leistung verpflichtet war.⁴⁹ Voraussetzung für einen entsprechenden Anspruch ist aber, dass der Dritte ausnahmsweise nach dem Vertragsprogramm gerade von der Schlecht- bzw. Nichterfüllung der (Haupt-)Leistungspflicht betroffen ist.⁵⁰

⁴⁷ Gottwald, in: *MünchKomm BGB*, § 328 Rn. 191; Brox/Walker, *Allgemeines Schuldrecht*, § 33 Rn. 12; Petersen, *JURA* 2013, 893 (896).

⁴⁸ Brox/Walker, *Allgemeines Schuldrecht*, § 33 Rn. 13.

⁴⁹ BGH, Urt. v. 6.7.1965 – VI ZR 47/64, *NJW* 1965, 1955 (1956 f.). Vgl. zu diesem Fall auch Brox/Walker, *Allgemeines Schuldrecht*, § 33 Rn. 14.

⁵⁰ Klumpp, in: *Staudinger*, § 328 Rn. 115. Es handele sich mithin nicht mehr um den Ersatz von Integritätsschäden, sondern um den Ersatz von Vermögensschäden, vgl. Brox/Walker, *Allgemeines Schuldrecht*, § 33 Rn. 14.

ZUSAMMENFASSUNG

Durch den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter wird ein Dritter in den Schutzbereich eines zwischen anderen Parteien geschlossenen (vor-)vertraglichen Schuldverhältnisses einbezogen.

Dieses Rechtsinstitut wurde entwickelt, um die Schwächen des deutschen Deliktsrechts auszugleichen, die aus der in § 831 Abs. 1 S. 2 BGB vorgesehenen Exkulpationsmöglichkeit für Verrichtungsgehilfen, der für den Gläubiger ungünstigen Beweislastverteilung und dem nur eingeschränkten Schutz des Vermögens resultieren.

In der Rechtsprechungspraxis wird der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter in ganz unterschiedlichen Fallkonstellationen angewandt, auch wenn dessen dogmatische Herleitung nach wie vor umstritten ist. So werden als Rechtsgrundlagen der Vertrag zugunsten Dritter (§ 328 BGB analog), die ergänzende Vertragsauslegung (§§ 133, 157 BGB), die Fortbildung des dispositiven Rechts nach Treu und Glauben (§ 242 BGB), das Sozialstaatsprinzip, der neu aufgenommene § 311 Abs. 3 S. 1 BGB sowie die gewohnheitsrechtliche Anerkennung des Rechtsinstituts genannt. Praktisch gesehen ist der Streit von untergeordneter Bedeutung, da die Voraussetzungen des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter mangels gesetzlicher Regelung anhand der von Rechtsprechung und Literatur entwickelten Kriterien zu prüfen sind.

Diese Kriterien wurden entwickelt, um den Schuldner vor einer unangemessenen Belastung zu bewahren. Danach gilt: Erstens muss der Dritte mit der Leistung bestimmungsgemäß in Berührung gekommen sein (Leistungsnähe des Dritten). Zweitens muss der Hauptgläubiger an der sorgfältigen Ausführung der Leistung ein berechtigtes Interesse zugunsten des Dritten haben (Gläubiger-nähe). Drittens muss der Kreis der geschützten Personen für den Schuldner erkennbar sein, damit er sein Haftungsrisiko vorhersehen, kalkulieren und ggf. versichern kann (Erkennbarkeit für den Schuldner). Viertens und letztens muss der Dritte schutzbedürftig sein. Dies ist nicht der Fall, wenn er einen eigenen (quasi-)vertraglichen Anspruch gegen den Schuldner oder eine andere Person hat (Schutzbedürftigkeit des Dritten).

Liegen diese Voraussetzungen vor und verletzt der Vertragspartner des Hauptgläubigers eine Schutzpflicht, so steht dem Dritten ein eigener (quasi-)vertraglicher Schadensersatzanspruch gegen diesen zu. In seltenen Fällen wurde

auch bei Verletzung einer (Haupt-)Leistungspflicht ein Anspruch auf Schadensersatz bejaht. Voraussetzung hierfür ist aber, dass der Dritte nach dem Vertragsprogramm gerade von der Schlecht- bzw. Nichterfüllung der (Haupt-)Leistungspflicht betroffen ist.

ÖZET

Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme sayesinde sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişi sözleşmenin tarafları arasında tesis edilmiş olan sözleşme (ve öncesi) kurulmuş olan ilişkiye dâhil edilmiş olur.

Bu ilke, Alman haksız fiil hukukundaki, BGB § 831 Abs. 1 S. 2 'de öngörülen iş sahibinin sorumluluğundaki sorumluluktan kurtulma imkânları, ispat yükünün mağdurun üzerinde olması ve malvarlığına ilişkin sınırlı koruma imkânı şeklinde ortaya çıkan zayıflıkların bertaraf edilmesi için geliştirilmiştir.

Hukuki dayanağı doktrinde eskiden olduğu gibi epey tartışmalı olsa da yargı kararlarında üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme çok farklı olay örgülerine uygulanmıştır. Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin (BGB § 328 kıyasen) hukuki dayanağı olarak tamamlayıcı yorum (BGB §§ 133, 157), dürüstlük kuralı temelinde hukuk yaratılması (BGB § 242), sosyal devlet ilkesi, yeni kabul edilmiş BGB § 311 Abs. 3 S. 1 ve örf ve âdet hukuku kuralları sayılmaktadır. Uygulama bakımından söz konusu tartışma ikinci derece bir öneme sahiptir, zira yasal düzenlemenin yokluğunda, üçüncü kişiyi koruyucu etkiye sahip sözleşmenin uygulanmasına ilişkin şartlar, içtihat ve literatür tarafından geliştirilen kriterler kullanılarak kontrol edilmelidir.

Bu şartlar, borçlunun ölçüsüz bir sorumluluktan korunması için geliştirilmiştir. Buna göre, aşağıdakiler geçerlidir: İlk olarak, üçüncü kişinin edimle belirli ölçüde bir yakınlık içinde bulunmuş olması gerekir (Üçüncü kişinin edime yakınlığı). İkinci olarak borç ilişkisindeki alacaklının edimin özenli bir şekilde ifa edilmesinde üçüncü kişi yararına haklı bir menfaati bulunmalıdır (Alacaklıya yakınlık). Üçüncü olarak korunacak kişilerin kimler olduğu borçlu bakımından öngörülebilir olmalıdır ki, böylece borçlu sorumluluk rizikosunu öngörebilsin, hesaplayabilsin ve gerekirse sigortalatabilsin (Borçlu bakımından öngörülebilirlik). Dördüncü ve son olarak üçüncü kişinin korunmaya ihtiyacı olmalıdır. Bu durum üçüncü kişinin borçluya ve başka bir kişiye karşı kendisine ait sözleşme

hukukuna (veya benzeri bir ilişkiye) dayanan bir talebi bulunması halinde söz konusu olmayacaktır (Üçüncü kişinin korunma ihtiyacı).

Yukarıda sayılan bu şartların bulunması ve sözleşme tarafı borçlunun bir koruma yükümlülüğünü ihlal etmesi durumunda, üçüncü kişinin borçluya karşı doğrudan sözleşmeye (sözleşme benzeri) aykırılık hükümlerine dayanan bir tazminat talebi söz konusu olmaktadır. Nadir durumlarda (asli) edim yükümlülüğünün ihlali durumunda da bu yönde bir tazminat talebinin varlığı kabul edilmektedir. Ancak bu durumun söz konusu olabilmesinin ön şartı sözleşme uyarınca (asli) edim yükümlülüğünün hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesinden üçüncü kişinin etkilenmiş olmasıdır.

LITERATURVERZEICHNIS

- BROX, Hans/ WALKER, Wolf-Dietrich: Allgemeines Schuldrecht, 45. Auflage, München 2021
- DAUNER-LIEB, Barbara/LANGEN, Werner (Hrsg.): BGB Schuldrecht, Band 2 (§§ 241-853), 4. Auflage, Baden-Baden 2021 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Dauner-Lieb/Langen)
- HAU, Wolfgang/POSECK, Roman (Hrsg.): BeckOK BGB, Buch 2 – Recht der Schuldverhältnisse, 57. Edition, München Stand: 1.2.2021 (zitiert: *Bearbeiter*, in: BeckOK BGB)
- HOFER, Jonas B./HENGSTBERGER, Silas: Vertragliche Haftung für fehlerhafte Arbeitszeugnisse zwischen Arbeitgebern (?), NZA-RR 2020, 118-123
- LETTL, Tobias: Einbeziehung Dritter in den Schutzbereich eines Vertrages, Anmerkung zum Urteil des BGH v. 28.1.1976 – VIII ZR 246/74, NJW 2017, 3082-3083
- MARTINY, Dieter: Pflichtenorientierter Drittschutz beim Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte – Eingrenzung uferloser Haftung, JZ 1996, 19-25
- MEDICUS, Dieter/LORENZ, Stephan: Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 21. Auflage, München 2015
- MEDICUS, Dieter/PETERSEN, Jens: Bürgerliches Recht, 27. Auflage, München 2019
- MUSIELAK, Hans-Joachim/HAU, Wolfgang: Grundkurs BGB, 16. Auflage, München 2019
- NEUNER, Jörg: Der Schutz und die Haftung Dritter nach vertraglichen Grundsätzen, JZ 1999, 126-136
- PETERSEN, Jens: Die Drittwirkung von Schutzpflichten, JURA 2013, 893-897
- PINGER, Winfried/BEHME, Caspar: Der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte als Rechtsgrundlage der Gutachterhaftung gegenüber Dritten, JuS 2008, 675-678
- SÄCKER, Franz Jürgen/RIXECKER, Roland/OETKER, Hartmut/LIMPERG, Bettina (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3: Schuldrecht – Allgemeiner Teil II, 8. Auflage, München 2019 (zitiert: *Bearbeiter*, in: MünchKomm BGB)
- SOERGEL, Hans-Theodor (Begr.): Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 5/3, Schuldrecht 3/3 (§§ 328-432 BGB), 13. Auflage, Stuttgart 2010 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Soergel)

STAUDINGER, Julius von (Begr.): J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2 – Recht der Schuldverhältnisse (§§ 328-345), Berlin Neubearbeitung 2015 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Staudinger)

STÜRNER, Rolf (Hrsg.): Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 18. Auflage, München 2021 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Jauernig)

ZENNER, Andreas: Der Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter – Ein Institut im Lichte seiner Rechtsgrundlage, NJW 2009, 1030-1034

Cinsel Suçlarda Hısımlık Sorunu

Das Problem der Verwandtschaft bei Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung

Araş. Gör. Kazım Furkan Ağkuş*

ÖZ

Cinsel dokunulmazlığa ve özgürlüğe karşı suçlar bakımından Türk Ceza Kanunu'nun ("TCK") 102/3 (b)-(c), 103/3 (c)-(d), 104/2-3, 105/2 (a)-(b) fıkraları hısımlık bakımından cezayı artıran nitelikli hâl olarak düzenlenmiştir. Hısımlık kaynaklı nitelikli hâller medeni hukuk ve ceza hukuku bakımından değerlendirilmelidir. Nitekim söz konusu nitelikli hâl düzenlemeleri "üvey, evlatlık, kayın hısımlığı" gibi medeni hukuk kavramlarına atıf yapmaktadır. Medeni hukuk kapsamında, hısımlığa ilişkin düzenlemeler ağırlıklı olarak evlenme ve miras kurallarına ilişkin olarak düzenlenmiştir. Evlenme ve nişanlılığa ilişkin düzenlemeler evlenme engelleri olarak yer alırken; mirasa ilişkin hükümler hısımlığın kurulmasına ve devamlılığına ilişkindir. Söz konusu düzenlemelerde ahlak ve neslin sağlığı düşüncelerinin etkili olduğu ağırlıklı olarak kabul edilmektedir. Ceza hukuku kapsamında ise üçüncü dereceye kadar kan ve kayın hısımlığı, evlatlık ilişkisi, üvey evlat ilişkisi ve evlenme engelleri cinsel dokunulmazlığa ve özgürlüğe karşı suçlar bakımından cezayı artıran nitelikli hâl olarak görülmektedir. Bu düzenlemeler, medeni hukuk düzenlemeleri ile detaylı olarak değerlendirildiğinde, çalışma kapsamında tespit ettiğim sorun ve çelişkilere neden olmaktadır. Söz konusu sorun ve çelişkiler, eşler arasında hısımlığın bulunmaması, kayın hısımlığı ve evlenme engellerinin evlilik sona erdikten sonra devam etmesi ve genişlemesi, üveylik ilişkisinin belirlenmesi, evlenmenin butlanı durumunda kayın hısımlığının ve evlenme engellerinin belirlenmesi, evlenme engellerinin kapsamı, evlilik dışı birlikteliklerde bakım ve gözetim yükümlülüğü ve evlatlık ilişkilerinin belirlenmesi kaynaklıdır. Bu sorunlar çalışma boyunca örnek olaylar üzerinden incelenmiştir. Çalışmanın sonuç bölümünde, önerilen kanun değişikliklerine yer verilmiştir. Bu kapsamda, öncelikle TCK m. 102/3(b)'nin ilga edilmesi önerilmektedir. Söz konusu düzenleme cinsel dokunulmazlık hukuksal değeri ile bağdaşmadığı gibi mağdurun korunması bakımından,

* Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, (agkus@tau.edu.tr). ORCID: 0000-0002-9670-7363.

mağdurun söz konusu ilişkiyi bilmemesi veya söz konusu ilişkinin sağladığı yararın incelenmemesi bakımından yerinde değildir. Ayrıca söz konusu hısımlığın öğretide biyolojik bağ ile belirleneceği düşüncesi, bu düzenlemenin arkasında gizli bir neslin sağlığı düşüncesi olduğunu göstermektedir.

İkinci olarak TCK'nın 103/3(c) fıkrasından "Üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı ya da üvey baba, üvey ana, üvey kardeş veya evlat edinen" ibarelerinin silinerek, yerine "Mağdur ile sürekli veya geçici olarak birlikte yaşayan kişi tarafından" ifadesine yer verilmesi önerilmektedir. Söz konusu düzenleme ile evlilik dışı birlikteliklerde hayat partneri tarafından gerçekleştirilen cinsel istismarın cezalandırılmasının kanunilik ilkesine uygun hâle getirilmesi sağlanmaktadır ve üvey kardeş statüsüne sahip olmadıkları hâlde ebeveynleri evlendiği için birlikte yaşayan kişilerin nitelikli hâl kapsamında değerlendirilmemesi sorunu çözülmektedir. Üçüncü olarak, TCK'nın 103/3 (d) fıkrasında "Vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruyucu aile veya sağlık hizmeti veren ya da koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan kişiler" ifadesi yerine "Koruma, bakım veya gözetimiyle yükümlülüğü nedeniyle ya da bu görevlerden birinin sürekli veya geçici olarak üstlenilmesi suretiyle mağdur üzerinde hüküm veya nüfuzu bulunan kişi" ibaresinin eklenmesi önerilmektedir. Söz konusu öneri ile cinsel saldırı suçuna ilişkin belirttiğim eleştiriler giderilmekte ve mağdur-fail yakınlığı kapsamında mağdurun uğrayabileceği zarar üzerinden belirleme yapılmaktadır. Dördüncü olarak, TCK'nın 104/2-3 fıkralarının 103. maddeye paralel olarak, koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü ile birlikte yaşama ölçütleri üzerinden düzenlenmesi önerilmektedir. Söz konusu öneri ile evlenme engellerinin kapsamı sorunu ve evlenme engelleri ile hısımlık arasındaki farklılıklardan doğan kanun gerekçelerine aykırı cezalandırılmaların önlenmesi amaçlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: *Cinsel özgürlük ve dokunulmazlığa karşı suçlar, cinsel saldırı, cinsel istismar, reşit olmayanla cinsel ilişki suçu, hısımlık, evlenme engelleri, evlatlık ilişkisi, üveylilik ilişkisi.*

The Problem of Kinship in Sexual Offences

ABSTRACT

Kinship, as aggravated sexual offences, is regulated in the Turkish Penal Code (TPC) under Art. 102/3(b)-(c), 103/3(c)-(d), 104/2-3 and 105/2(a)-(b). These special provisions of kinship should be evaluated under civil and criminal law, because these provisions, such as "step-in-law, foster-in-law relationships" refer to the Turkish Civil Code (TCC). Within the scope of civil law, the regulations of kinship are mainly concerned with marriage and inheritance law. Kinship might be seen in marriage and engagement law as marriage impediments and in inheritance law as the rules of establishment and continuity of these relations. And these regulations are predominantly based on moral and eugenic considerations. Kinship by blood or marriage up to third degree, adoption, step-son relationship, and marriage impediments are regulated in TPC as aggravated crimes against sexual autonomy. However, the detailed evaluation of these regulations in comparison with the civil law regulations leads to the problems and contradictions that we have identified in this work. They were caused by the absence of kinship between spouses, the continuation and the expansion of kinship and marriage impediments after the expiration of marriage, the scope of marriage impediments, the obligation of life partners to care and to supervise, and the adoption. These problems were examined with case studies throughout the study. In the conclusion, I propose various amendments. First, I recommend abolishing the TPC Art. 102 / 3 (b). This regulation is not compatible with the legal interest of sexual autonomy and is not appropriate for the protection of victim. Considering judges are not allowed to examine whether the perpetrator and/or the victim knew each other and whether this relationship had a real effect on sexual assault. Second, in terms of TPC Art. 103/3 (c), aggravating terms as "Against a person who has a relationship by blood or marriage up to third degree, or step-father, step-mother, step-sibling or adopter" should be abolished from the article and replaced by "by the person permanently or temporary living together". With this regulation, punishment of a life partner for sexual abuse would be in accordance with the principle of legality. And sexual abuse between the siblings, who are not legally stepsiblings according to civil law but living together because of the relation of their ascendants, now would be aggravated sexual abuse. Third, the expression "by the guardian, educator, caregiver, foster family or persons who provide health services or have protection, care or supervision obligations" in the clause of Article 103/3 (d) of the TPC, should be replaced by "The person who has actual or moral dominance over the victim by the responsibility, temporarily or permanently, for the protection, care or supervision of the victim, or by undertaking one of these duties". With this proposal,

the problems that I have stated, would be eliminated and the determination would be made over the damage that the victim may suffer through the victim-perpetrator proximity. Fourth, Art. 104/2-3 of the TPC should be rearranged according to Art. 103/3(c)-(d). This proposal aims to prevent unjust punishments arising from the differences of marriage impediments and kinships under Art. 102, 103 of TPC.

Keywords: *Crimes against sexual autonomy, sexual assault, sexual abuse, sexual intercourse with persons not attained the lawful age, kinship, marriage impediments, adoption, step-in-law relations*

1. Giriş**

Cinsel suçlarda hısımlık, Türk Ceza Kanunu'nun ("TCK") 102/3 (b)-(c), 103/3 (c)-(d), 104/2-3, 105/2 (a)-(b) fıkralarında cezayı artıran nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. İlgili düzenlemelerde yer alan "üvey, evlatlık, kayın hısımlığı" şeklindeki terimler nedeniyle, cinsel suçlarda hısımlığın medeni hukuk ve ceza hukuku bakımından değerlendirilmesi gerekmektedir. Medeni hukuk kapsamında, hısımlığa ilişkin düzenlemeler ağırlıklı olarak evlenme ve miras kurallarına ilişkin olarak düzenlenmiştir¹. Evlenme ve nişanlılığa ilişkin düzenlemeler evlenme engelleri olarak yer alırken; mirasa ilişkin hükümler hısımlığın kurulmasına ve devamlılığına ilişkindir. Ceza hukuku kapsamında ise üçüncü dereceye kadar kan ve kayın hısımlığı, evlatlık ilişkisi, üvey evlat ilişkisi ve evlenme engelleri cinsel dokunulmazlığa ve özgürlüğe karşı suçlar bakımından hısımlık temelli cezayı artıran nitelikli hâl olarak görülmektedir.

Cinsel suçlarda hısımlığa ilişkin düzenlemeler, medeni hukuk düzenlemeleri ile detaylı olarak değerlendirildiğinde, çalışma kapsamında tespit ettiğim sorun ve çelişkilere neden olmaktadır. Bu nedenle çalışma kapsamında öncelikle, tespit ettiğim sorun ve çelişkiler - örnek olaylarla birlikte - ortaya konulmuştur. Söz konusu sorun ve çelişkiler,

** Çalışmanın değerlendirme sürecinde zaman ayırarak değerli katkılarını sunan hakemlere ve editörlere saygılarımla teşekkür ederim.

¹ Hısımlığın ayrıca medeni usul ile icra ve iflas hukuku bakımından da sonuçları bulunmaktadır. Detaylı bilgi için Bkz. Bedriye Tuğçe Balaban, "Türk Hukukunda Hısımlık ve Hısımlığın Medeni Usul ve İcra ve İflas Hukuku Bakımından Sonuçları", *Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Erzincan, 2014.

eşler arasında hısımlığın bulunmaması, kayın hısımlığı ve evlenme engellerinin evlilik sona erdikten sonra devam etmesi ve genişlemesi, üveylik ilişkisinin belirlenmesi, evlenmenin butlanı durumunda kayın hısımlığının ve evlenme engellerinin belirlenmesi, evlenme engellerinin kapsamı, evlilik dışı birlikteliklerde bakım ve gözetim yükümlülüğü ve evlatlık ilişkilerinin belirlenmesi kaynaklıdır. Söz konusu sorun ve çelişkilerin yalnızca ilgili başlık kapsamında çözülmesi bütüncül bir bakış açısını engelleyecek niteliktedir. Bu nedenle ve tekrardan kaçınmak amacıyla mevcut sorun ve çelişkilere yönelik çözüm önerileri ile teklif edilen yasal düzenlemelere sonuç bölümünde yer verilmiştir.

2. Eşler Arasında Kayın Hısımlığının Bulunmaması

Kayın hısımlığı evlenme dolayısıyla eşlerden biri ile diğer eşin kan hısımları arasında meydana gelen yakınlık olarak tanımlanmaktadır (Türk Medeni Kanunu'nun ("TMK") 18. maddesinin 1. fıkrası). Evlenme ile kurulan ve TMK'nın 18. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, "*evliliğin sona ermesiyle ortadan*" kalkmayan, hısımlık ilişkisi, eşler arasında kurulmaktadır². Bu durumda, evlilik birliği sona erdikten sonra eski eş tarafından gerçekleştirilen cinsel saldırı bakımından uygulanabilecek nitelikli hal bulunmamaktadır³. Bununla birlikte, sona eren evlilik kapsamında kurulan kayın hısımlığı devam ettiği için⁴, eski eşin kan hısımları (sona eren evlilikten kaynaklanan kayın hısımları) tarafından gerçekleştirilen

² Hüseyin Hatemi/Burcu Kalkan Oğuztürk, *Aile Hukuku*, Vedat, İstanbul, 2016, s.3.; Metin İkizler, *Evlenmenin Hükümsüzlüğü*, Seçkin, Ankara, 2018, s.182.; Hüseyin Deniz, "Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı Suçu", *Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Ankara, 2016, s.55.; Kahraman Serhat Karslı, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar", *Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, Ankara, 2014, s.60.

³ Sefa Şişman, "Cinsel Saldırı Suçu", *Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Konya, 2010, s.116-117.; Remzi Gündüz/Veyssel Gültaş, *Cinsel Suçlar (Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar)*, Bilge, Ankara, 2013, s.34-35.

⁴ Bkz. 3. Bölüm, Kayın Hısımlığı ve Evlenme Engelleri Evlilik Birliği Sona Erdikten Sonra Genişleyebilir mi?

cinsel saldırı sonucunda verilen ceza TCK'nın 102. maddesinin 3. fıkrasının (c) uyarınca yarı oranında artırılacaktır.

Olay 1: A (Kadın) ve B (Erkek), birbiriyle evlidir. A ve B boşandıktan sonra, A'nın B'ye karşı cinsel saldırıda bulunması durumunda A'ya karşı uygulanabilecek hısımlıktan kaynaklanan bir nitelikli hâl bulunmamaktadır. Bununla birlikte, B'nin kardeşi C'ye karşı A'nın cinsel saldırıda bulunması durumunda, C ile A arasında ikinci dereceden kayın hısımlığı bulunduğu için nitelikli hâl uygulanacaktır.

Hısımlığa ilişkin nitelikli hâllerin temelinde, suçun işlenmesini kolaylaştırması, mağdurun direncinin kırılmasındaki kolaylık⁵ ve suçun

⁵ A. Caner Yenidünya, "5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar", *Legal Hukuk Dergisi*, 2005, No:33, s.3296.; Handan Yokuş Sevük, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları", *TBBD*, 2005, No:57, 243-282, s.267.; Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/R. Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 2019, İstanbul, Seçkin, s.402.; Ebru Altaş, "Çocukların Cinsel İstismarı Suçu", *Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, yayımlanmamış yüksek lisans tezi, İzmir, 2009, s. 39.; Özgün Sinem Aksoy, "Cinsel Saldırı Suçu (5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu m.102)", *Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, yayımlanmamış yüksek lisans tezi, İstanbul, 2010, s.115.; Haydar Ersözoğlu, "Türk Hukukunda Çocuğun Cinsel İstismarı Suçu", *Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Kocaeli, 2010, s.62.; Kürşad Gül, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar", *Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Ankara, 2010, s.61-62.; Erkan Ataman, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar", *Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Konya, 2011, s.68.; Pınar Memiş Kartal, *Türk Ceza Hukuku'nda Çocukların Cinsel İstismarı*, Der, İstanbul, 2014, s.187.; Didem Uyar, "Cinsel Saldırı Suçu", *Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Ankara, 2016, s.55.; Engin Turhan, "Türk ve Alman Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu", *İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, yayımlanmamış yüksek lisans tezi, İstanbul, 2018, s.92.; Handan Yokuş Sevük, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Seçkin, İstanbul, 2019, s.125.; Nevzat Toroslu, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, Savaş, Ankara, 2019, s.65.; Bünyamin Uçan, "Çocukların Cinsel İstismarı", *Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Kocaeli, 2019, s. 67.; Özlem Demir Yazar, "Türk Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu", *Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Ankara, 2019, s.96.; Zeynep Sümer, "Türk Ceza Kanunu'nda Çocukların Cinsel İstismarı

açığa çıkmasındaki zorluklarla birlikte mağdurun yakınlık nedeniyle uğradığı zararın ağırlığı göz önünde bulundurulmaktadır⁶. Ancak bu örnekte ne suçun işlenmesinin kolaylaştırılması ne de mağdurun yakınlık nedeniyle uğradığı zarar bakımından C'nin durumunun daha ağır olduğu ileri sürülebilir. Aksine B'nin boşanma ile sonuçlanmış olsa dahi C'ye göre A'ya daha yakın olduğu belirtilebilir. Düzenlemenin amacına aykırı bu neticenin engellenmesi için iki seçenek bulunmaktadır: kayın hısımlığı ilişkisinin cinsel suçlar bakımından evlilik birliği ile sona ermesi⁷ veya evlilik birliğinin ne şekilde sonlandığına bakılmaksızın eşin de nitelikli hâller arasına alınması⁸. Birinci olaydaki örnek evliliğin butlan ile sonuçlanması varsayımıyla geliştirilebilir⁹.

Olay 2: Evlenme sırasında sürekli bir sebeple ayırt etme gücünden yoksun A (Kadın) ve B (Erkek) evlenir. A ayırt etme gücünü sonradan kazanır, takiben mutlak butlan davası açar ve mahkeme kararıyla A ile

Suçu", *Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, yayımlanmamış yüksek lisans tezi, İstanbul, 2019, s. 48.

- ⁶ Öğretide söz konusu ilişkilerin toplumda meydana getirebileceği öfkenin, nitelikli hallerde etkili olduğu ileri sürülmektedir. Mehmet Ali Karaseyfioglu, "Umumi Adap Aleyhine Cürümlerden Irza Tasaddi Suçu ve Uygulama", *İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, yayımlanmamış yüksek lisans tezi, İstanbul, 1996, s. 60; Ersözoğlu, s.61; Bilgehan Savaşçı, *Çocukların Cinsel İstismarı Suçu*, Legal, İstanbul, 2012, s.89.; Demir Yazar, s.96.Söz konusu kabul cinsel özgürlük ve dokunulmazlık hukuksal değerine aykırıdır.
- ⁷ Nur Centel, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı Suçu ve Cinsel Suçlar Değişiklik Tasarısı'nın Değerlendirilmesi", *TBBD*, 2012, No:99, 269-290, s. 279.; Ersan Şen/Tuğçe Başarır, "Ensest Mağdurlarından Birisi: Kadın", *TBBD*, 2012, No:99, s.330.; İsmail Dursun, "Cinsel Saldırı Suçu (TCK m.102)", *Legal Hukuk Dergisi*, 2013, C.11, No:130, 2013, s.21.; Fahri Gökçen Taner, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, Seçkin, Ankara, 2017, s. 205.; Pınar Memiş Kartal, "Cinsel Saldırı", *Özel Ceza Hukuku: Kişilere Karşı Suçlar*, C.2, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 480.; Yusuf Pakır, "Cinsel Saldırı Suçu", *Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Konya, 2017, s.129.; Ahmet Ceylani Tuğrul/Murat Ceylani Tuğrul, *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Suçlar & Ensest İlişkiler*, Detamat, Ankara, 2018, s.121.; Tezcan/Erdem/Önok, s.404.; Volkan Altun, "Türk Ceza Hukukunda Cinsel Saldırı Suçu", *Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, yayımlanmamış yüksek lisans tezi, İstanbul, 2019, s.77.
- ⁸ Seher Kırbaş Canikoğlu, "Feminist Bir Perspektifle Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı Suçu", *Fe Dergi: Feminist Eleştiri*, C.5, No.1, 2013, s.69.
- ⁹ Bkz. 5. Bölüm, Evlenmenin Butlanı Durumunda Kayın Hısımlığı ve Erginlik.

B'nin evliliği sonlandırılır. Evlilik sonlandırıldıktan sonra, B'nin A'ya karşı cinsel saldırıda bulunması durumunda, hısımlık nedeniyle uygulanabilecek nitelikli hal bulunmamaktadır.

Evlenme sırasında ayırt etme gücünden yoksun olan bir kişiye karşı, evlilik butlan ile sonlandıktan sonra dahi uygulanabilir cezayı artıran nitelikli hâl bulunmazken, evlilik birliği sona erdikten sonra kayın hısımlığının cezayı artıran nitelikli hal olarak kabul edilmesi, hısımlık düzenlemesinin amaçları ile bağdaşmamaktadır.

3. Kayın Hısımlığı ve Evlenme Engelleri Evlilik Birliği Sona Erdikten Sonra Genişleyebilir mi?

TMK 18/1 fıkrası uyarınca kayın hısımlığı evlenme ile kurulur ve TMK 18/2 fıkrası uyarınca, "evliliğin sona ermesiyle ortadan" kalkmaz¹⁰. Nitekim Yargıtay da evlilik birliğinin sona ermesi durumunda kayın hısımlığının devam ettiğini kabul etmektedir¹¹. Bununla birlikte, genel olarak kayın hısımlığının evlilik birliği sona erdikten sonra genişleyemeyeceği kabul

¹⁰ İhsan Akçin, "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar", YD, C.32, No.1-2, 2006, s.117.; Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/ M. Emin Alşahin/Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Adalet, Ankara, 2019, s.365.; Aksoy, s.116.; Onur İnan, "Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı Suçu", *Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Ankara, 2012, s.57.; Karşlı, s.59.; İbrahim Sinekçi, "Cinsel Saldırı Suçu", *Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Diyarbakır, 2015, s.56.; Çetin Akkaya, *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar*, Adalet, Ankara, 2017, s.69.; Pakır, s.129.; Demir Yazar, s.97-98.; Hamza Küskü, *Çocukların Cinsel İstismarı Suçunun Nitelikli Hali (TCK Md.103/2)*, Adalet, Ankara, 2020, s.70. Karşı görüş için Bkz. Gül, s.64.; Uyar, s.56.; Deniz, s.55.; Murat Aydın, *Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu*, Seçkin, Ankara, 2018, s.50.

¹¹ Yarg. CGK, E. 2012/14-1397, K.2013/265, T. 28.5.2013.; İlgili kararda bulunan karşı oyda, "Kanun koyucu boşanmaya rağmen 3. dereceye kadar kayın hısımlığı ilişkisi içinde olanlar için ayrı bir madde ihdas etmiş olsa idi, ancak bu şekilde cezalandırabilirdik." şeklinde bir görüşe yer verilmiştir. Bununla birlikte hukukun bütünlüğü bakımından böyle bir çıkarım yapılmasının yerinde olmadığını belirtmek isterim. 765 sayılı mülga TCK döneminde Yargıtay'ın evlilik birliğinin sona ermesiyle hısımlığın sona erdiği yönünde kararları bulunmaktadır: "...[S]uçun işlenmesinden önce sanığın karısının ölmesi sebebiyle mağdır ile sanık arasında kayınbaba damat ilişkisinin sona erdiği" Bknz. Yarg. CGK., E.505, K.90, T.11.02.1974.

edilmektedir¹². Bu durumda, evlilik sırasında doğan bir kayın hısımları ile evlilik sona erdikten sonra doğan kişi arasında nitelikli halin uygulanması bakımından farklılık doğmaktadır. Evlilik birliği sona erdikten sonra doğan ve evlilik birliği sırasında doğması durumunda kayın hısımları olarak kabul edilebilecek kişiler bakımından, kayın hısımlılığının genişletilmemesi cezalandırmanın amacı bakımından yerinde görülmektedir. Ancak bu durumun evlenme engellerinin evlilik birliği sonrası devam edip etmemesi bakımından görüş ve uygulamalar ile karşılaştırılması gerekmektedir.

Olay 3: A (Kadın) ve B (Erkek), boşandıktan sonra, B'nin kardeşi C'nin doğduğu varsayımında, A'nın C'ye karşı cinsel istismarda bulunması durumunda uygulanabilecek bir hısımlık nitelikli hâli bulunmamaktadır. Ancak C'nin evlilik birliği öncesinde veya sırasında doğması durumunda hısımlık nedeniyle ceza artırılabacaktır.

TMK'nın 129/2 fıkrası uyarınca "*Kayın hısımlılığı meydana getirmiş olan evlilik sona ermiş olsa bile, eşlerden biri ile diğerinin üstsoyu veya altsoyu arasında*" evlenme engeli bulunmaktadır. Bu kapsamda reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna eklenen evlenme engeli hükmü suç ve ceza politikası açısından uygun bir çözüm olarak adlandırılmakla¹³ birlikte tespit ettiğim çelişkilere neden olmaktadır. İlk olarak, evlilik birliği sona erdikten sonra kayın hısımlılığı bulunduğu için nitelikli hal kapsamında yer alan belirli kişilerin, aralarında evlenme engeli bulunmadığı için reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun nitelikli hali kapsamında yer almadığı görülmektedir.

Olay 4¹⁴: A (Kadın) ve B (Erkek), boşandıktan sonra, B'nin 18 yaşından büyük kardeşi C'ye A'nın nitelikli cinsel saldırıda bulunması durumunda, A kayın hısımlılığı devam ettiği için cinsel saldırının nitelikli hâlinde sorumlu olacaktır. Ancak C'nin 15-18 yaş aralığında olduğu ve C'nin rızası dâhilinde cinsel ilişkiye girildiği varsayımında A reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun temel hâlinde sorumlu olacaktır. Nitekim A ile C arasında evlenme engeli bulunmamaktadır.

¹² H. Cahit Oğuzoğlu, *Medeni Hukuk I Şahsın Hukuku*, Güzel Sanatlar Matbaası, Ankara, 1958, s.273.; Aytekin Ataay, *Şahıslar Hukuku*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1978, s.225; İkizler, s.182.; Deniz, s.55.

¹³ Erdener Yurtcan, *Yargıtay Kararları Işığında Cinsel Suçlar*, Seçkin, Ankara, 2019, s. 237.

¹⁴ Örnek için Arş. Gör. Bahar Kaya'ya teşekkür ederim.

Bu örnekte birinci ihtimalde A'ya 12 yıldan az olmamak üzere hapis cezası verilecektir ve bu ceza hısımlık nedeniyle yarı oranında artırılacaktır. İkinci ihtimalde ise TCK'nın 104. maddesi uyarınca, A 2 yıldan 5 yıla kadar hapis cezası alacaktır. Her ne kadar ikinci durumda cinsel ilişkiye rızası bulunsa da cezalar arasındaki farklılıklar kanaatimce hısımlık düzenlemelerinin amaçlarına aykırıdır.

İkinci olarak, bu aykırılık evlenme engellerinin evlilik birliği sona erdikten sonra genişleyip genişlemeyeceği tartışmasında daha da derinleşmektedir. Nitekim evlenme engelleri bakımından medeni hukuk öğretisinde görüş ayrılıkları bulunmaktadır. Medeni hukuk öğretisinde bir görüşe¹⁵ göre, evlilik yasağı bulunan altsoy yalnızca evlilik birliği sırasında var olan altsoy iken diğer görüşe göre¹⁶ bu yasak evlilik birliği sona erdikten sonra doğan altsoyu da kapsamaktadır.

Olay 5: A (Kadın) ve B (Erkek) boşandıktan sonra, B'nin sonraki eşinden olan 17 yaşındaki D'ye karşı A'nın cinsel istismarda bulunması durumunda, D ile A arasında kayın hısımlığı bulunmadığı için cinsel istismarın temel hâlimden sorumlu olacaktır. Ancak D'nin rızası dâhilinde cinsel ilişkiye girdikleri varsayımında D ile A arasında bir görüşe göre evlenme engeli bulunduğu için reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun nitelikli hâlimden, diğer görüşe göre evlenme engeli bulunmadığı için reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun temel hâlimden sorumlu olacaktır.

Bu örnekte birinci ihtimalde A'ya 16 yıldan az olmamak üzere hapis cezası verilecektir. İkinci ihtimalde ise A, 2 yıldan 5 yıla kadar veya 10 yıldan 15 yıla kadar hapis cezasına çarptırılacaktır. Burada öncelikle medeni hukuk kapsamında var olan görüş ayrılıklarının ceza hukukuna dâhil edilmesinin belirlilik ilkesine aykırı olduğunu belirtmek gerekir.

¹⁵ Mustafa Dural/Tufan Ögüz/Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku: Aile Hukuku*, Filiz, İstanbul, 2016, s. 57.; Ömer Çınar, "Hısımlıktan Doğan Evlenme Engeli ve Sonuçları", *Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s. 528.; İvizler, s.182.

¹⁶ Mehmet Erdem, *Aile Hukuku*, Seçkin, Ankara, 2019, s. 57.; H. Veldet Velidedeoğlu, *Türk Medeni Hukuku: Aile Hukuku*, Nurgök Matbaası, İstanbul, 1965, s. 70.; S. Sulhi Tekinay, *Aile Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1990, s. 85-86.; Hüseyin Hatemi/Rona Serozan, *Aile Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s.121.

İkinci varsayımda A'nın alacağı ceza D'nin rızası doğrultusunda, hakkaniyete uygun olarak daha düşüktür. Bu bakımından reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna 18.06.2014 tarih ve 6545 sayılı kanunun 60. maddesiyle eklenen nitelikli hali takiben, 24.11.2016 tarih ve 6763 sayılı kanunun 13. maddesiyle cinsel istismar suçunun cezasının artırılması, bu örnekte görüldüğü korunan hukuksal değerlerin derecelendirilmesi¹⁷ bakımından yerindedir¹⁸. Aksi takdirde cinsel istismar durumunda, reşit olmayanla cinsel ilişkiden daha düşük ceza alınması mümkün olacaktı¹⁹. Son olarak belirtmek gerekir ki beşinci olayın ikinci varsayımda olduğu üzere, TCK'nın 104/2 fıkrasının gerekçesinde belirtilen “ensest”²⁰ ilişkisinin bulunmadığı durumlarda uygulanması da mümkündür²¹.

4. Üveylik İlişkinin Belirlenmesi

Üvey çocuk kavramı, TMK ve TCK'da düzenlenmemiştir. Bununla birlikte TMK'nın 338. maddesinde eşlerin “*ergin olmayan üvey çocuklarına da özen ve ilgi*” gösterme yükümlülükleri bulunduğu düzenlenmiştir. Bu madde üzerinden, üvey baba, çocuğun “*annesinin kendi özbabasından sonra evlendiği erkek*”; üvey anne, çocuğun “*babasının kendi özannesinden sonra evlendiği kadın*”; üvey kardeş, çocuğun “*annesinin veya babası-*

¹⁷ Yener Ünver, *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, Seçkin, Ankara, 2003, s.507.; İzzet Özgenç, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin, Ankara, 2020, s.178.

¹⁸ Suç politikası bakımından cinsel dokunulmazlığa ve özgürlüğe karşı suçların cezalarının artırılmasına karşı olmakla birlikte, bu örnekte olduğu üzere cezalar arasındaki orantının sağlanması açısından cinsel istismar suçunun cezasının azaltılması veya reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun cezasının artırılması seçeneklerinden birinin gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

¹⁹ Söz konusu durum, 2014 yılı değişikliği sırasında, İzmir milletvekili Hülya Güven tarafından ileri sürülmekle birlikte kabul edilmemiştir. TBMM, Adalet Komisyonu Tutanak Dergisi, 29 Mayıs 2014, 24. Yasama Dönemi, 4. Yasama Yılı, s.7.

²⁰ TBMM, Esas Komisyon Raporu, Sıra sayısı: 592, 24. Yasama Dönemi, 4. Yasama Yılı, s.22.

²¹ Bkz. 6. Bölüm, Evlenmenin Engellerinin Kapsamı.

nun evlendiği erkekten veya kadından olan çocukları” olarak tanımlanmaktadır²². Bu kapsamda çocuğun “annesinin veya babasının sonradan evlendiği erkeğin veya kadının önceki birlikteliklerinden olan çocukları ile” üvey kardeşlik ilişkisi bulunmadığı ileri sürülmektedir²³.

TCK’da cinsel saldırı ve istismarın “üvey baba, üvey ana, üvey kardeş” tarafından işlenmesi nitelikli hâl olarak düzenlenmiştir. Ancak cinsel saldırının “üvey çocuk” tarafından da gerçekleştirilebilmesi söz konusudur. TCK’nın 103. maddesinin 3. fıkrasında yer alan “üvey baba” ifadesi geliştirilerek 102. maddeye nitelikli hal olarak eklenmesi sırasında tespit edebildiğim kadarıyla, “üvey çocuk” tarafından işlenebileceğine ilişkin herhangi bir tartışma bulunmamaktadır²⁴. Bu kapsamda, “üvey çocuk” kavramına yer verilmemesinin, kanun koyucunun bilinçli bir tercihi olmadığı kanaatindeyim. Bu nedenle de husumluğa ilişkin nitelikli hallerin amaçlarına aykırı olarak, güven ilişkisinin ve suçun işlenmesinin kolaylaştırılması gerekçesinin değerlendirilmediği bir boşluk olduğu kanaatindeyim. Ayrıca hukuken “üvey kardeş” olmayan ancak aynı aile birliği içinde aynı konutta yaşayan kişiler bakımından, birbirine eklenen aile (“patch-work aile”²⁵) değerlendirme yapılması gerekmektedir²⁶.

Olay 6: Önceki evliliğinden 17 yaşında çocuğu F olan A (Kadın) ile önceki evliliğinden 16 yaşında çocuğu G olan B’nin (Erkek) evlendiği

²² Aydın, s.51; Taner, s.207.

²³ Aydın, s.51.

²⁴ TBMM, Adalet Komisyonu Tutanak Dergisi, 29 Mayıs 2014, 24. Yasama Dönemi, 4. Yasama Yılı.

²⁵ Genel olarak birbirine eklenen aile kavramı, ebeveynlerden en az biri tarafından aileye eski ilişkiden doğan bir çocuğun getirilmesi olarak tanımlanmaktadır. Verilen örnek, birbirine eklenen aile tiplerinden biri olan bir araya getirilmiş üvey aile tipidir. (“Combination step family”) Bu evlilik tipinde kişiler önceki evliliklerinden doğan çocuklarıyla birlikte yeni bir aile kurmaktadır. Ayrıntılı bilgi için Bkz. İrem Kurt, “Patchwork Aileleri”, (Çevrimiçi) <http://www.ti-entertainment.com/Yz-5-Makale-Patchwork-Aileleri---Irem-Kurt.html>.

²⁶ Demir Yazar, s.98.

varsayımında, F'ye G tarafından cinsel istismarda bulunulması durumunda, G ile F arasında üvey kardeş veya kayın hısımlığı ilişkisi bulunmamaktadır.

Bu durumda TCK'nın 103/3(b) fıkrasında düzenlenen kişilerin “*toplularak bir arada yaşama zorunluluğu bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle*” işlenmesi gündeme gelebilir. Söz konusu fıkranın gerekçesinde “*kışla, ceza infaz kurumu, öğrenci yurdu, okul pansiyonu ve hastane gibi yerler*” sayılmıştır²⁷. Öğretide kişilerin kendilerini güvende hissetmeleri ve tedbir alma gereği hissetmemeleri nedeniyle, suçun daha rahat işlenebileceği üzerinden²⁸ ve toplu ortamlarda suçun failinin belirlenmesindeki zorluklar üzerinden²⁹ bu nitelikli hâl açıklanmaktadır. TCK'nın 103/3(b) fıkrasının “*suçun insanların toplularak bir arada bulunduğu ortamın sağladığı kolaylıktan faydalanılarak işlenmesi*” şeklinde düzenlenmesi gerektiği yönündeki görüşlere³⁰ katılmakla birlikte ilgili fıkranın mevcut hâliyle ergin olmayan çocuklara uygulanabileceği kanaatindeyim³¹. Nitekim ilgili fıkranın uygulanabilmesi için bir arada yaşamayı zorunlu kılan bir durumun bulunması gerektiği³² ifade edilmektedir. TMK'nın 185/3 fıkrası uyarınca, eşler “*birlikte yaşamak*” zorundadır ve TMK'nın 339/4 fıkrası uyarınca “*[çocuk, ana ve babasının rızası dışında evi terkedemez]*”. Bu nedenle birbirine eklenen ailelerde, aile konutunun toplularak bir arada yaşama zorunluluğu bulunan ortam olarak kabul edil-

²⁷ TBMM, Esas Komisyon Raporu, Sıra sayısı: 592, 24. Yasama Dönemi, 4. Yasama Yılı, s.21.

²⁸ Mahmut Koca/İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Adalet, Ankara, 2019, s.340.; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/Çakır, s.366.

²⁹ Taner, s.214-215.; Koca/Üzülmöz, s.406; Küskü, s.65.

³⁰ Taner, s.215.; Koca/Üzülmöz, s.340.; Akkaya, s.78.; Altun, s.82.; Öğretide, mevcut düzenlemenin bu kamuya açık alanları da kapsadığı görüşü için Bkz. Mustafa Arslantürk, *Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar*, Seçkin, Ankara, 2017, s.109-111.; Necati Meran, “Cinsel İstismar ve Saldırı Suçlarında 6545 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler ve Yeni Yorumlar”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C.9, No:98, 2014, s.82.

³¹ Failin, mağdurun yaşadığı yerde yaşamayı zorunluluğu bulunmadığı görüşü için Bkz. Turhan, s.88-89.

³² Tezcan/Erdem/ Önok, s.406.

mesi gerektiği kanaatindeyim. Bu kabul ise F'nin ergin olduğu varsayımında TCK'nın 102/3(e) fıkrasının uygulanamayacağı anlamına gelmektedir. Gerçekten de ergin çocukların aile evinde kalması şeklinde bir zorunluluk bulunduğu ileri sürülemez. Ancak ergin olmakla birlikte eğitim sürecine devam eden kişiler bakımından ebeveynlerin bakım ve gözetim yükümlülükleri, TMK'nın 328/2 fıkrası uyarınca, devam etmektedir. Bu kapsamda aile evinde yaşamaları, zorunluluk olmamakla birlikte, mümkündür. Kişilerin güven ilişkisi veya yakınlığı göz önünde bulundurulmaksızın, F'nin yaşına göre ortaya çıkan bu sonuç, hısımlık nitelikli hallerinin amaçları ile bağdaşmamaktadır.

5. Evlenmenin Butlanı Durumunda Kayın Hısımlığı ve Erginlik

Evlilik birliğinin butlan ile sona ermesi TMK'nın 156. maddesi uyarınca hâkim kararıyla gerçekleşir ve *"hakimin kararına kadar geçerli bir evliliğin bütün sonuçlarını doğurur."* TMK'nın 157. Maddesinde *"butlanına karar verilen evlilikten doğan çocuklar"*ın *"evlilik birliği içinde doğmuş"* sayılabacakları ve *"çocuklar ile ana ve baba arasındaki ilişkilere boşanmaya ilişkin hükümlerin"* uygulanacağı düzenlenmiştir. Medeni hukuk öğretisinde evliliğin butlanına hükmedilmesi durumunda dahi kayın hısımlığının devam ettiği ağırlıklı olarak kabul edilirken³³; ceza hukuku öğretisinde kayın hısımlığının hiç oluşmamış sayılması gerektiği ileri sürülmektedir³⁴. Öncelikle TMK'nın 156. maddesi uyarınca, kayın hısımlığının hiç oluşmamış sayılması mümkün değildir³⁵ ve butlan kararı verilene kadar kayın hısımlığı mevcuttur. Bu kapsamda yalnızca kayın hısımlığının da butlan kararı ile ileriye dönük olarak ortadan kalktığı ileri sürülebilir. Ancak TMK'nın 18/2 fıkrasında boşanma ifadesi yerine *"evliliğin sona ermesi"* ifadesine yer verildiği için evliliğin butlanına karar verilmesi durumunda da kayın hısımlığının devam edeceği anlaşılmalıdır.

Olay 7: A (Kadın) ile B'nin (Erkek) evliliğinin butlan ile sona ermesi durumunda, A'nın önceki evliliğinden olan çocuğu F'ye karşı B'nin

³³ Aytekin Ataay, s.224.; İkizler, s.248.; Erdem, s. 95.

³⁴ Aydın, s.52.

³⁵ Diğer bir deyişle, butlan kararı evlenmeyi geçmişe etkili olarak kaldırmaz. İkizler, s.248; Erdem, s. 95.

cinsel istismarda bulunması durumunda, TMK'nın 157/2 fıkrası uyarınca boşanmaya ilişkin hükümler uygulanacaktır. Bu durumda B ile F arasında kayın hısımlığı devam edeceği için, B cinsel istismarın nitelikli hâlimden sorumlu olacaktır. Aynı durum reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda yer alan evlenme engelleri bakımından da geçerlidir.

Evlenme ile ergin kılınan kişilerin, evlenmenin butlanı durumunda kazandıkları erginlik unvanını koruyup korumayacağı medeni hukuk öğretisinde tartışmalıdır³⁶. Kural olarak TMK 158. maddesi uyarınca, "evlenmenin butlanına karar verilirse, evlenirken iyiniyetli bulunan eş bu evlenme ile kazanmış olduğu kişisel durumunu korur." Buradaki iyiniyet, kişinin butlan nedenini bilmemesi ve bilmesinin de gerekmemesi olarak tanımlanmaktadır³⁷. Öğretide bir görüşe göre iyiniyetli olan eş erginlik unvanını korurken³⁸; diğer bir görüşe göre evlenmenin butlan sebebine ve itirazı yapan kişiye bakılmalıdır³⁹. İkinci görüş uyarınca yasal temsilcinin izni bulunmaksızın gerçekleştirilen evliliklerde yasal temsilcinin itirazı üzerine evlenmenin butlanına karar verilmesi durumunda, kişi erginlik statüsünü korumamalıdır. Nitekim aksi bir durumda yasal temsilcinin rızasının aranması ve yasal temsilciye başvuru hakkı tanınmasının anlamı kalmamaktadır⁴⁰.

Ceza hukuku bakımından ise, kişinin erginliğinin korunup korunmayacağı reşit olmayanla cinsel ilişki suçu bakımından önem arz etmektedir. Her ne kadar TCK'nın 104. maddesinde "onbeş yaşını bitirmiş olan çocuk ifadesi" yer alsa da maddenin kenar başlığı ve amaçsal yorumla, ağırlıklı olarak, evlenmek suretiyle ergin kılınan kişilerin bu suçun mağduru olamayacağı kabul edilmektedir⁴¹.

³⁶ Turgut Akıntürk/Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku: Aile Hukuku*, Beta, İstanbul, 2016, s. 232-233.; Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s.11-12.; Dural/ Öğüz/ Gümüş, s.542.

³⁷ Dural/ Öğüz/ Gümüş, s.534.

³⁸ Dural/ Öğüz/ Gümüş, s.534.

³⁹ Erdem, s. 95.

⁴⁰ Erdem, s. 95.; Burada kanaatimce, TMK m.153/2 uyarınca "karının gebe kalması" durumunda evlenmenin iptaline karar verilemeyeceğinin de dikkate alınması gerekmektedir.

⁴¹ Taner, s.373.; Selman Dursun, "Türk Ceza Hukuku'nda Cinsel Suçlara Genel Bir Bakış", *CHD*, 2014, C.9, No:24, 57-73, s.66.; Tezcan/Erdem/ Önok, s.452.

Olay 8: 21 yaşındaki A (Kadın) ile 16 yaşındaki B'nin (Erkek) evlenmesi ve B'nin babası D tarafından açılan evliliğin butlanı davasında, mahkeme kararı ile evliliğin sona ermesi varsayımında, A ile B'nin evlilik sona erdikten sonra cinsel ilişkiye girmesi ceza hukuk bakımından incelenmesi gerekmektedir.

Medeni hukuk öğretisindeki birinci görüş dikkate alınrsa, B'nin iyiniyetli olup olmadığının incelenmesi gerekmektedir. B'nin evlenmeden cinsel ilişkiye gösterdiği rızayı kabul etmeyen ve rıza gösterirken iyiniyetli olup olmadığını incelemeyen hukuk sistemi, B'nin gerçekleştirdiği ve butlan ile sakat olan evliliği gerçekleştirirken iyiniyetli olup olmadığını incelemek zorunda kalacaktır. Ve B'nin iyiniyetli olup olmaması A'nın veya herhangi üçüncü kişinin cezai sorumluluğunu belirleyecektir. İkinci görüşün kabul edilmesi durumunda da yasal temsilcinin itirazı dışındaki durumlarda, iyiniyet incelemesi varlığını devam ettirmektedir. Kanaatimce, söz konusu görüşler ile reşit olmayan cinsel ilişkinin cezalandırılmasının amacı ile çelişki içerisindedir ve mağdurun iyiniyetli olup olmaması üzerinden ceza sorumluluğunun belirlenmesi cezanın amaçları ile bağdaşmamaktadır.

6. Evlenme Engellerinin Kapsamı

Evlenme engelleri, şekle bağlılığın önem arz ettiği ve emredici hükümlerin ağırlıkla bulunduğu aile hukuku kapsamında düzenlenmektedir⁴². TMK'nın 124, 125, 129, 132 ve 133. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu kapsamda yaş, ayırt etme gücü, hısımlık, kadınlar için bekleme süresi, akıl hastalığı ve bulaşıcı hastalıklar bakımından evlenme engelleri düzenlenmiştir. Evlenme engellerinin ahlak ve tıp temelli olduğu belirtilmektedir⁴³.

TCK'nın 104/2 fıkrasında yer alan "*evlenme yasağı*" ibaresinden ne anlaşılacağına ilişkin ceza hukuku öğretisinde iki temel görüş bulunmaktadır. Birinci görüş uyarınca evlenme engellerinin medeni hukuk uyarınca belirlenmesi gerektiği⁴⁴; ikinci görüş uyarınca amaçsal yorum

⁴² Dural/ Öğüz/ Gümüş, s.4-5.

⁴³ Akıntürk/ Ateş, s.72-73.; Hatemi, söz konusu yasakların evrensel ahlak kuralı olduğunu belirtmektedir. Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s.53.

⁴⁴ Yokuş Sevük, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.178.; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/Çakır, s.365.; Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Yetkin, Ankara,

yapılarak yalnızca TMK'nın 129. maddesinde düzenlenen evlenme engellerinin uygulanması gerektiği kabul edilmektedir⁴⁵. TMK'nın 129. maddesinin kenar başlığı "*evlenme engelleri*" olup, evlenme engelleri bu madde ile sınırlı değildir. Bu kapsamda, doğrudan TMK'nın 129. maddesine atıf yapmayan bir düzenlemenin ceza sorumluluğunu sınırlayıcı şekilde yorumlanması hukukun bütünlüğü düşüncesi ile bağdaşmamaktadır. Söz konusu düzenleme medeni kanundaki tüm evlenme engellerini kapsayacak şekilde anlaşıldığında ise aşağıdaki olayda olduğu üzere değişikliği gerektiren gerekçesi ile bağdaşmayan sonuçlara ulaşılmaktadır.

Olay 9: A'nın (Kadın) B (Erkek) ile boşandıktan sonra bekleme süresi içerisinde 17 yaşındaki N ile rızası dâhilinde cinsel ilişkiye girmesi durumundaki cezai sorumluluğu ile bekleme süresi sona erdikten sonra evlenmeye engel ancak cinsel ilişkiye rızayı etkilemeyen bir akıl hastalığına sahip 17 yaşındaki M ile rızası dâhilinde cinsel ilişkiye girmesi durumundaki cezai sorumluluğunun değerlendirilmesi gerekmektedir.

İlk durumda bekleme süresi nispi bir evlenme engeli olmakla birlikte, evlenme engeli olduğu için A'nın reşit olmayanla cinsel ilişkisinin nitelikli hâlden sorumlu olması gerekmektedir⁴⁶. Bununla birlikte nispi bir evlenme engeli olarak bekleme süresi, TCK'nın 104. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen nitelikli hallerin gerekçelerine uygun değildir. Nitekim taraflar arasında herhangi bir güven ilişkisi ihlali veya otorite sağlanması söz konusu olmadığı gibi kanun gerekçesinde belirtilen "*ensest*" bir ilişki de söz konusu değildir. Bu doğrultuda A'nın bu nitelikli hâlden sorumlu olması düzenlemenin gerekçesi ile çelişmektedir. İkinci olarak

2018, s.252.; Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Seçkin, Ankara, 2019, s.383.; Mustafa Özen, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Adalet, Ankara, 2019, s.119.; Sevimmur Üçüncü, "*Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar ve Özellikle Sarkıntılık*", *Karadeniz Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Trabzon, 2018, s.78-79.

⁴⁵ Taner, s.380.; Nurullah Kantarcı, *Türk Ceza Hukukunda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu*, Adalet, Ankara, 2016, 195-196.; Pınar Memiş Kartal, "*Reşit Olmayanla Cinsel İlişki (TCK m.104)*", *AÜHFİD*, 2016, C.65, No.4, 2083-2100, s.2091.; Aydın, s.106.; Toroslu, s.71.; Tezcan/Erdem/ Önok, s.451-452.; Koca/Üzülmez, s.375.

⁴⁶ Aksi yönde Bkz. Soyaslan, s.264.

kişinin akıl hastalığının cinsel ilişki bakımından geçerli ancak evlilik bakımından yetersiz olması durumunun da ele alınması gerekmektedir⁴⁷. Bu varsayımda da akıl hastalığının cinsel ilişkiye rıza bakımından yeterli olması durumunda, cinsel ilişkiye girilmesi bakımından veya kişiler arası güven ilişkisi bakımından A'nın nitelikli hâlden sorumlu olması için herhangi bir gerekçe bulunmamaktadır. Bu kapsamda evlenmeleri yasak olan kişilerin statüsü medeni hukuk kapsamında aynı olmakla birlikte, ceza hukukunun son çare ilkesiyle bağdaşmayan şekilde kişilerin cezalandırılmasına neden olmaktadır.

7. Evlilik Dışı Birliktelikte Bakım ve Gözetim Yükümlülüğü

Evlilik dışı birlikteliklerde kişilerin, öz çocuklarına bakım ve gözetim yükümlülüğü bakımından herhangi bir tartışma bulunmamaktadır. Bununla birlikte, kişilerin birlikte yaşam öncesi sahip oldukları veya birlikte yaşadıkları kişiden olmayan çocuklarına yönelik partnerleri tarafından cinsel istismar gerçekleştirilmesi durumunda cezai sorumluluğunun değerlendirilmesi gerekmektedir.

Olay 10: Önceki evliliğinden 6 yaşında çocuğu F olan A ile B'nin birlikte yaşadığı varsayımında, F'ye B tarafından cinsel istismarda bulunulması durumunda B'nin cezai sorumluluğunun değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu cezai sorumluluğun aile düzenine karşı suçlar ile karşılaştırılması gerekmektedir.

TCK'nın 103/3(d) fıkrasında düzenlenen "*koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü*" kanun veya sözleşmeden kaynaklanabilir⁴⁸. İlk olarak, evli olmadan birlikte yaşayan kişilerin birbirlerinin çocuklarına yönelik yükümlülükleri hakkında herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu kapsamda, belirleyebildiğim kadarıyla, yalnızca TCK'nın 233/2 fıkrasında "*sürekli birlikte yaşadığı ve kendisinden gebe kalmış bulunduğunu bildiği evli olmayan bir kadını çaresiz durumda terk etme*" şeklinde evli olma-

⁴⁷ Erdem, s. 59.

⁴⁸ Öğretide ayrıca, sosyal ilişkilerden kaynaklanabileceği belirtilmektedir. Gülşah Bostancı Bozbayındır, "Çocukların Cinsel İstismarı", Özel Ceza Hukuku: Kişilere Karşı Suçlar (1) , C.2, On iki Levha, İstanbul, 2017, s.526.; Ersözoğlu, s.65.

yan kişilere yüklenen bir yükümlülük bulunmaktadır. İkinci olarak, evlilik dışı birliktelikte taraflar, çocuk ve/veya çocukların “koruma, bakım veya gözetim”i hakkında sözleşme gerçekleştirmiş olabilirler. Söz konusu sözleşme yazılı veya sözlü olarak kurulabilir. Yargıtay’da bu kapsamda, “teslim veya bırakmanın örf ve adet, akrabalık, komşuluk, kişilerin ilişkileri veya benzer sebeplerle ihtiyari yapılması, geçici de olsa birlikte bulunma ve bu yöndeki güvenin ve sıfatın kötüye kullanılması durumunda dahi” TCK’nın 103/3 fıkrasının uygulanabileceğini kabul etmektedir⁴⁹. Öğretide söz konusu karar üzerinden, kanunda yer almayan bir yükümlülüğün evlilik dışı birliklere yüklendiği eleştirisi yapılmakla birlikte⁵⁰; evlilik birliği dışında birlikte yaşayan kişilerin, birbirlerinin çocuğuna karşı koruma ve gözetim yükümlülüğünü üstlenmiş olacağına kabul edilmesi gerektiği ifade edenler de bulunmaktadır⁵¹. Ancak mevcut kararda, kanaatimce Yargıtay sözlü sözleşmelere ve zımni kabul durumuna işaret etmektedir⁵². Bu doğrultuda, olay bazında bu yönde bir sözleşmenin bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyim⁵³. Son olarak sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüğün bulunmadığı durumlarda da yukarıda belirtildiği üzere⁵⁴, çocuğun TMK’nın 339/4 fıkrası uyarınca evi terk edememesi üzerinden, TCK’nın 103/3(b) fıkrasının uygulanması mümkündür.

8. Evlatlık İlişkilerinin Belirlenmesi

Evlat edinme hukuki niteliği bakımından tartışmalı bir yapıya sahiptir. Bir görüşe göre kişiler arasında sözleşmeden kaynaklanan bir

⁴⁹ Yarg. 5. CD, E. 2010/6869, K. 2011/47, T.17.01.2011.

⁵⁰ Aydın, s.57.; Funda Kaya, “Türk Ceza Kanunu’nda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu”, *Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Gaziantep, 2016, s.522.

⁵¹ Yokuş Sevük, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.157.

⁵² Bununla birlikte, Ceza Genel Kurulu 2013 tarihli kararında, “güven sebebiyle katılanı sanığın koruma ve gözetimi altında bırakarak” şeklinde koruma ve gözetim yükümlülüğünün güven ilişkisi nedeniyle kurulabileceğini belirtmiştir. Kanaatimce, koruma ve gözetim yükümlülüğü kanun veya sözleşme dışında güven ilişkisi üzerinden kurulamaz. Yarg. CGK., E.2013/14-99, K.2013/253, T.21.05.2013.

⁵³ Kaya, s.523.

⁵⁴ Bkz. 4. Bölüm, Üveylik İlişkisinin Belirlenmesi.

ilişkiyken⁵⁵; diğer bir görüşe göre medeni hukuk işlemi olarak kabul edilmektedir⁵⁶. Evlat edinen ile evlatlık arasında yapay hısımlık veya calı hısımlık denilen bir yakınlık ilişkisi oluşturduğu kabul edilmektedir⁵⁷. Evlatlık ilişkisi bakımından ceza hukukunda üç temel sorun bulunmaktadır: evlat edinenle sonradan evlenen kişi ile evlatlık arasında hısımlık bulunmaması⁵⁸, cinsel istismar suçunun evlatlık tarafından işlenmesinin nitelikli hâl olarak düzenlenmemesi⁵⁹ ve evlenme engelleri ile evlatlık ilişkisi.

Olay 11: A (Kadın), B (Erkek) ile evlenmeden önce C'yi evlat edinir. Evlilik birliği dâhilinde A ve B'nin ortak çocuğu G dünyaya gelir. C'nin B'ye karşı cinsel saldırıda bulunması durumunda cezai sorumluluğu ile C'nin G'ye cinsel istismarda bulunması durumundaki cezai sorumluluğunun karşılaştırılması gerekmektedir. Ayrıca G'nin 15-18 yaş aralığında bulunması ve C ile G'nin rıza dâhilinde cinsel ilişkiye girmesi durumundaki cezai sorumluluğunun değerlendirilmesi gerekmektedir.

Birinci durumda, C ile B arasında evlatlık ilişkisi bulunmadığı için C cinsel saldırının temel hâlimden sorumlu olacaktır. Nitekim kayın hısımlığı yalnızca evlenilen kişinin kan hısımları ile kurulmaktadır ve evlatlık ilişkisi nedeniyle kayın hısımlığı kurulmamaktadır. Aynı durum G için de geçerlidir ancak G bakımından, TCK'nın 103/3(b) fıkrasında düzenlenen "*toplu olarak bir arada yaşama*" nitelikli halinin uygulanması mümkündür⁶⁰. Başka bir deyişle, hısımlık temelli nitelikli hâllerin gerekçeleri bulunmakla birlikte yasal düzenleme bulunmaması nedeniyle bu kişilerin nitelikli hâlden sorumluluğuna gidilemeyecektir. Son varsayımda olduğu üzere, G'nin 15-18 yaş aralığında bulunması ve reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun işlenmesi durumunda, C ile G arasında bulunan evlenme engeli nedeniyle nitelikli hâlden sorumlu olması gerekmektedir. Bu örnek, evlat edinme sonrası ergin olmayan kişi ile evlenilmesi varsayımı ile geliştirilebilir.

⁵⁵ Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s.3.; İkizler, s.173.

⁵⁶ Akıntürk/ Ateş, s.370.

⁵⁷ Akıntürk/ Ateş, s.75, 384-385.

⁵⁸ Oğuzoğlu, s.273.

⁵⁹ Aksi yönde Bkz. Taner, s.207.

⁶⁰ Bkz. 4. Bölüm, Üveylik İlişkinin Belirlenmesi.

Olay 12: A (36 yaşında Kadın), B (17 yaşında Erkek) ile evlenmeden önce C'yi (16 yaşında Kadın) evlat edinir. Evlilik birliği dâhilinde, C ile B'nin rızaya dayalı cinsel ilişkiye girmeleri durumunda, B reşit olmayanla cinsel ilişkinin nitelikli halinden sorumlu olacaktır. Bununla birlikte söz konusu ilişkinin C tarafından cebir kullanılarak gerçekleştirildiği varsayımında, öğretide yer alan görüşler uyarınca, cinsel saldırı veya cinsel istismardan doğacak sorumlulukta, uygulanabilecek hısımlık temelli nitelikli hal bulunmamaktadır. Ayrıca bu durumda, TCK'nın 102/3(e) veya 103/3(b) fıkralarının uygulanması da tartışmalı hale gelecektir. Çünkü B ergin olmakla birlikte, TMK'nın 185/3 fıkrası uyarınca, eşler "*birlikte yaşamak*" zorundadır. Bu nedenle, kanaatimce "*toplu olarak bir arada yaşama*" nitelikli halinin uygulanması mümkündür.

SONUÇ

Yukarıda belirtilen sorunlar üzerinden hısımlık düzenlemelerine ilişkin değişiklik önerim aşağıdaki gibidir:

❖ TCK m.102/3(c) : ~~Üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı ya da üvey baba, üvey ana, üvey kardeş, evlat edinen veya evlatlık tarafından,~~

Cinsel saldırı suçu bakımından hısımlık ilişkilerinin kaldırılması gerektiği kanaatindeyim. Mevcut hısımlık düzenlemesi, öğretilerde suçun işlenmesindeki kolaylık ve mağdurun direncinin kırılmasındaki kolaylık üzerinden açıklanmaktadır⁶¹. Bununla birlikte, TCK'da hısımlık ilişkilerinin daraltılmasına ilişkin genel eğilimin⁶² aksine, neden TCK'da genişletildiğine ilişkin herhangi bir gerekçe bulunmamaktadır.

Aynı şekilde, hısımlık ilişkisine ilişkin bu nitelikli hâl, korunan hukuksal değer ilkesi ve cezalandırmanın amaçları ile bağdaşmamaktadır. Cinsel saldırı suçunda korunan hukuksal değer bireyin "cinsel dokunulmazlığı ve/veya cinsel özgürlüğü" olarak kabul edilmektedir⁶³. Bu doğrultuda ihlal edilen hukuksal değer ile hısımlık arasında herhangi bir bağ bulunmamaktadır. Ayrıca söz konusu düzenlemenin genel önleme dışında, ki cezanın artırılması her zaman genel önleme amacına hizmet edecektir, cezalandırmanın amacı bakımından önem arz etmemektedir. Mutlak kuramlar arasında yer alan kefarete bakımından, etkili olduğu ileri

⁶¹ Bkz. Dn.5.

⁶² Taner, s.206.; Tezcan/Erdem/ Önok, s.404.; Şişman, s.117.

⁶³ Korunan hukuksal değer cinsel özgürlük olduğu görüşü için Bkz. Yokuş Sevik, "Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları", s.247.; Özlem Yenerer Çakmut, "Kavramsal Olarak Kadına Karşı Şiddet/ Cinsel Şiddet ve Türk Ceza Hukukunda Cinsel Saldırı Suçunun Genel Değerlendirmesi", *Marmara Üniversitesi Kadın ve Toplumsal Cinsiyet Araştırmaları Dergisi*, 2018, C.2, No.1, 49-54, s. 52.; Cinsel özgürlük ve dokunulmazlık olduğu görüşü için Bkz. Alahattin Şimşek, "Cinsel Saldırı ve Cinsel İstismar Suçlarının Hafif Şekli: Sarkıntılık", (Çevrimiçi) <https://jur?x.com.tr/art?cle/3651>; Murat Volkan Dülger, "Nitelikli Cinsel Saldırı Suçu", *İstanbul Barosu Dergisi*, 2006, C:80, No.2, 543-575, s.546.; Gülşah Korkusuz, "Cinsel Saldırı Suçu", *İÜHFM*, 2013, C.71, No.1, 815-854, s.820.; Cinsel dokunulmazlık olduğu görüşü için Bkz. Selman Dursun, s.58.

sürülebilecekse de söz konusu durum mağdurun gördüğü zarar üzerinden belirlenmelidir. Bu noktada üç temel sorun bulunmaktadır: mağdurun söz konusu ilişkiyi bilip bilmemesine önem verilmemesi; mağdur ile fail arasında güven ilişkisinin bulunup bulunmadığının herhangi bir öneme sahip olmaması ve hısmımlığın nasıl belirleneceği.

İlk olarak öğretide, nitelikli hâl bakımından failin söz konusu nitelikli hâli bilmesinin yeterli olduğu kabul edilmektedir⁶⁴. Ancak mağdur tarafından bilinmeyen bir ilişkinin, mağdurun uğradığı zarar üzerinden daha ağır cezalandırılması cezalandırmanın amacı ile bağdaşmamaktadır. Bu doğrultuda, öğretide failin mağdur üzerinden hüküm ve nüfuz kurması gerektiği belirtilmekle birlikte⁶⁵; ağırlıklı olarak ayrıca bir hüküm veya nüfuzun aranmadığı kabul edilmektedir⁶⁶.

İkinci olarak ise, 1. ve 2. olayda ortaya koyduğumuz üzere, hısmılık ilişkisi bulunmadığı hâlde mağdur üzerinde daha ağır zarara neden olabilecek failer bulunmakla birlikte, bu kişilerin suçun temel hâlinde cezalandırılması söz konusu olabilmektedir⁶⁷.

Üçüncü olarak ise, öğretide hısmımlığın nüfus kayıtlarına belirlenmesi baskın görüş olmakla birlikte⁶⁸, genetik bağlara göre belirleneceği

⁶⁴ Özen, s.107.; Özbek/Doğan/Bacaksız, s.336.; Yokuş Sevük, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.157.; Aksi takdirde hata hükümlerinin uygulanacağı belirtilmektedir. Pakır, s.131.; Remzi Gündüz, *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar*, Bilge, Ankara, 2015, s.43.; Şişman, s.116.

⁶⁵ Koca/Üzülmez, s.406; Yokuş Sevük, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.125.

⁶⁶ Özbek/Doğan/Bacaksız, s.337.; Özen, s.347.; Tezcan/Erdem/ Önok, s.404.; Bülent Kurt, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Düzenlenen Çocukların Cinsel İstismarı Suçu", *Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Konya, 2019, s.83.; Üçüncü, s.33-34.; Selman Dursun, s.58.; Deniz, s.54.; İnan, s.55.; Aksoy, s.116.; Ersözoglu, s.62.; Altaş, s.39.

⁶⁷ Bu kapsamda Yargıtay, hukuken geçerli bir evlilik ilişkisinin bulunmadığı durumlarda, nitelikli halin uygulanmasını kanuna aykırı bulmaktadır. Yarg. 14. CD., E.2013/1970, K. 2013/4971, T.25.04.2013. "...Her ne kadar, mağdurenin gayri resmî kayın pederi olan sanık hakkında [...] Medenî Kanun hükümlerine göre kurulmuş bir evlilik bağının bulunmadığı bu evliliğin gayri resmî olarak yapıldığının anlaşılması karşısında..."

⁶⁸ Nüfus kayıtlarına göre belirlenmesi gerektiği görüşü için Bkz. Gül, s.64.; Şişman, s.115.; Altaş, s.39.; Kaya, s.90.; Ceren Şarman, "Türk Ceza Kanunu'nda

görüşü de bulunmaktadır⁶⁹. Söz konusu görüş, neslin sağlığı (öjenik) düşüncesini içinde barındırmaktadır. Başka bir deyişle, cinsel ilişki sonrası doğacak neslin genetik zarara sahip olacağı düşüncesi bulunmaktadır. Gerçekten de mağdur tarafından kan veya kayın hısmı olarak bilinen ve bu ilişkinin sağladığı kolaylık sayesinde suçu işleyen kişinin genetik olarak hısm olmadığı durumlarda, failin nitelikli halden sorumlu olması mevcut düzenleme kapsamında mümkün görünmemektedir.

Bu kapsamda belirtilmelidir ki söz konusu kolaylığın var olduğu kabul edilirse, ilgili kolaylığın neden dördüncü derece kan veya kayın hısmı kuzenler⁷⁰ için bulunmadığı açıklanamamaktadır. Mevcut düzenlemede hısımlık, medeni hukukta yer alan hısımlık nedeniyle evlenme engellerinin yansımasıdır. Medeni hukuktaki söz konusu düzenlemenin temelleri ahlak ve neslin sağlığı olarak belirtilmektedir⁷¹. Bu iddialar ise ceza hukuku bakımından kabul edilebilir nitelikte değildir⁷². Bu düzenleme ile eşler arasında hısımlık ilişkisinin kurulmamasına bağlı (olay 1 ve 2) ve kayın hısımlığının evlilik birliği sona erdikten sonra devam etmesine bağlı (olay 3, 4 ve 5) sorunlar çözümlenmektedir. Ayrıca üveylik ilişkisi bakımından suçun “üvey çocuk” tarafından gerçekleştirilmesi ihtimaline kanunda yer verilmemesi kaynaklı eşitliğe aykırılık da giderilmektedir.

❖ TCK m.103/3 (c) : ~~Üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı ya da üvey baba, üvey ana, üvey kardeş veya evlat edinilen~~ **Mağdur ile sürekli veya geçici olarak birlikte yaşayan kişi** tarafından,

Çocukların Cinsel İstismarı Suçu”, *Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, yayımlanmamış yüksek lisans tezi, İstanbul, 2012, s.65.; Yargıtay, evlilik birliğinin tespitine ilişkin olarak, nüfus kayıtlarını temel almaktadır. Yarg. 14. CD., E.2013/1970, K. 2013/4971, T.25.04.2013.

⁶⁹ Soyaslan, s.259.; İnan, s.56.; Demir Yazar, s.99.

⁷⁰ Taner, s.206.; Nitekim Fransız Ceza Kanunu m. 222-31-1 (2)’de kuzenler arası cinsel saldırı ve cinsel istismar da “ensest” olarak tanımlanmaktadır.

⁷¹ Akıntürk/ Ateş, s.72-73.; Hatemi, söz konusu yasakların evrensel ahlak kuralı olduğunu belirtmektedir. Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s.53.

⁷² Kazım Furkan Ağkuş, “Ergin Yakın Akrabalar Arası Rızaya Dayalı Cinsel İlişkinin Cezalandırılmamasının Nedeni”, *İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, yayımlanmamış yüksek lisans tezi, İstanbul, 2019, s. 47-85.

Hısımlık üzerinden, cinsel saldırı düzenlemesindeki eleştirilerim geçerlidir. Bununla birlikte, cinsel istismar suçunda, 6545 sayılı Kanun değişiklikleri öncesi kayın hısımlığının bulunmaması öğretide unutmaya addedilmekle⁷³ birlikte, kanaatimce söz konusu düzenlemeye kayın hısımlığına yer verilmemesinin iki nedeni daha bulunabilir: gizli neslin sağlığı (öjenik) düşüncesi ve kanun koyucunun önerdiğim koruma, gözetim ve bakım ile birlikte yaşama ölçülerine benzer bir sınırlama koymak istemesi.

Bu öneri ile evlilik dışı birlikteliklerde (olay 10) partner tarafından gerçekleştirilen suçun niteliği sorunu ile üvey kardeş statüsüne sahip olmadıkları hâlde birlikte yaşayan (olay 6) kişiler tarafından gerçekleştirilen cinsel istismar sorunları çözüm bulmaktadır. Her ne kadar Alman öğretisinde, hayat partnerinin birliktelik süresinin değil, çocuğa yönelik sahip olduğu görev ve sorumluluk ilişkisinin dikkate alınması gerektiği belirtilse de⁷⁴; yaşanan ortam bakımından çocuğun karar vermesinin mümkün olmadığının göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Bu doğrultuda, çocuğun korunması bakımından “birlikte yaşam” ölçütünün daha etkili olacağı görüşüne katılmaktayım⁷⁵.

❖ TCK m.103/3 (d) : ~~Vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruyucu aile veya sağlık hizmeti veren ya da koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan kişiler, Koruma, bakım veya gözetimiyle yükümlülüğü nedeniyle ya da bu görevlerden birinin sürekli veya geçici olarak üstlenilmesi suretiyle mağdur üzerinde hüküm veya nüfuzu bulunan kişi tarafından,~~

Mağdurun koruma, bakım veya gözetimiyle yükümlü olan ya da bu görevlerden birini sürekli veya geçici olarak üstlenen kişi, mağdurun fiziksel veya ruhsal iyiliği için belirli bir süre bakımını üstlenen ki-

⁷³ Fevzi Elmas, “Çocukların Cinsel İstismarı”, *Fasikül Dergisi*, 2010, C.2, No:6, 28-30, s.29.; Taner, s.332.

⁷⁴ Theo Ziegler, “StGB § 174 Sexueller Mißbrauch von Schutzbefohlenen”, *BeckOK StGB*, Münih, 01.08.2020, kn. 5.

⁷⁵ Taner, s.334.

şidir⁷⁶. Failin mağdur üzerinde hüküm veya nüfuzunun bulunması gerekir⁷⁷. Bu hüküm veya nüfuzun ise belirli bir yoğunluğa ulaşması gerekir. Değerlendirmede süredense kişinin yetkisi ve sorumluluğu önem arz etmektedir⁷⁸. Bu doğrultuda, hüküm veya nüfuzun devamlılık göstermesi gerekmemektedir⁷⁹ ve tek seferlik ile geçici üstlenmelerin bu kapsamda değerlendirilemeyeceği şeklinde bir önkabul bulunmamalıdır⁸⁰. Söz konusu hüküm veya nüfuz, evlat edinme gibi, kanundan kaynaklanabileceği gibi, koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğünün üstlenilmesi durumunda da geçerliliğini sürdürecektir⁸¹. Aynı şekilde, mülga TCK'nın 417. maddesinde düzenlenen “*nezaret veya muhafazaları altına*” bırakma durumu da önerilen düzenlemenin kapsamındadır. Söz konusu muhafaza altına bırakılma veli veya vasi ile üçüncü kişi arasındaki sözleşmeden kaynaklanabileceği gibi, üçüncü kişinin mağdur üzerinde hüküm ve nüfuzu olması şeklinde de ortaya çıkabilir. Aynı şekilde düzenlemenin kapsamı, Fransız Ceza Kanunu'nun 222-24/4; 222-30/2; 222-33-III/8 maddelerinde yer alan “*mağdur üzerinde hukuken veya fiilen hâkimiyeti bulunan kişi*” tanımı ile paralel niteliktedir.

Mevcut düzenleme kapsamında, öğretide failin mağdur üzerinde sahip olduğu nüfuzu kötüye kullanması gerekmediği; belirtilen yükümlülüklerin bulunmasının yeterli olduğu belirtilmektedir⁸². Ancak kanaatimce, mağdur üzerindeki hüküm veya nüfuzunun ağırlığının belirli bir yoğunluğa ulaşması gerekmektedir. Bu durum nüfuzun kötüye kulla-

⁷⁶ Joachim Renzikowski, “StGB § 174 Sexueller Mißbrauch von Schutzbefohlenen”, *Münchener Kommentar zum StGB*, Ed. Klaus Mießbach, 2017, Münih, C.H. Beck, kn.23; Jörg Eisele, “StGB § 174 Sexueller Mißbrauch von Schutzbefohlenen”, *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch*, 2019, Münih, C.H. Beck, kn.9.

⁷⁷ Christian Laue, “StGB § 174 Sexueller Mißbrauch von Schutzbefohlenen”, *Nomos Kommentar, Dölling/Duttge/König/Rössner Gesamtes Strafrecht*, Baden-Baden, 2017, Nomos, kn.5,6.

⁷⁸ Ziegler, kn. 5.

⁷⁹ Memiş Kartal, *Türk Ceza Hukuku'nda Çocukların Cinsel İstismarı*, s.194.; Bostancı Bozbayındır, s.525.

⁸⁰ Aksi yönde Bkz. Renzikowski, kn.23.; Eisele, kn.9.; Laue, kn.5,6.

⁸¹ Ziegler, kn. 5.; Laue, 5,6.

⁸² Pakır, s.38.

nılmasından ziyade, hüküm veya nüfuzun ağırlığının belirlenmesine ilişkindir. Aynı şekilde, öğreti ve uygulamada ağırlıklı olarak hareketin mevcut ilişki sırasında gerçekleşmesi gerektiği kabul edilmektedir⁸³. Ancak katıldığı azınlık görüşü uyarınca, mağdurun faile olan güveninin devam edebileceği üzerinden hareketin gerçekleştirildiği zaman bakımından bir sınırlama yapılmamalıdır⁸⁴. Kanaatimce söz konusu belirleme failin mağdur üzerinde sahip olduğu hâkimiyet veya nüfuzun yoğunluğu üzerinden, etkinin devam edip etmediğine yönelik bir değerlendirmedir.

❖ TCK m.104/2: Suçun mağdurun ile arasında evlenme yaşı bulunan kişi koruma, bakım veya gözetimiyle yükümlülüğü nedeniyle ya da bu görevlerden birinin sürekli veya geçici olarak üstlenilmesi suretiyle mağdur üzerinde hüküm veya nüfuzu bulunan kişi tarafından işlenmesi hâlinde, şikâyet aranmaksızın, on yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

❖ TCK m.104/3: Suçun, evlat edineceği çocuğun evlat edinme öncesi bakımını üstlenen veya koruyucu aile ilişkisi çerçevesinde koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunan mağdur ile sürekli veya geçici olarak birlikte yaşayan kişi tarafından işlenmesi hâlinde, şikâyet aranmaksızın ikinci fıkraya göre cezaya hükmolunur.

Cinsel istismar ve reşit olmayanla cinsel ilişki suçlarında hısımlık ilişkilerinin birbirlerinden farklı olarak belirlenmesinin herhangi bir açıklaması bulunmamaktadır. Reşit olmayanla cinsel ilişki suçuyla korunan

⁸³ Artuk/ Gökçen/ Alşahin/Çakır, s.380.; Memiş Kartal, *Türk Ceza Hukuku'nda Çocukların Cinsel İstismarı*, s.192.; Akkaya, s.219.; Gündüz/ Gültaş, s.135.; Nazmi Küçükosmanoğlu, "Çocuğun Cinsel İstismarı Suçunun Türk Ceza Kanunu Kapsamında Değerlendirilmesi", *Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, yayınlanmamış yüksek lisans tezi, İstanbul, 2014, s.40.; Yarg. 14. CD., E.2018/10073, K.2019/9043, T.11.04.2019 : "...okulda ikinci dönem mağdurenin dersine girmediği dönemde eylemlerini gerçekleştiren sanığın..."; Yarg. 14. CD., E.2016/10994, K.2017/495, T.06.02.2017: "...eylemini gerçekleştirdiği tarihte mağdurenin biyoloji dersi almadığı için öğretmeni olmadığını...".

⁸⁴ Bostancı Bozbayındır, s.527-528.; Behiye Köse Şahin, "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlardan Çocukların Cinsel İstismarı", *Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, yayınlanmamış yüksek lisans tezi, Konya, 2009, s.68.; Damla Seçgin, "Çocukların Cinsel İstismarı Suçu", *Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, yayınlanmamış yüksek lisans tezi, Ankara, 2018, s.100.; Altaş, s.41-42.

herhangi bir hukuksal değer bulunmadığı ve söz konusu düzenlemenin ilga edilmesi görüşlerine katılmaktayım⁸⁵. Ancak ilgili düzenleme varlığını sürdürdüğü sürece hısımlığa ilişkin düzenlemelerinin değerlendirilmesi gerekmektedir. Cinsel saldırı ve cinsel istismar suçlarında hısımlığa ilişkin getirdiğim eleştirilere benzer olarak, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda “ensest” nitelik taşımayan ilişkilerde cezayı artıran nitelikli hâl söz konusu olmaktadır. Ayrıca mevcut düzenlemeler yukarıda belirtilen, kayın hısımlığının evlilik birliği sona erdikten sonra devam etmesine bağlı (olay 3, 4 ve 5); üveylik ilişkisinin belirlenmesine bağlı (olay 6), evlenmenin butlanı durumunda kayın hısımlığı ve erginliğin belirlenmesine bağlı (olay 7 ve 8), evlenme engellerinin kapsamına bağlı (olay 9) evlatlık ilişkilerinin belirlenmesine (olay 11) bağlı çelişkilere neden olmaktadır. Bu doğrultuda her iki düzenlemenin aynı şekilde düzenlenmesi önerilmektedir.

⁸⁵ Aksi yönde korunan hukuksal değerın karma nitelikte (çocuğun cinsel özgürlüğü ve çocuğun yararı) olduğu görüşü için Bkz. Handan Yokuş Sevik, “5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçları”, *Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi*, 2015, No:5, 280-305, s.295.; Korunan hukuksal değerin çocuğun cinsel dokunulmazlığı olduğu görüşü için Bkz. Memiş Kartal, “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki (TCK m.104)”, s.2086.

ZUSAMMENFASSUNG

Verwandtschaft als qualifizierte Fälle gegen die sexuelle Selbstbestimmung ist im türkischen Strafgesetzbuch (TStGB) gemäß Art. 102/3 (b) - (c), 103/3 (c) - (d), 104 / 2-3 und 105/2 (a) - (b) geregelt. Diese besonderen Verwandtschaftsbestimmungen sollten zivil- und strafrechtlich bewertet werden, da sich Bestimmungen, wie z. B. „Schwiegereltern, Pflegeeltern“, sich auf das türkische Zivilgesetzbuch (TBGB) beziehen.

Im Rahmen des Zivilrechts betreffen die Verwandtschaftsbestimmungen hauptsächlich das Ehe- und Erbrecht. Verwandtschaft kann im Ehe- und Verlobungsrecht als Eehindernis und im Erbrecht als Regel für die Entstehung und Kontinuität dieser Beziehungen angesehen werden. Diese Vorschriften beruhen sich auch überwiegend auf moralischen und eugenischen Überlegungen.

Die einschließlich verwandt oder verschwägert bis zum dritten Grad, Adoption, Stiefvater Beziehung und Eehindernisse werden in TStGB als qualifizierte Fallen gegen die sexuelle Selbstbestimmung geregelt. Die detaillierte Bewertung dieser Vorschriften im Vergleich zu den zivilrechtlichen Vorschriften führt jedoch zu den Problemen und Widersprüchen, die ich in dieser Arbeit festgestellt habe. Diese fraglichen Probleme und Widersprüche werden durch das Fehlen einer Verwandtschaft zwischen Ehepartnern, die Fortsetzung und die Ausweitung von Verwandtschaft und Ehe, die Hindernisse nach Ablauf der Ehe, den Umfang der Eehindernisse, die Verpflichtung der Lebenspartner zur Pflege und Überwachung, und die Adoption. Diese Probleme wurden während der gesamten Studie anhand von Fallstudien untersucht.

Im abschließenden Teil der Arbeit schlage ich verschiedene Änderungsanträge in TStGB vor. In diesem Zusammenhang empfehle ich zunächst die Abschaffung des TStGB Art. 102 / 3 (b). Diese Regelung ist nicht mit dem geschützten Rechtsgute der sexuellen Selbstbestimmung vereinbar zu sein und nicht zum Schutz des Opfers geeignet, weil die Richter nicht prüfen dürfen, ob der Täter und / oder das Opfer sich kannten und ob diese Beziehung einen echten Einfluss auf sexuelle Übergriffe hatte. Auch in der türkischen Strafrechtslehre wird hauptsächlich akzeptiert, dass die Verwandtschaft durch biologische Untersuchung festgestellt werden sollte. Diese Annahme zeigt, dass hinter diesen Vorschriften eine versteckte eugenische Überlegung steckt. Zweitens sollten in Bezug auf TStGB-Artikel 103/3 (c) qualifizierte Falle wie "Gegen eine Person, die bis zum

dritten Grad einschließlich verwandt oder verschwägert ist, oder gegen einen Stiefvater, eine Stiefmutter, ein Stiefgeschwister oder einen Adoptivelternteil“ aus dem Artikel gestrichen und ersetzt werden durch “von der Person, die dauerhaft oder vorübergehend zusammenlebt“ ersetzt werden. Mit dieser Regelung wird die Bestrafung des Lebenspartners wegen sexuellen Missbrauchs würde dem Gesetzlichkeitsprinzip entsprechen. Noch damit würde sexueller Missbrauch zwischen den Geschwistern, die nach zivilrechtlichem Recht keine rechtmäßige Stiefgeschwister sind, sondern aufgrund der Beziehung ihres Aszendenten zusammenleben, sich als ein qualifizierter Fall des sexuellen Missbrauchs von Kindern gelten. Drittens der Ausdruck “von dem Vormund, Erzieher, Betreuer, die Pflegefamilie oder Personen, die Gesundheitsdienste erbringen oder Schutz-, Pflege- oder Aufsichtspflichten haben“ in Artikel 103/3 (d) der TStGB sollten durch “ Die Person, die das Opfer tatsächlich oder moralisch beherrscht, indem sie vorübergehend oder dauerhaft für die Erziehung, den Ausbildung oder die Betreuung in der Lebensführung anvertraut“. Mit diesem Vorschlag würde die Kritik beseitigt, die ich in Bezug auf das Verbrechen des sexuellen Übergriffs geäußert habe, und Die Entscheidung würde über den Schaden getroffen, den das Opfer durch die Nähe zwischen Opfer und Täter erleiden könnte. Viertens sollte Artikel 104 / 2-3 des TStGB wie folgt umgestellt werden: „Wenn die Straftat von der Person begangen wird, die vorübergehend oder dauerhaft zur Erziehung, zur Ausbildung oder zur Betreuung in der Lebensführung des Opfers anvertraut ist oder eine dieser Aufgaben wahrnimmt, ist er ohne Beschwerde zu einer Freiheitsstrafe von zehn bis fünfzehn Jahren verurteilt. “ und “Wenn die Straftat von der Person begangen wird, von der Person, die dauerhaft oder vorübergehend zusammenlebt, wird die Strafe gemäß Absatz 2 verhängt, ohne eine Beschwerde zu beantragen.“ Mit diesem Vorschlag soll verhindert werden, dass unbillige Strafen aufgrund der unterschiedlichen Ehehindernisse und Verwandtschaftsverhältnisse gemäß Artikel 102, 103 TStGB entstehen.

KAYNAKÇA

- AĞKUŞ Kazım Furkan , “Ergin Yakın Akrabalar Arası Rızaya Dayalı Cinsel İlişkinin Cezalandırılmamasının Nedeni”, *İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, yayımlanmamış yüksek lisans tezi, İstanbul, 2019.
- AKÇİN İhsan , “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar”, *YD*, C.32, No.1-2, 2006, s.99-144.
- AKINTÜRK Turgut/ ATEŞ Derya , *Türk Medeni Hukuku: Aile Hukuku*, Beta, İstanbul, 2016.
- AKKAYA Çetin , *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar*, Adalet, Ankara, 2017.
- AKSOY Özgün Sinem , “Cinsel Saldırı Suçu (5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu m.102)”, *Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, yayımlanmamış yüksek lisans tezi, İstanbul, 2010.
- ALTAŞ Ebru , “Çocukların Cinsel İstismarı Suçu”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, yayımlanmamış yüksek lisanstezi, İzmir, 2009.
- ALTUN Volkan , “Türk Ceza Hukukunda Cinsel Saldırı Suçu”, *Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, yayımlanmamış yüksek lisans tezi, İstanbul, 2019.
- ARSLANTÜRK Mustafa , *Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar*, Seçkin, Ankara, 2017.
- ARTUK Mehmet Emin/ GÖKCEN Ahmet/ AL-ŞAHİN Mehmet Emin/ÇAKIR Kerim , *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Adalet, Ankara, 2019.
- ATAAY Aytekin , *Őahıřlar Hukuku*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1978.
- ATAMAN Erkan , “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar”, *Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Konya, 2011.

- AYDIN Murat , Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, Seçkin, Ankara, 2018.
- BALABAN Bedriye , "Türk Hukukunda Hısımlık ve Hısımlığın Medeni Usul ve İcra ve İflas Hukuku Bakımından Sonuçları", *Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Erzincan, 2014.
- BOZBAYINDIR Gül- , "Çocukların Cinsel İstismarı", *Özel Ceza Hukuku: Kişilere Karşı Suçlar 1*, C.2, On iki Levha, İstanbul, 2017, s.492-536.
- CENTEL Nur , "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı Suçu ve Cinsel Suçlar Değişiklik Tasarısı'nın Değerlendirilmesi", *TBBD*, 2012, No:99, 269-290.
- ÇINAR Ömer , "Hısımlıktan Doğan Evlenme Engeli ve Sonuçları", *Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009.
- DEMİR YAZAR Özlem , "Türk Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu", *Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Ankara, 2019.
- DENİZ Hüseyin , "Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı Suçu", *Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Ankara, 2016.
- DURAL Mustafa/ , *Türk Özel Hukuku: Aile Hukuku*, Filiz, İstanbul, 2016.
- ÖĞÜZ Tufan/GÜMÜŞ Alper
- DURSUN İsmail , "Cinsel Saldırı Suçu (TCK m.102)", *Legal Hukuk Dergisi*, 2013, C.11, No.130, s.3-36.
- DURSUN Selman , "Türk Ceza Hukuku'nda Cinsel Suçlara Genel Bir Bakış", *CHD*, 2014, C.9, No:24, 57-73.
- DÜLGER Murat , "Nitelikli Cinsel Saldırı Suçu", *İstanbul Barosu Dergisi*, 2006, C:80, No.2, 543-575.
- Volkan
- EISELE Jörg , "StGB § 174 Sexueller Mißbrauch von Schutzbefohlenen", *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch*, 2019, Münih, C.H. Beck.

- ELMAS Fevzi , “Çocukların Cinsel İstismarı”, *Fasikül Dergisi*, 2010, C.2, No:6, 28-30.
- ERDEM Mehmet , *Aile Hukuku*, Seçkin, Ankara, 2019.
- ERSÖZOĞLU Haydar , “Türk Hukukunda Çocuğun Cinsel İstismarı Suçu”, *Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Kocaeli, 2010.
- GÜL Kürşad , “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar”, *Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Ankara, 2010.
- GÜNDÜZ Remzi , *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar*, Bilge, Ankara, 2015.
- GÜNDÜZ Remzi/GÜL- , *Cinsel Suçlar (Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar)*,
TAş Veysel Bilge, Ankara, 2013.
- HATEMİ Hüseyin/ , *Aile Hukuku*, Vedat, İstanbul, 2016.
KALKAN OĞUZ-
TÜRK Burcu
- HATEMİ Hüseyin/ , *Aile Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.
SEROZAN Rona
- İKİZLER Metin , *Eolenmenin Hükümsüzlüğü*, Seçkin, Ankara, 2018.
- İNAN Onur , “Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı Suçu”, *Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Ankara, 2012.
- KANTARCI Nurullah , *Türk Ceza Hukukunda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu*, Adalet, Ankara, 2016.
- KARASEYFİOĞLU , “Umumi Adap Aleyhine Cürümlerden Irza Tasaddi
Mehmet Ali Suçu ve Uygulama”, *İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, yayımlanmamış yüksek lisans tezi, İstanbul, 1996.
- KARSLI Kahraman , “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Dokunul-
Serhat mazlığa Karşı Suçlar”, *Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Ankara, 2014.

- KAYA Funda , "Türk Ceza Kanunu'nda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu", *Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Gaziantep, 2016.
- KIRBAŞ CANİKOĞLU Seher , "Feminist Bir Perspektifle Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı Suçu", *Feminist Eleştiri*, C.5, No.1, 2013, s. 61-73
- KOCA Mahmut/ ÜZÜLMEZ İlhan , *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Adalet, Ankara, 2019.
- KORKUSUZ Gülşah , "Cinsel Saldırı Suçu", *İÜHF*, 2013, C.71, No.1, 815-854.
- KÖSE ŞAHİN Behiye , "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlardan Çocukların Cinsel İstismarı", *Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Konya, 2009.
- KURT Bülent , "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Düzenlenen Çocukların Cinsel İstismarı Suçu", *Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Konya, 2019.
- KÜÇÜKOSMA-NOĞLU Nazmi , "Çocuğun Cinsel İstismarı Suçunun Türk Ceza Kanunu Kapsamında Değerlendirilmesi", *Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, yayımlanmamış yüksek lisans tezi, İstanbul, 2014.
- KÜSKÜ Hamza , *Çocukların Cinsel İstismarı Suçunun Nitelikli Hali (TCK Md.103/2)*, Adalet, Ankara, 2020.
- LAUE Christian , "StGB § 174 Sexueller Mißbrauch von Schutzbefohlenen", *Nomos Kommentar, Dölling/Duttge/König/Rössner Gesamtes Strafrecht*, Baden-Baden, 2017, Nomos.
- MEMİŞ KARTAL Pınar , "Cinsel Saldırı", *Özel Ceza Hukuku: Kişilere Karşı Suçlar 1*, C.2, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- MEMİŞ KARTAL Pınar , "Reşit Olmayanla Cinsel İlişki (TCK m.104)", *AÜHFD*, 2016, C.65, No.4, 2083-2100.
- MEMİŞ KARTAL Pınar , *Türk Ceza Hukuku'nda Çocukların Cinsel İstismarı*, Der, İstanbul, 2014.

- MERAN Necati , “Cinsel İstismar ve Saldırı Suçlarında 6545 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler ve Yeni Yorumlar”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C.9, No.98, 2014, s.78-83.
- OĞUZOĞLU H. Cahit , *Medeni Hukuk I şahsın Hukuku*, Güzeli Sanatlar Matbaası, Ankara.
- ÖZBEK Veli Özer/ DOĞAN Koray/BACAĞK-SİZ Pınar , *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 2019, Ankara, Seçkin.
- ÖZEN Mustafa , *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 2019, Ankara, Adalet.
- ÖZGENÇ İzzet , *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2020, Seçkin, Ankara.
- PAKIR Yusuf , “Cinsel Saldırı Suçu”, *Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Konya, 2017.
- RENZIKOWSKI Joachim , “StGB ř 174 Sexueller Mişbrauch von Schutzbefohlenen”, *Münchener Kommentar zum StGB*, Ed. Klaus Miebach, 2017, Münih, C.H. Beck.
- SAVAşCI Bilgehan , *Çocukların Cinsel İstismarı Suçu*, Legal, İstanbul, 2012.
- SEÇĐN Damla , “Çocukların Cinsel İstismarı Suçu”, *Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Ankara, 2018.
- SİNEKÇİ İbrahim , “Cinsel Saldırı Suçu”, *Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Diyarbakır, 2015.
- SOYASLAN Doğan , *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 2018, Ankara, Yetkin.
- SÜMER Zeynep , “Türk Ceza Kanunu’nda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu”, *Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, yayımlanmamış yüksek lisans tezi, İstanbul, 2019.
- şARMAN Ceren , “Türk Ceza Kanunu’nda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu”, *Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, yayımlanmamış yüksek lisans tezi, İstanbul, 2012.

- ŞEN Ersan/BAŞARIR , “Ensest Mağdurlarından Birisi: Kadın”, *TBBD*, C.24, No.99, 2012, s.317-340.
Tuğçe
- ŞİMŞEK Alahattin , “Cinsel Saldırı ve Cinsel İstismar Suçlarının Hafif Şekli: Sarkıntılık”, (Çevrimiçi), <https://jur?x.com.tr/art?cle/3651>.
- ŞİŞMAN Sefa , “Cinsel Saldırı Suçu”, *Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Konya, 2010.
- TANER Fahri Gökçen , *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, Seçkin, Ankara, 2017.
- TEKİNAY Sulhi , *Aile Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1990.
- TEZCAN Durmuş/ERDEM Mustafa Ruhan/ÖNOK R. Murat TOROSLU Nevzat , *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 2019, Ankara, Seçkin.
- TUĞRUL Ahmet Ceylani/TUĞRUL Murat Ceylani , *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Suçlar & Ensest İlişkiler*, Detamat, Ankara, 2018.
- TURHAN Engin , “Türk ve Alman Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu”, *İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, yayımlanmamış yüksek lisans tezi, İstanbul, 2018.
- UÇAN Bünyamin , “Çocukların Cinsel İstismarı”, *Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Kocaeli, 2019.
- UYAR Didem , “Cinsel Saldırı Suçu”, *Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Ankara, 2016.
- ÜÇÜNCÜ Sevimnur , “Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar ve Özellikle Sarkıntılık”, *Karadeniz Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Trabzon, 2018.

- ÜNVER Yener , *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, 2003, Seçkin, Ankara.*
- VELİDEDEOĞLU H. , *Türk Medeni Hukuku: Aile Hukuku, Nurgök Matbaası, Veldet İstanbul.*
- YENERER ÇAKMUT , *“Kavramsal Olarak Kadına Karşı Şiddet/ Cinsel Şiddet ve Türk Ceza Hukukunda Cinsel Saldırı Suçunun Genel Değerlendirmesi”, Marmara Üniversitesi Kadın ve Toplumsal Cinsiyet Araştırmaları Dergisi, 2018, C.2, No.1, 49-54.*
- YENİDÜNYA A. Caner , *“5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar”, Legal Hukuk Dergisi, 2005, No:33.*
- YOKUŞ SEVÜK Handan , *“5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları”, TBBĐ, 2005, No:57, 243-282.*
- YOKUŞ SEVÜK Handan , *“5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçları”, Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, 2015, No:5, 280-305.*
- YOKUŞ SEVÜK Handan , *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin, İstanbul, 2019.*
- YURTCAN Erdener , *Yargıtay Kararları Işığında Cinsel Suçlar, Seçkin, Ankara, 2019.*
- ZIEGLER Theo , *“StGB Ő 174 Sexueller Mişbrauch von Schutzbefohlenen”, BeckOK StGB, Münüh, 01.08.2020.*

“Güvenli, Sistemli ve Düzenli Göç İçin Küresel Mutabakat” Üzerine Bir Değerlendirme

Eine Auswertung des globalen Paktes für eine sichere, geordnete und reguläre Migration

Dr. Esra Yılmaz Eren*

ÖZ

“Güvenli, Sistemli ve Düzenli Göç için Küresel Mutabakat”, dünya nüfusunun % 3.6’sını teşkil eden göçmenlerin haklarının korunması ve göç olgusunun uluslararası düzeyde çözüme kavuşturulması için geniş bir katılımı imzalanan ilk belgedir. İki yılı aşan hazırlık çalışmaları, her ülkenin sahip olduğu farklı göç şartlarına bağlı olarak oldukça tartışmalı geçen müzakere sürecine rağmen, geniş bir katılımı imzalanan Mutabakat, devletlerin göç olgusunu uluslararası düzlemde düzenleme iradelerini yansıtmaktadır. Göç konusunun kalkınma bakış açısıyla ele alınması, ülkelerin sınır yönetimi ve göçmen kabullüne ilişkin egemenlik haklarından kaynaklanan yetkilerini saklı tutmak istemeleri ve düzenli-düzensiz göç ayrımı gibi farklı tartışmalara konu olan hususların ele alındığı metin, göçmenlerin statü farklılığı gözetilmeksizin sahip olduğu haklara vurgu yapılması ve özellikle iklim ve afet kaynaklı göç olgularına yer verilmiş olması bakımından göç yönetiminde yeni bir aşamayı ifade etmektedir. Devletlerin en önemli çekincesini oluşturan bağlayıcılık hususu, metnin bağlayıcı olmadığı net bir biçimde belirtilmesiyle çözüme kavuşturulmuştur. Dört yılda bir yapılması planlanan “Küresel Göç İzleme Forumu” kapsamında Mutabakat metninin devletlerce uygulanmasının izlenmesi dışında da devletlere herhangi bir somut sorumluluk yüklenmemiştir.

Bugün, devletlerin büyük bir çoğunluğu uluslararası göç olgusunun daha iyi yönetilmesi gerektiğini ve aralarında işbirliği olmaksızın kendi başlarına bu hususun üstesinden gelemeyeceklerini kabul etmektedirler. Ancak hem ülkesel çıkarlar, dış ilişkiler, güvenlik ve ekonomik kaygılar gibi farklı sebeplerle hem de göçün kontrolü ve geri kabul gibi hususlardaki anlaşmazlıklar nedeniyle, devletler göçmenlere karşı olan sorumluluklarını göz ardı etmektedirler. Göç, insan hakları kuramının evrensel tanımlaması ile devlet egemenliğinin gerekleri arasında sıkışmış durumdadır.

* Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (eren@tau.edu.tr), ORCID: 0000-0001-5422-9247.

Mutabakatın mevcut haliyle bağlayıcı olmadığı, dolayısıyla kapsamlı ve etkili bir göç yönetimi oluşturmaktan uzak olduğu doktrinde sıklıkla ifade edilmektedir. Ancak mutabakat metinleri ve beraberinde getirdikleri işbirliği mekanizmaları, uzun vadede farklı çalışmalara kapı aralayabilmekte ve özellikle devletler dışındaki aktörlerin de sürece dahil edilmesi ve ek desteklerle, en azından mevcut kazanımların korunmasına katkı sağlayabilmektedirler. Bu bakış açısıyla Küresel Göç Mutabakatı, günümüzün en büyük sorunlarından birinin, uluslararası toplum olarak birlikte ele alınması çabasının sadece niyetini ve başlangıcını oluşturmaktadır. Devletlerin geniş desteği ile göçün uluslararası yönetimine zemin oluşturacak bir kapasiteye sahiptir ve gelecekteki bağlayıcı çalışmalar için uygun temeli oluşturmaktadır. Ayrıca Mutabakat, belirlediği her bir hedefin gerçekleştirilmesi için devletlerin kendi durumlarına en uygun olan usulü seçebilecekleri bir yol haritası ve seçenekler menüsü de sağlamaktadır. Ancak son tahlilde süreç, mevcut uluslararası taahhütlerine ek herhangi bir taahhüt altına girmek istemeyen ve sınır kontrolünü egemenlik yetkisi kapsamında değerlendiren devletlerin, söz konusu Mutabakat metninin hedeflerini nasıl hayata geçireceklerine yönelik çabalarıyla şekillenecektir.

Anahtar Kelimeler: *Küresel Göç Mutabakatı, New York Deklarasyonu, göç, BM 2030 Sürdürülebilir Kalkınma Gündemi, devletlerin ulusal egemenliği, insan hakları.*

“Global Compact on Safe, Orderly and Regular Migration” an Assessment

ABSTRACT

“The Global Compact on Safe, Orderly and Regular Migration”, is the first international document signed with broad participation to manage migration in international level and protect the rights of migrants, which constitute 3.6% of the world population. The Compact deals with various controversial subjects ranging from regulating migration from a development perspective to balancing the countries' desire to keep their authority arising from their sovereign rights regarding border management or preserving the distinction of regular and irregular migration. Moreover, the Compact reflects a highly innovative perspective by emphasizing the rights of migrants regardless of their status and recognizing disaster and climate change-related migration. The bindingness issue, which constitutes the most important reservation of the states, was resolved

with a clear statement, and no further concrete responsibility was imposed on the states other than monitoring the implementation of the Compact within the scope of the Global Migration Monitoring Forum.

Today most of the states accept that international migration urges to be managed by international cooperation. Nevertheless, due to different reasons as national interests, foreign relations, security and economic concerns, many conflicts arise between states regarding the responsibilities towards asylum seekers, migration control and readmission. Therefore activities of the states are stuck between the universal definition of human rights theory and the requirements of state sovereignty.

Although the Compact is criticized for not being binding in its current form and therefore being far from establishing a comprehensive and effective migration management, the compacts in general, and the cooperation mechanisms they bring with, can open the door to different studies in the long term. Especially by the inclusion of different actors, and additional support, compacts -at least- can conduce to the preservation of the current stage reached. In addition, with broad support from states, the Compact has the capacity to lay the ground for international management of migration, and provides the appropriate basis for future binding attempts. The Compact reflects the intention and the beginning of the effort to deal with one of the biggest problems of today as an international community. Thus it provides a roadmap and a menu of options from where States can choose the one that best fits their unique situation in order to achieve each goal it sets. However, in the final analysis, the process will be shaped by the efforts of the states -that do not want to make any further international commitments and see border control as a sovereign power- and how they will implement the objectives of the Compact.

Keywords: *Global Compact on Migration, New York Declaration, immigration, UN 2030 Sustainable Development Agenda, national sovereignty of states.*

GİRİŞ

Her yıl artan orandaki geniş çaplı göç hareketlerinin¹ tüm sınırları aşan nitelikte politik, ekonomik, sosyal ve insani sonuçları bulunmak-

¹ Uluslararası Göç Örgütü'nün verilerine göre tüm dünya nüfusunun % 3.6'sını oluşturan yaklaşık 280.6 milyon insanın göçmen olduğu ifade edilmektedir.

tadır. Buna rağmen insan hareketliliği bağlamında en geniş kavram olarak ifade edilebilecek olan “göç” ve “göçmenlik” hususlarında bağlayıcı nitelikte uluslararası bir düzenleme bulunmamaktadır. Öte yandan özellikle son yıllarda yaşanan kitlesel akınlar esnasında şahit olunan dramlar, teknolojik imkânlar neticesinde tüm dünya kamuoyu tarafından izlenmiş ve kısmi de olsa bir farkındalık oluşmuştur². Bu farkındalık sadece toplumlar gözünde değil, devletler düzeyinde de göç olgusunun çözüme kavuşturulmasının ancak küresel ölçekte gerçekleştirilecek adımlarla mümkün olabileceğini ve ev sahibi ülkelere destek olmak için daha fazla uluslararası işbirliğine ihtiyaç bulunduğunu göstermiştir. Buna karşın göç ve mültecilik hususları devlet çıkarları ve insan hakları bağlamında pek çok çatışmaya sahip olan alanlar olarak görülmektedir. Özellikle kişilerin vatanında ya da yabancı olmalarından, başka bir deyişle statülerinden bağımsız olarak sahip oldukları insan hakları ile devletlerin göç olgusuna egemenlik yetkilerinden kaynaklanan ülkesel veya kategorik sınırlar koymak istemeleri en başat çatışmalardan birini teşkil etmektedir³.

Bu çalışma kapsamında göç alanında uluslararası nitelikte ilk düzenleme olan ve oldukça geniş katılımı bir BM Genel Kurul kararı olarak kabul edilen “Güvenli, Sistemli ve Düzenli Göç İçin Küresel Mutabakat” incelenmiştir. Çalışmanın ilk bölümünde Küresel Göç Mutabakatının hazırlanması süreci, özellikle New York Deklarasyonu bağlamında

https://migrationdataportal.org/?i=stock_abs_&t=2020, (Erişim tarihi: 10 Şubat 2021).

² Ege kıyılarında bulunan Aylan bebek (Anne Bernard/Karam Shoumali, “*Image of Drowned Syrian, Aylan Kurdi, 3, Brings Migrant Crisis Into Focus*”, New York Times, 3 Eylül 2015, <https://www.nytimes.com/2015/09/04/world/europe/syria-boy-drowning.html>, Erişim Tarihi: 29.03.2021) veya Macar gazetecinin sınırı geçmeye çalışan mülteciye çelme takması (“Hungarian camera woman filmed kicking refugees apologizes”, <https://www.dw.com/en/hungarian-camera-woman-filmed-kicking-refugees-apologizes/a-18708440>, Erişim tarihi: 29 Mart 2021) gibi haberler çok hızlı bir biçimde viral hale gelmiş ve uluslararası kamuoyunda mültecilerin yaşadıkları şartlara ilişkin bir farkındalık oluşmuştur.

³ Sandra Lavanex, “The UN Global Compacts on Migration and Refugees- A Case for Experimentalist Governance?”, *Global Governance*, 2020, C. 26, 673-696, s. 678.

ele alınacaktır. İkinci bölümde ise Mutabakat metninin içeriği, hukuki statüsü, göç hususuna ilişkin getirdiği yenilikler ve temel düzenlemeler konu edilmiştir. Son bölüm, Mutabakatı kabul eden ve imzalamayı reddeden devletlerin, göçün uluslararası düzeyde bağlayıcı bir hukuki yapıya kavuşturulamamasının temel nedenini de oluşturan, egemenlik yetkilerine ilişkin argümanları karşısında, Küresel Göç Mutabakatının nasıl bir göç rejimi kurmayı amaçladığına ve bu alandaki eksikliklere odaklanmaktadır.

I. Küresel Göç Mutabakatı'na Giden Süreç

“Güvenli, Sistemli ve Düzenli Göç İçin Küresel Mutabakat”ı (Küresel Göç Mutabakatı-KGM) oluşturan aşamalar incelendiğinde, 90’lı yıllara kadar salgın hastalıklar, uluslararası ticaret ve iklim değişikliği gibi sınır aşan özellikler gösteren pek çok alanda, devletlerin Birleşmiş Milletler (BM) aracılığıyla ortak kurumsal işbirlikleri gerçekleştirdikleri, buna karşın uluslararası göçe ilişkin resmi ya da yeknesak bir çerçeve belirlenmemiş olduğu görülmektedir⁴. Bunun temel nedeni BM’nin üye devletler arasında bu alanda harekete geçilmesine ilişkin siyasi bir irade göremeyişidir⁵. Öte yandan son yirmi yılda uluslararası göç alanında diyalog ve ortak çalışmaları içeren bir takım girişimlerin gerçekleştiği göze çarpmaktadır⁶. *Tüm Göçmen İşçilerin ve Ailelerinin Haklarının Korunmasına Dair BM*

⁴ Michele Klein-Solomon/Suzanne Sheldon, “The Global Compact for Migration: From the Sustainable Development Goals to a Comprehensive Agreement on Safe, Orderly and Regular Migration”, *International Journal of Refugee Law*, 2018, C. 30, S. 4, 584-590, s. 585.

⁵ Alexander Betts, “Introduction: Global Migration Governance”, *Global Migration Governance*, Editör: Alexander Betts, OUP, 2011, 1-29. Buna rağmen son 20 yılda uluslararası göçün yönetimine ilişkin belli adımlar atılmıştır. Kısa bir tarihçe için Bkz. Sandra Lavanex, “Migration Governance in the UN: What is the Global Compact and What does it mean?”, Queen Mary University of London, School of Law Legal Studies Research Paper No. 252/2017; Pauline Melin, “The Global Compact for Migration: Lessons for the Unity of EU Representation”, *European Journal of Migration and Law*, 2019, C. 21, S. 9, 194-214.

⁶ Bkz. “Migration and Human Rights: Improving Human Rights-Based Governance of International Migration, OHCHR, 2011; Kathleen Newland, “The

*Sözleşmesi*⁷, bütün göçmenlerin sahip olması gereken temel hakları düzenleyerek bu alanda önemli bir boşluğu doldurmuştur. Ancak sözleşmenin başta kuzey ülkeleri olmak üzere pek çok ülke tarafından imzalanmamış olması (çoğunlukla ilgili devletlerde halihazırda bulunan düzensiz göçmenlere haklar tanıyacağı gerekçesiyle) uluslararası platformda istenen etkiyi doğurmasını da engellemiştir⁸. Öte yandan göç olgusunun insan ticareti ve göçmen kaçakçılığı boyutu ise BM tarafından hazırlanan sözleşmeler ile ceza hukuku bağlamında düzenlenmiştir⁹. Ayrıca BM İnsan Hakları Komisyonu tarafından 1999 yılında göçmenlerin insan hakları alanında çalışmak üzere Özel Raportörlük kurulması da bu alandaki bir başka önemli gelişmedir¹⁰. Sayılanlara ek olarak; BM'nin 2000li yıllarda

Governance of International Migration: Mechanisms, Processes, and Institutions", *Global Governance*, 2010, C. 16, S. 3, 331-343.

⁷ UN General Assembly, International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, 18 December 1990, A/RES/45/158, <https://www.refworld.org/docid/3ae6b3980.html>.

⁸ Bkz. *Migration and Human Rights- The United Nations Convention on Migrant Workers' Rights*, Editörler: P. De Guchteneire/ A Pecoud/R. Cholewinski, CUP, 2008.

⁹ Sınırşan Organize Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, (United Nations Convention against Transnational Organized Crime, BM 55/25 sayılı Genel Kurul kararı ile 15 Kasım 2000'de kabul edilmiş, 29 Eylül 2003'te yürürlüğe girmiştir) ve bu Sözleşmenin Protokolleri olan "İnsan Ticaretini, Özellikle Kadın ve Çocuk Kaçakçılığını Önleme, Bastırma ve Cezalandırma Protokolü" (Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons Especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime, BM 55/25 sayılı Genel Kurul kararı ile 15 Kasım 2000'de kabul edilmiş, 25 Aralık 2003'te yürürlüğe girmiştir), "Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol" (The Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, BM 55/25 sayılı Genel Kurul kararı ile 15 Kasım 2000'de kabul edilmiş, 28 Ocak 2004'de yürürlüğe girmiştir).

¹⁰ Commission on Human Rights Resolution 1999/44, 27 Nisan 1999. Özel rapor-törün görevi İnsan Hakları Komisyonu'nun 2002/62 ve 2005/47 sayılı kararlarıyla ve sonra göreve başlayan İnsan Hakları Konseyi'nin 8/10, 17/12 ve 26/19 sayılı kararlarıyla 3'er yıllık periyotlar halinde uzatılmıştır. Özel rapor-törün ilk görevi "özellikle kadınlar, çocuklar ve kayıt dışı ve düzensiz durumda olanların hassasiyetlerini dikkate alarak, göçmenlerin insan haklarının etkili bir biçimde korunmasının önündeki engellerin üstesinden gelmek için gerekli yolları bulmak" olarak

göç hususunu özellikle kalkınma alanında gerçekleştirilen uluslararası düzeydeki farklı girişimler bağlamında ele aldığı da görülmektedir¹¹. Bu

tanımlanmıştır. Bkz. Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants, Purpose of the mandate, <https://www.ohchr.org/EN/Issues/Migration/SRMigrants/Pages/SRMigrantsIndex.aspx> (Erişim tarihi: 29.01.2021).

- ¹¹ Göç alanında uluslararası düzeydeki önemli yapı taşlarını oluşturan girişimler periyodik olarak şu şekilde sıralanabilir: 2001’de kurulan ve devletlerarasında gelişmiş bir işbirliği yoluyla bölgesel ve küresel düzeyde göçün daha iyi yönetilmesine odaklanan bir danışma süreci oluşturmayı hedefleyen “*Bern Girişimi*” (<https://www.iom.int/berne-initiative> (Erişim tarihi: 27 Aralık 2020) Ayrıca Bkz. Bu girişim tarafından hazırlanan *The Berne Initiative, Report “An International Agenda for Migration Management”*, Switzerland: State Secretariat for Migration (SEM), (Bern, 2-3 Temmuz 2003), Ağustos 2003, <https://www.refworld.org/docid/4034e8da4.html> (Erişim tarihi: 27.12.2020); 2002 yılından itibaren BM Ekonomik ve Sosyal İşler Daire Başkanlığı’nın göç alanındaki gelişmeleri ve verileri paylaştığı periyodik yayınlanan *Uluslararası Göç Raporları*, Raporlar için Bkz. <https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/data/index.asp> (Erişim tarihi: 27.12.2020); Uluslararası göçü ele alan ilk küresel panel olma özelliğine sahip olan ve 2003-2005 yılları arasında görev yapan *BM Uluslararası Göç Küresel Komisyonu*, Bkz. <https://www.iom.int/global-commission-international-migration> (Erişim tarihi: 27 Aralık 2020), Komisyon tarafından uluslararası göçe ilişkin sorunları tespit etmek ve önerilerde bulunmak için hazırlanan ve BM Genel Sekreterliğine sunulan rapor için Bkz. *Migration in an Interconnected World: New Directions for Action- Report of the Global Commission on International Migration*, https://www.iom.int/jahia/webdav/site/myjahiasite/shared/shared/main-site/policy_and_research/gcim/GCIM_Report_Complete.pdf (Erişim tarihi: 27 Aralık 2020); BM Genel Kurulu 58/208 sayılı ve 23 Aralık 2003 tarihli kararıyla altmış birinci oturumunda uluslararası göç ve kalkınmanın çok boyutlu yönlerini tartışmak ve kalkınma faydalarını en üst düzeye çıkarmak ve olumsuz etkilerini en aza indirmek için uygun yolları belirlemek amacıyla uluslararası göç ve kalkınmaya üst düzey bir diyalog ayırmaya karar vermiş ve *BM Uluslararası Göç ve Kalkınma Üzerine Yüksek Düzeyli Diyalog kurulmuştur*. (Bkz. <https://www.iom.int/united-nations-high-level-dialogue-international-migration-and-development-hld> (Erişim tarihi: 27.12.2020); 2006 yılında BM Genel Sekreteri tarafından kurulan *Küresel Göç Grubu*, Uluslararası Göç Örgütü (IOM) ve Birleşmiş Milletler sisteminin göçle bağlantılı birimlerini içeren (Dünya Bankası, BMMYK, BM Eğitim, Bilim ve Kültür Örgütü-UNESCO, BM

bakış açısıyla, 2015 yılında hükümetler, “*Dünyamızı dönüştürmek: 2030 Sürdürülebilir Kalkınma Gündemi*”¹² ni kabul ederek, statülerden bağımsız olarak herkesin temel insan haklarını güvence altına alınmasını ve ekonomik, sosyal ve çevresel kalkınmayı dengelemeyi amaçlamışlardır. 2030 *Sürdürülebilir Kalkınma Gündemi* “Devletlerarasındaki eşitsizliklerin azaltılması” başlıklı Hedef 10.7 bağlamında da devletler, “Planlı ve iyi yönetilen göç politikalarının uygulanmasıyla insanların muntazam, güvenli, düzenli ve sorumlu bir biçimde göç etmesi ve yer değiştirmelerinin kolaylaştırılması”¹³ ni taahhüt etmişlerdir¹³. Bu taahhüt esasen sadece 2030 *Gündemi*'nin göç bileşeninin temelini oluşturmakla kalmayıp, aynı zamanda göç konusunda harekete geçilmesi için uluslararası kamuoyuna kapsamlı bir çağrı anlamına da gelmektedir¹⁴. Zira göç konusu içerisinde yer alan belli hususlar yukarıda ifade edildiği şekliyle farklı uluslararası anlaşmalarla düzenlenmiş olsa da¹⁵, göçü tüm yönleriyle kapsamlı bir bi-

Çocuklara Yardım Fonu- UNICEF, Uluslararası Göç Örgütü- ILO, Dünya Sağlık Örgütü- WHO, BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği-OHCHR, BM Nüfus Fonu- UNFPA, BM Uyuşturucu ve Suç Ofisi-UNODC, BM Üniversitesi- UNU) ve göçle ilgili bölgesel ve uluslararası normların ve araçların daha yaygın bir şekilde uygulanmasını ve daha tutarlı, kapsamlı ve iyi koordine edilmiş kurumlar arası yaklaşımların benimsenmesini teşvik eden bir kurumlar arası koordinasyon mekanizması olarak görev yapmaktadır. <http://www.globalmigrationgroup.org/> (Erişim tarihi: 27 Aralık 2020); 2007'den beri ülke temsilcileri arasında periyodik toplantılar organize eden *Küresel Göç ve Kalkınma Forumu* Bkz. <https://www.gfmd.org> (Erişim tarihi: 27 Aralık 2020).

¹² UN General Assembly Resolution 70/1, “Transforming Our World: The 2030 Agenda for Sustainable Development”, Seventieth session, Agenda items 15 and 116, 25 Eylül 2015.

¹³ 2030 Sürdürülebilir Kalkınma Hedefleri için Bkz. <https://open.undp.org/sustainable-development-goals> (Erişim tarihi: 27 Aralık 2020).

¹⁴ Solomon/Sheldon, s. 584.

¹⁵ İnsan ticaretine ilişkin Palermo Protokolleri, göçmen kaçakçılığı bağlamında Sınırışan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, göçmenlerin çalışma haklarına ilişkin hususlarda Uluslararası Çalışma Örgütü'nün ilgili sözleşmeleri ve Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme gibi. Bkz. dn. 10.

çimde ele alan ve hukuki bir çerçeve çizen uluslararası bir sözleşme bulunmamaktadır¹⁶.

A. New York Deklarasyonu

Göçmen ve mülteci hareketlerine yönelik olarak yıllar içerisinde gerçekleşen bu çalışmaların ışığında Eylül 2016'da 193 üye devletin katılımıyla küresel düzeyde gerçekleşen BM Genel Kurulu'nda, "New York Mülteciler ve Göçmenler Deklarasyonu"¹⁷ kabul edilmiştir. Deklarasyon'un kabul edilmesiyle birlikte devletler, BM Şart metninde yer alan ilkeler ve İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin yanı sıra bir dizi temel insan haklarını düzenleyen anlaşmayı da teyit etmişlerdir. Devletler, bu metne imza atarak hak temelli bir bakış açısıyla ve statü ayrımı yapılmaksızın tüm göçmenler ve mültecilerin güvenliklerinin, onurlarının ve insan haklarının korunmasını, kadınlar ve çocuklara yönelik özel önlemler alınmasını (eğitim, iş imkanı, gözaltının engellenmesi) ve geri dönüş-geri kabul de dahil olmak üzere güvenli, sistemli ve düzenli göçün sağlanması için ortak çalışmayı taahhüt etmişlerdir¹⁸. Bu metinle, aynı zamanda büyük çaplı mülteci ve göçmen hareketlerinde, tüm uluslararası toplumun ortak sorumluluğu bulunduğu da kabul edilmiş olmaktadır ve bu bağlamda çok sayıda mülteci ve göçmene ev sahipliği yapan ülkelere destek verilmesi de kararlaştırılmıştır¹⁹.

¹⁶ Solomon/Sheldon, s. 585; Betts, s. 3-5; Elspeth Guild/Stephanie Grant, *What Role for the EU in the UN Negotiations on a Global Compact on Migration?*, CEPS Research Report 2017/05, Brussels, 2017, s. 1.

¹⁷ BM Genel Kurul Kararı, "Draft resolution referred to the high-level plenary meeting on addressing large movements of refugees and migrants by the General Assembly at its seventieth session New York Declaration for Refugees and Migrants", A/71/L.1, 13 Eylül 2016.

¹⁸ Elspeth Guild/Stefanie Grant, *Migration Governance in the UN: What is the Global Compact and What does it mean?*, Queen Mary University of London, School of Law, Legal Studies Research Paper No: 252, 2017, s. 2.

¹⁹ New York Deklarasyonu Bkz. <https://www.unhcr.org/57e39d987> (Erişim tarihi: 28 Aralık 2020). KGM'ye gelen süreçte neler olduğuna ilişkin detaylı analiz için Bkz. Solomon/Sheldon, ss. 584-590.

Deklarasyon kapsamında devlet yetkilileri hem mülteciler hem de göçmenler için geçerli olan bir dizi taahhüt yanında, mülteciler ve göçmenler için ayrı ayrı taahhütlerde de bulunmuşlardır²⁰. Bu bağlamda göç ve mültecilik hususlarına kapsamlı bir yaklaşım ihtiyacının altını çizerek, ülkelerine gelen tüm kişiler –özellikle kitleler halinde gelen kişiler- için insancıl, onurlu, cinsiyete duyarlı ve hızlı bir karşılama yanında, insan haklarına ve temel özgürlüklerine saygı ile koruma sağlayacaklarını beyan etmişlerdir (para. 22).

Deklarasyon, sadece statülerine bakılmaksızın tüm göçmenlerin insan haklarının korunacağını taahhüt etmekle kalmayıp, konsolosluk koruması da dahil olmak üzere koruma, destek ve işbirliği sağlanacağına da dikkat çekmektedir (para. 42). Burada konsolosluk korumasından esasen konsolosluk görevlilerinin yurtdışındaki vatandaşlarını korumaya ilişkin haklarını ve devletlerin bu görevlilere karşı sorumluluklarını belirleyen “Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi” kastedilmektedir²¹. Konsolosluk ilişkileri bağlamında korunmanın, Deklarasyon’un ikinci taahhüdü olarak konumlandırılmasıyla²², herkesin (vatansız ko-

²⁰ Doktrinde yaşanan kitlesel akınlarda çoğunlukla sığınmacıların “karma” biçimde sığınma aradığı ve göç ve mültecilik konularının iki ayrı metinle ele alınmasının sığınmacılar bakımından koruma boşlukları (*protection gaps*) oluşturacağı ifade edilmektedir. Konuya ilişkin detaylı analiz için Bkz. Volker Türk/Rebecca Dowd, “Protection Gaps”, *The Oxford Handbook of Refugee and Migration Studies*, Editörler: Elena Fiddian-Qasimiyeh/ Gil Loescher/ Kathy Long/ Nando Sigona, Oxford, 2014, 278-289; Madeline Garlick/Claire Inder, “Protection of Refugees and Migrants in the Era of the Global Compacts- Ensuring Support and Avoiding Gaps”, *International Journal of Postcolonial Studies*, 2021, C. 23, S. 2, 207-226; Cathryn Costello, “Refugees and (Other) Migrants: Will the Global Compacts Ensure Safe Flight and Onward Mobility for Refugees?”, *International Journal of Refugee Law*, 2018, C. 30, S. 4, 643-649.

²¹ Privileges and Immunities, Diplomatic and Consular Relations, 6. Vienna Convention on Consular Relations, United Nations, Treaty Series, Vol. 596, p. 261. 18 Nisan 1961 Tarihli Diplomatik ilişkiler Hakkındaki Viyana Sözleşmesine Katılmamızın Uygun Bulduğuna Dair Kanun, RG: 12.09.1984-18513.

²² New York Deklarasyonu “III. Commitments for migrants: para 41: “We commit

numda olanlar hariç tutulursa) bir devletin resmi vatandaşı olduğu vurgulanmış olmaktadır²³. Her ne kadar devletlerin yurtdışında bulunan vatandaşlarına konsolosluk ilişkileri kapsamında koruma sağlamaları, uluslararası hukuk bağlamında yerleşik bir uygulama olsa da göçmenlerin insan haklarının korunması noktasında konsolosların yetkilerinin geniş yorumlanması daha önce gündeme getirilmemiştir²⁴. Bu nedenle Deklarasyon'da göçmenlerin korunması bağlamında konsolosluk ilişkilerinin de kullanılabilceğinin belirtilmesi önemli bir taahhüt anlamına gelmektedir²⁵.

Deklarasyon metni incelendiğinde; metnin öncelikle amaçlarının sayıldığı paragraflarda *“Hayat kurtarmaya kararlıyız. Mücadelemiz her şeyden önce ahlaki ve insani. Uzun vadeli ve sürdürülebilir çözümler bulmaya kararlıyız. Savunmasız durumda bulunan sayısız mülteci ve göçmenin uğradığı istismar ve sömürü ile elimizdeki tüm imkanlarla mücadele edeceğiz”* şeklinde güçlü ifadelerle metne başlandığı görülmektedir²⁶. Büyük çaplı mülteci hareketlerine cevap vermede kilit unsurlardan biri olan yük paylaşımı da metnin hemen başında yer almakta ve büyük mülteci ve göçmen hareketlerini insancıl, duyarlı, şefkatli ve insan merkezli bir şekilde yönetmek için ortak bir sorumluluğun varlığı kabul edilmektedir. Ayrıca menşe veya vatandaşlık, transit ve varış ülkeleri arasındaki işbirliğinin önemine

to safeguarding the rights of, protecting the interests of and assisting our migrant communities abroad, including through consular protection, assistance and cooperation, in accordance with relevant international law”.

²³ Guild/Grant, “Migration Governance”, s. 4.

²⁴ ibid, s. 4.

²⁵ Ölüm sırasında bekleyen göçmenlere ilişkin olarak verilen bir dizi kararda Uluslararası Adalet Divanı, vatandaşlarından birinin tutuklanması halinde ilgili vatandaşlık devletine bu konunun bildirilmesine ilişkin bir sorumluluk olduğundan bahsetmekte, dolayısıyla konsolosluk ilişkilerini işlevsel hale getirmekte ancak söz konusu bildirim herhangi bir insan hakkı ile bağlantılandırılmamaktadır. Guild/Grant, “Migration Governance”, s. 4. Bkz. UAD, LaGrand Case (Germany v. United States of America), 27 Haziran 2001, <https://www.icj-cij.org/en/case/104>, (Erişim tarihi: 11 Şubat 2021); UAD, Avena and other Mexican Nationals Case (Mexico v. United States of America), 31 Mart 2004, <https://www.icj-cij.org/en/case/128>, (Erişim tarihi: 11 Şubat 2021).

²⁶ New York Deklarasyonu, para. 10.

dikkat çekilmekte ve bu hareketlerin, devletlerin uluslararası hukuk kapsamındaki yükümlülüklerine uygun olarak kapsamlı politika desteği, yardımı ve korumasına sahip olması gerektiği vurgulanmaktadır (para. 11).

New York Deklarasyonu' nun getirdiği bir başka yenilik ise Uluslararası Göç Örgütü'nü (UGÖ) resmi olarak küresel çapta bir kuruluş olarak belirlenmesi ve BM ile yakın işbirliğinin temin edilmesi olarak görülmektedir²⁷. Deklarasyon ile devletler göçün küresel çapta yönetilmesi taahhüdü altına girerken, bu noktada anahtar rol oynayacak UGÖ da yapılan anlaşma ile *ilgili kuruluş (related agency)* olarak kabul edilmiş ve BM ile daha yakın çalışmalar yapmasını sağlayacak bir hukuki yapıya kavuşturulmuştur²⁸. Böylece BM Genel Sekreterliği ve UGÖ'nun müzakereleri ortaklaşa biçimde yürüteceği kararlaştırılmıştır. BM Genel Sekreterliği kapasite ve destek sağlamayı taahhüt ederken, UGÖ ise stratejilerin belirlenmesinde bu alandaki teknik bilgisi ve tecrübelerini aktaracaktır²⁹. Ayrıca KGM'nin müzakere aşamalarının yöntemi ve sürecin nasıl ilerleyeceğine ilişkin usul ve esaslar da BM Genel Kurulu kararı ile belirlenmiştir³⁰.

New York Deklarasyonu ile devletlerin, mültecilerin ve göçmenlerin insan haklarına saygı gösterme yükümlülüklerini yeniden teyit ettikleri ve büyük çaplı göçmen ve mülteci akınına maruz kalan ülkelere güçlü bir destek verme taahhüdünde buldukları görülmektedir. Bu taahhüdü hayata geçirebilmek amacıyla *Güvenli, Sistemli ve Düzenli Göç için*

²⁷ UN General Assembly Resolution 70/296, Agreement concerning the Relationship between the United Nations and the International Organization for Migration, 25 Temmuz 2016, (Özellikle Bkz. m. 2: "The United Nations recognizes the International Organization for Migration as an organization with a global leading role in the field of migration"(...))

²⁸ UN General Assembly, A/70/976, Agreement concerning the Relationship between the United Nations and the International Organization for Migration, 8 Temmuz 2016, https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/70/976 (Erişim tarihi: 13 Ocak 2021).

²⁹ New York Deklarasyonu, EK II, para. 12.

³⁰ UN General Assembly Resolution 71/280, Modalities for the Intergovernmental Negotiations of the Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration, 17 Nisan 2017.

Küresel Mutabakatın ve Küresel Mülteci Mutabakatının kabul edilmesi için çalışmayı kabul etmişlerdir³¹. Anılan çerçevede mutabakatlara ilişkin çalışmalar Nisan 2017’de başlamış ve taslak metinler kamuoyu ile payderpey paylaşılmıştır³². Nihai metin 10-11 Aralık 2018’de Fas’ta gerçekleşen hükümetlerarası konferansta onaylanmış ve nihayet 19 Aralık’ta da BM Genel Kurulu tarafından bir karar (*resolution*) olarak kabul edilmiştir³³.

B. Avrupa Birliği’nin Küresel Göç Mutabakatı Karşısındaki Tutumu

Avrupa Birliği (AB) özellikle son yıllarda artan göçmen hareketliliği karşısında göçe sebep olan olgulara ilişkin çalışmalar yapmaktan, insan ticareti ve göçmen kaçakçılığına ilişkin önlemler almaya kadar uzanan geniş bir çerçevede stratejiler üretmeye çalışmıştır. Bu stratejiler sadece Birlik üyesi devletlerin katılımı ile şekillenmemiş, üçüncü ülkelerle ve BM gibi uluslararası kuruluşlarla yapılan işbirlikleri ile süreç yönetilmiştir. Bu çalışmalar neticesinde 2017 yılında “Kalkınma Üzerine Avrupa Mutabakatı”³⁴ kabul edilmiş ve bu mutabakat metninde küresel bir sorun haline gelmiş olan göç olgusuna, uluslararası düzeyde bir çözüm bulma

³¹ Jane McAdam, “The Global Compacts: A New Era for International Protection?”, *International Journal of Refugee Law*, 2018, C. 30, S. 4, 571-574, s. 572.

³² Zero Draft of the Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration, 5 Şubat 2018, <https://refugeesmigrants.un.org/gcm-zero-draft> (Erişim tarihi: 08 Ocak 2021); Zero Draft Plus of the Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration, 5 Mart 2018, <https://refugeesmigrants.un.org/zero-draft-plus> (Erişim tarihi: 08 Ocak 2021) ve Final Draft of the Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration, 11 Temmuz 2018, https://refugeesmigrants.un.org/sites/default/files/180711_final_draft_0.pdf, (Erişim tarihi: 08 Ocak 2021).

³³ UN General Assembly Resolution A/73/195, Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration, 19 Aralık 2018. https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_RES_73_195.pdf (Erişim tarihi: 6 Şubat 2021).

³⁴ Joint Statement by the Council and the Representatives of the Governments of the Member States meeting within the Council, the European Parliament and the European Commission, Official Journal of the European Union, (2017/C 210/01), 30.6.2017. [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:42017Y0630\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:42017Y0630(01)&from=EN) (Erişim tarihi: 05 Ocak 2021).

amacı taşıyan KGM'nin hazırlanmasının desteklenmesi kararlaştırılmıştır (para. 40). AB, Mutabakatın müzakere sürecine AB delegasyonunun, AB'nin beyanlarını BM'de iletmesi suretiyle aktif olarak katılmış, AB ve üye devletlerin ortak bir pozisyon belirledikleri ve müzakerelerin bu şekilde ilerlediği sıklıkla deklare edilmiştir³⁵. Bu noktada AB'nin BM üyesi olmaması nedeniyle KGM müzakere sürecine katılımı doktrinde tartışılan bir husus haline gelmiştir. Esasen, KGM'nin müzakere aşamalarına tüm devletlerin, Genel Kurul'da gözlemci statüsü bulunan tüm uzman kuruluşların ve daimi daveti (*standing invitation*) bulunan tüm paydaşların olabildiğince dahil edilmesi istenmiştir³⁶. Bu bağlamda AB de bölgesel bir aktör olması hasebiyle daimi statü sahibi olarak kabul edilmiş ve KGM'nin tüm aşamalarına dahil edilmiştir³⁷.

³⁵ Bkz. BM nezdindeki AB delegasyonlarının beyanları, "EU Statement First informal thematic session on Human rights of all migrants, social inclusion, cohesion, and all forms of discrimination, including racism, xenophobia, and intolerance for the UN Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration", 8-9 Mayıs 2017, https://refugeesmigrants.un.org/sites/default/files/ts1_p1234_eu.pdf (Erişim tarihi: 11 Ocak 2021); BM nezdindeki AB delegasyonlarının beyanları, EU Statement, "Third informal thematic session on International co-operation and governance of migration in all its dimensions, including at borders, transit, entry, return, readmission, integration and reintegration for the UN Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration" (19-20 June 2017, Geneva), https://refugeesmigrants.un.org/sites/default/files/ts3_p1234_eu.pdf (Erişim tarihi: 12.01.2021); EU Statement, "Fifth informal thematic session on Smuggling of migrants, trafficking in persons and contemporary forms of slavery, including appropriate identification, protection and assistance to migrants and trafficking victims for the UN Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration" (4-5 Eylül 2017, Viyana), https://refugeesmigrants.un.org/sites/default/files/eu_ts5.pdf (Erişim tarihi: 12 Ocak 2021).

³⁶ UN General Assembly Resolution 71/280, Modalities for the Intergovernmental Negotiations of the Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration, 17 Nisan 2017.

³⁷ UN General Assembly Resolution 72/244, Modalities for the Intergovernmental Conference to Adopt the Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration, 24 Aralık 2017; UN General Assembly Resolution 72/308, Modalities for the Intergovernmental Conference to Adopt the Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration, 6 Ağustos 2018.

Bu çerçevede Nisan 2017’de KGM’nin müzakere süreci başlamış ancak başlangıçtaki olumlu ve destekleyici hava zaman içerisinde değişmiş ve Aralık 2017’de Amerika Birleşik Devletleri (ABD), KGM’nin müzakere aşamalarında artık yer almayacağını deklare etmiştir. Süreç devam ederken bazı AB ülkeleri de Mutabakattan duydukları rahatsızlıkları dile getirmeye başlamışlardır. İlk olarak Mart 2018’de Macaristan, KGM müzakerelerinde AB’nin ortak tutumundan farklı bir duruş sergilemiş ve AB Delegasyonunun beyanları ile çelişen nitelikte beyanlarda bulunmuştur³⁸. KGM’nin mevcut haliyle kabul edilmesinin Macaristan’ın güvenliği açısından mümkün olmadığını ifade eden Macar Delegasyonu, 12 maddeden oluşan yeni bir öneriyi BM Genel Kurulu’na sunarak mevcut metnin değiştirilmesini talep etmiştir³⁹. Bu fikir ayrılığı gittikçe derinleşmiş, AB’nin dış ilişkileri bağlamında yeknesaklık sağlanamamış, nihayetinde Temmuz 2018’de Macaristan, “dünyaya karşı bir tehdit” ve “Macaristan’ın güvenlik çıkarlarına aykırı” olarak nitelendirdiği KGM’yi imzalamayacağını beyan ederek⁴⁰ nihai taslak metninin kabul edilmesinden sonra müzakere aşamasından çekildiğini açıklamıştır. Mutabakatın başlangıcında AB Konsey Başkanlığını yürüten ve yeknesak bir AB tutumu belirlenmesini savunan Avusturya da, Macaristan’dan sonra Ekim

³⁸ Bkz. Macaristan delegasyonunun BM’deki beyanları, “Security First: Proposals by Hungary to the UN’s Global Compact on Migration”, Mart 2018, <http://abouthungary.hu/blog/security-first-hungary-responds-to-the-un-with-a-12-point-proposal-to-handle-global-migration/> (Erişim tarihi: 6 Şubat 2021).

³⁹ <https://ensz-newyork.mfa.gov.hu/assets/91/89/30/af-cddc20c5314d7d87fd4f3874e36932e7bb016f.pdf> Teklif metninde göçün teşvik edilmesinin son derece tehlikeli olduğu, göç etmenin temel bir insan hakkı olarak kabul edilmemesi gerektiği ifade edilmiş; devletlerin ulusal egemenliklerine saygı duyulması gerektiği ve her devletin sınırlarından kimin gireceğine karar verebileceği vurgulanarak yasadışı olarak sınır geçmenin ciddi bir suç olarak cezalandırılması talep edilmiştir. Ayrıca Macaristan’ın bu talepleri doğrultusunda KGM’de bir değişiklik yapılmazsa Macaristan’ın metni imzalamayacağı beyan edilmiştir. Detaylı bilgi için Bkz. <http://abouthungary.hu/blog/security-first-hungary-responds-to-the-un-with-a-12-point-proposal-to-handle-global-migration/> (Erişim tarihi: 6 Şubat 2021).

⁴⁰ <https://www.kormany.hu/en/ministry-of-foreign-affairs-and-trade/news/hungary-is-exiting-the-adoption-process-of-the-global-compact-for-migration> (Erişim Tarihi: 12 Ocak 2021).

2018'de KGM'yi imzalamayacağını açıklamış⁴¹ ve bu adım Bulgaristan, Polonya ve Çek Cumhuriyeti tarafından takip edilmiştir⁴². Birlik ve üye devletler arasında meydana gelen bu çelişki, AB'nin dış ilişkilerde temsilinde bütünlük açısından eleştirilmiştir⁴³.

⁴¹"Australia and the Global Compact on Migration", https://www.aph.gov.au/About_Parliament/Parliamentary_Departments/Parliamentary_Library/FlagPost/2019/March/Australia_and_the_Global_Compact_on_Migration/, 15.03.2019, (Erişim Tarihi: 29 Ocak 2021).

⁴² "Bulgaria Won't Participate in UN Global Compact for Migration; Politicians Comment Sunday's Protests", 12 November 2018, <http://www.bta.bg/en/c/DF/id/1904378> (Erişim tarihi: 29 Ocak 2021); "Poland to snub U.N. migration pact, Slovakia has reservations", <https://www.reuters.com/article/us-un-migrants/poland-to-snob-un-migration-pact-slovakia-has-reservations>, 20.11.2018 (Erişim tarihi: 29 Ocak 2021); "Czechs join other EU states rejecting U.N. migration pact", <https://www.reuters.com/article/us-migrants-czech/czechs-join-other-eu-states-rejecting-un-migration-pact>, 14.11.2018, (Erişim tarihi: 29 Ocak 2021).

⁴³ Bu noktada konu, AB Hukuku açısından ele alındığında AB'nin müzakerelere hangi usul uyarınca katıldığı ve bu usulün üye devletlerin tutumları üzerindeki etkisi hususu doktrinde tartışılmıştır. KGM metninin Birlik açısından bağlayıcı bir metin olması ihtimalinde söz konusu müzakerelerin gerçekleştirilmesi ve akdedilmesine ilişkin usul, AB Antlaşması madde 218 (Avrupa Birliği Antlaşması ve Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma, "Consolidated Versions of the Treaty on European Union and Treaty on the Functioning of the European Union", <https://www.ab.gov.tr/files/pub/antlasmalar.pdf> (Erişim tarihi: 05 Ocak 2021) bağlamında açık bir biçimde düzenlenmekte iken; söz konusu Mutabakat bağlayıcı olmayan bir metin olduğu için AB Hukuku bağlamında takip edilecek usulün belirlenmesi ihtiyacı hasıl olmuştur. Avrupa Komisyonu, Nisan 2017 tarihinden itibaren KGM'nin taslak çalışmalarına AB delegasyon beyanları aracılığıyla iştirak etmiş olsa da, Komisyon'a Birlik ve üye devletler adına bu müzakereleri başlatma yetkisi veren herhangi bir Konsey kararı bulunmamaktadır. Süreç boyunca sadece Avrupa Komisyonu tarafından Nisan 2018'de kabul edilen ve Komisyon'a Birlik adına KGM'yi akdetme yetkisi tanıyan iki Konsey Kararı önerisi bulunmaktadır. Bkz. Proposal for a Council decision authorising the Commission to approve, on behalf of the Union, the Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration, in the area of immigration policy, COM(2018) 168 final, 21.3.2018, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/> (Erişim tarihi: 05 Ocak 2021). Avrupa Birliği'nin KGM sürecindeki tutumu ve Avrupa Birliği'nin

Tüm bu gelişmelerin ardından KGM, Aralık 2018'de 152 devletin imzası ile BM Genel Kurulu'nda kabul edilirken; 14 AB üyesi devlet (Almanya, Belçika, Estonya, Finlandiya, Fransa, Hırvatistan, İrlanda, İspanya, İsveç, Kıbrıs, Lüksemburg, Portekiz, Slovenya ve Yunanistan) Mutabakat'ı ek beyanda bulunmaksızın kabul etmişler, Birleşik Krallık, Danimarka, Hollanda ve Malta ise göç konusunda ulusal egemenlik yetkilerini teyit eden bir açıklama notu ile metni imzalamışlardır. Avusturya, Bulgaristan, İtalya, Litvanya ve Romanya ise çekimser kalmışlardır. Çek Cumhuriyeti, Macaristan ve Polonya mutabakata karşı çıkarken; Dış işleri Bakanı *Lajcak*, KGM'nin nihai metninin kabul edildiği dönemde BM Genel Kurulu Başkanı olan Slovakya ise Genel Kurul'a katılmamıştır⁴⁴. Bizatihi göç üzerine inşa edilen ve en çok göç alan ülkelerden olan ABD ve Avustralya ise göçün daha işbirliği içinde ve insanlı yönetilmesi ihtiyacı karşısında ulusal çıkarlarını önceleyerek Mutabakat metnini imzalamamış ve metnin etki alanının daha en baştan sınırlanmasına neden olmuşlardır⁴⁵.

II. Küresel Göç Mutabakatının İçeriği

Göç alanında yer alan pek çok hususu kapsamlı olarak ele alan ve geniş bir katılımı kabul edilen Küresel Göç Mutabakatı, BM yetkilileri tarafından *önemli bir gelişme*⁴⁶, *küçük bir mucize*⁴⁷ ve *tarihi bir an*⁴⁸ olarak değerlendirilirken, pek çok ülke tarafından ise ulusal egemenliklerine tehdit olarak algılanmıştır⁴⁹.

dışsal yetkileri bağlamında KGM'nün imzalanması konusundaki tartışmalar ve sürece ilişkin detaylı analiz için Bkz. Melin, 194-214; Mauro Gatti, "EU States' Exit from the Global Compact on Migration: A Breach of Loyalty", *European Union, Migration, UN Compact for Migration*, 14.02.2018, <https://eumigration-lawblog.eu/eu-states-exit-from-the-global-compact-on-migration-a-breach-of-loyalty/>, (Erişim tarihi: 29 Ocak 2021).

⁴⁴ Melin, s. 204.

⁴⁵ McAdam, "The Global Compacts", s. 572.

⁴⁶ "significant achievement", BM Genel Sekreteri António Guterres, 2018.

⁴⁷ "minor miracle", BMMYK Yüksek Komiser Yardımcısı Volker Türk, 2018.

⁴⁸ "historic moment", BM Genel Kurul Başkanı Miroslav Lajčák, 2018.

⁴⁹ Avusturya Göç Bakanı ülkesinin "egemenliğini teslim alan bir metni" imzalamayacağını deklare ederken pek çok AB ülkesi söz konusu mutabakatın kitlesel göçlere sebep olacağını ileri sürmüşlerdir. Bkz. Kathleen Newland, "The

Mutabakat metni, göç konusuyla bağlantılı olan pek çok uluslararası sözleşmeye ve düzenlemeye atıf yaptıktan sonra *insan odaklılık, uluslararası işbirliği, ulusal egemenlik, hukukun üstünlüğü ve kanuni prosedür, sürdürülebilir kalkınma, insan hakları, cinsiyet hassasiyeti, çocuk hassasiyeti, bütüncül hükümet yaklaşımı, bütüncül toplum yaklaşımı* olmak üzere dokuz ilke aracılığıyla ortak hedefleri belirlemektedir (KGM, para. 15). Hedeflerin içeriğine bakıldığında; göç verilerinin geliştirilmesi ve göçmenlere yasal kimlik ve belgelendirme sağlanması gibi herhangi bir tartışma içermeyen nitelikte hedefler yanında (Hedef 1 ve 4); sınırların güvenli ve eşgüdüm içerisinde yönetilmesi (Hedef 11), geri dönüş ve geri kabul süreçleri (Hedef 21); düzenli göç yollarının geliştirilmesi (Hedef 5), adil ve etik istihdam (Hedef 6) gibi oldukça tartışmaya açık alanlarda da hedefler belirlenmiş olduğu görülmektedir⁵⁰. Ayrıca mevcut insan hakları belgelerinden yola çıkarak belirlenmiş olan göçteki hassasiyetin ele alınması ve azaltılması, hayatların kurtarılması, göçmenlerin gözaltına alınmasının sınırlandırılması ve göçmenlerin temel sosyal hizmetlere erişimlerinin sağlanması (Hedef 7, 8, 13, 15) gibi insan haklarına ilişkin hedeflerle birlikte; göç olgusunun kalkınma boyutunu ilgilendiren göçün kök sebepleri, diaspora ve işçi dövizleri gibi (Hedef 2, 19 ve 20) hususlar da Mutabakat metninde düzenlenmiştir.

KGM'nin hazırlık aşamalarına bakıldığında uluslararası bağlayıcı sözleşmelerle düzenlenmemiş ve uluslararası ilişkiler, sosyoloji, ekonomi gibi pek çok disiplini ilgilendiren bir alanın kurumsallaştırılmasının getirdiği zorluk karşısında, sürece dahil olan aktörlerin arttırıldığı görülmektedir. BM kurumlarının bu yapı içerisindeki rolü de kurulması planlanan göç iletişim ağının merkezi koordinasyon görevinin Uluslararası Göç Örgütü'ne tevdi edilmesiyle netleştirilmiştir (KGM, m. 45). Bu bağlamda devletlerin Mutabakatı daha etkin biçimde uygulamalarını desteklemek amacıyla kapasite oluşturma mekanizmaları kurulmuş (KGM, m.43) ve BM kurumlarının bu görev tanımı altında devletlere ve diğer aktörlere ulusal uygulama planlarını hazırlamalarında yol göstermeleri

Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration: An Unlikely Achievement", *International Journal of Refugee Law*, 2018, C. 30, S. 4, 657-660.

⁵⁰ Lavanex, "The UN Global Compacts", s. 683.

ve destek sağlamaları kararlaştırılmıştır⁵¹. Bu noktada Mutabakat metninde sadece BM Kurumlarına değil, göç konusuna ilişkin başka yapılara ve kurumlara da sıklıkla atıf yapılmış ve birlikte çalışma isteği vurgulanmıştır. “Uygulama” başlığı altında yer alan ve uluslararası işbirliklerini düzenleyen 42. maddede Mutabakatın ikili, bölgesel ve çok taraflı işbirliklerine bağlı dayanışmaya önem veren ortaklıklar aracılığıyla hayata geçirileceği belirtilmiştir. Hedef ve taahhütlerin yerine getirilebilmesi için işbirliği çabalarının *2030 Sürdürülebilir Kalkınma Gündemi*⁵² ve *Addis Ababa Eylem Gündemi*⁵³ ile uyumlu olacağı da vurgulanmaktadır. Benzer şekilde *Uluslararası Göç İnceleme Forumu*’na; Küresel Mutabakatın uygulanmasını yerel, ulusal, bölgesel ve küresel düzeyde görüşme görevi de tevdi edilmektedir (KGM, m. 49).

KGM’nin etkin bir biçimde uygulanmasının sağlanması için sayılan küresel ve bölgesel aktörler yanında şehirler ve diğer yerel yönetim birimleri gibi ulusal birimler ve özel aktörler de uygulama ve izleme noktasında sıklıkla gündeme getirilmekte ve sürece dahil edilmektedir. Küresel Mutabakatın devletler dışında konuyla ilgili en önemli paydaşlar olan göçmenlerin bizzat kendileri, ve diğer paydaşlarla⁵⁴ işbirliği içerisinde uygulanacağını belirtmesi (KGM, m. 44) ve sürece bu paydaşla-

⁵¹ Kapasite oluşturma mekanizmaları; bağlantı merkezi özelliği (anlaşmaların yapılmasını kolaylaştırmak, ülkelere tavsiyelerde bulunulması ve projeler yapılması); girişim fonları sağlanması (projeler ve teknolojilerin fonlanması) ve bilgi platformu olma (bilgilerin toplanması ve iyi uygulamaların duyurulması) şeklindeki görev tanımlarıyla BM’nin ilgili kurumlarını yeni yapı içerisinde önemli bir konuma getirmektedir (KGM, m. 43).

⁵² UN General Assembly Resolution 70/1, “Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development”, Seventieth session, Agenda items 15 and 116, 25 Eylül 2015.

⁵³ UN General Assembly Resolution 69/313, “Addis Ababa Action Agenda of the Third International Conference on Financing for Development (Addis Ababa Action Agenda)”, Sixty-ninth session, Agenda item 18, 27 Temmuz 2015.

⁵⁴ Sivil toplum kuruluşları, göçmen ve diaspora kuruluşları, inanç temelli kuruluşlar, yerel makamlar ve topluluklar, özel sektör, işçi sendikaları, parlamenterler, Ulusal İnsan Hakları Kuruluşları, Uluslararası Kızılay ve Kızılhaç Hareketi, akademi ve medya.

rın katılımlarının sağlanması, sürecin sağlıklı yürütülmesi açısından büyük önem arz etmektedir.

Bu noktada belirtmek gerekir ki, her ne kadar Mutabakatın geniş bir düzlemde uygulanmasının sağlanabilmesi için göç alanındaki tüm paydaşlar sürece dahil edilmeye çalışılsa da devletler sistemin merkezinde konumlandırılmıştır. Öyle ki taslak metinde yer almayan *ülkesel egemenlik* ve *gönüllülük* esası, devletlerin bu konudaki tereddütlerini ortadan kaldırmak amacıyla nihai metinde açık bir biçimde vurgulanmıştır⁵⁵. Benzer şekilde tüm bu yapının merkezinde bulunan “Uluslararası Göç İnceleme Forumu” da *ülkesel egemenliğe* saygılı bir biçimde düzenlenmiştir⁵⁶.

A. Küresel Göç Mutabakatında İnsan Hakları Düzenlemeleri

Mutabakat metni içerik açısından incelendiğinde, ilk dikkati çeken husus Mutabakat kapsamında devletlerin, göç hususunun insan hakları temelinde düzenlenmesine ilişkin açık taahhütte bulunmalarıdır. Bu bağlamda, KGM'nin başlangıç kısmında Mutabakatın, Birleşmiş Milletler Kurucu Şart Metni, Evrensel İnsan Hakları Beyannamesi, BM Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi, BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi ve diğer bazı temel insan hakları antlaşmalarına dayandığı ifade edilmiştir⁵⁷. Böylece Mutabakatın mevcut insan

⁵⁵ “Tüm üye devletleri, yürürlüğe girer girmez, Küresel Mutabakatın uygulanmasına yönelik iddialı ulusal müdahaleleri geliştirmelerini ve ulusal uygulama planının gönüllü olarak hazırlanması ve kullanılması gibi, ulusal düzeyde düzenli ve kapsamlı bir gözden geçirme çalışması yapmaya teşvik ediyoruz” (KGM, m. 58).

⁵⁶ Ülkesel egemenlik konusundaki tartışmalar için Bkz. Bölüm C. “Ulusal egemenlik karşısında Göç: Son Kale” s. 103.

⁵⁷ KGM, Başlangıç, para. 2: “Mutabakat aynı zamanda İnsan Hakları Evrensel Bildirgesine; Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesine; Ekonomik, Toplumsal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesine; diğer çekirdek uluslararası insan hakları antlaşmalarına; Özellikle Kadın ve Çocuk Ticaretinin Önlenmesi, Durdurulması ve Cezalandırılmasına İlişkin Protokole, Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokolü de kapsayan Sınır Aşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine, Kölelik Sözleşmesine ve Esaretin, Esir Ticaretinin ve Esarete Ben-

hakları düzenlemeleri (ayrımcılık yapmama ve *non-refoulement* ilkelerine riayet gibi) ve yol gösterici nitelikte prensipleri temel alan bir sistem kurmayı hedeflemekte olduğu anlaşılmaktadır ve bu başlıklardan birini de insan hakları oluşturmaktadır.

Küresel Göç Mutabakatının tamamında, statü ayrımı yapılmaksızın tüm göçmenlerin temel haklarının korunması yönündeki çaba görülmektedir. Örneğin “Göçmenlerin temel hizmetlere erişimlerinin sağlanması” başlıklı Hedef 15 bağlamında devletler, göçmen statülerine bakılmaksızın tüm göçmenlerin temel hizmetlerden faydalanabilmesini taahhüt etmektedirler (para. 31). Bu taahhüt “göç durumlarına bakılmaksızın” sosyal hizmetlerin herkese sunulması anlamına gelmektedir ve belgesiz göçmenler de dahil olmak üzere tüm göçmenlerin insan hakları koruma altına alınmış olmaktadır⁵⁸. Bu noktada devletler, hizmetlerin dağıtımında din, dil, ırk, renk ve cinsiyet gibi sebeplerle ayrımcılık yapılmasını engelleyecek nitelikte mevzuat çıkarmayı da taahhüt etmişlerdir (para. 31/a).

Mutabakat kapsamında dikkati çeken bir başka husus “hassas durumda bulunan göçmenler⁵⁹” şeklinde yeni bir kategori oluşturulmuş

zer Uygulamaların ve Kurumların Kaldırılmasına Dair Ek Sözleşmeye, Birleşmiş Milletler İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesine, Paris Anlaşmasına, İnsan Onuruna Yakışan Çalışma ve İş Hareketliliğini Destekleyen Uluslararası Çalışma Örgütü Sözleşmelerine, 2030 Sürdürülebilir Kalkınma Gündemine, Addis Ababa Eylem Gündemine, Sendai Afet Riski Azaltma Çerçevesine ve New York Kent Gündemine dayanır”.

⁵⁸ Bkz. para. 20 (f), 29 (f), 31, 31 (b), 31 (c), 31 (d), 32 (e).

⁵⁹ Hassas durumda bulunan göçmenlere ilişkin daha detaylı bilgi için Bkz. UNHCR, “Principles and Guidelines, supported by practical guidance, on the human rights protection of migrants in vulnerable situations”, Şubat 2017, <https://www.refworld.org/docid/5a2f9d2d4.html> (Erişim tarihi: 31 Mart 2021), “Hassas durumda göçmen” kavramı, genellikle kesişen, aynı anda bir arada var olabilen ve birbirini etkileyip şiddetlendirebilen bir dizi faktör olarak anlaşılabilir. Güvenlik açığı durumları, koşullar değiştikçe veya geliştikçe zaman içinde değişebilir. Göçmenler için savunmasız bir durum yaratan faktörler, menşe ülkelerinden göç etmelerine sebep olan, geçiş sırasında ve kabul veya varış noktasında meydana gelen ve/veya bir kişinin kimliğinin veya koşullarının belirli bir yönüyle ilgili olabilir. (Çeviri tarafımıza aittir).

olmasıdır. KGM bağlamında ilk kez gündeme gelen bu kullanım, uluslararası hukuk bağlamında haklar tanınan belli bir grubu ifade eden hukuki bir tanımlama değildir⁶⁰. Mutabakat bağlamında “hassas durumda bulunan göçmenlerin” ihtiyaçlarının karşılanması için işbirliği yapılması gerektiğine vurgu yapıldığı (KGM, para. 13) ve “Göçteki Hassasiyetlerin Ele Alınması ve Azaltılması” başlıklı Hedef 7 kapsamında bu durumdaki göçmenlere ilişkin düzenlemeler getirildiği görülmektedir. Mutabakat kapsamında göçmen kaçakçılığına uğrayan göçmenler (KGM, Hedef 7- para.23/b), cinsel istismar, şiddet ve sömürü mağduru göçmen kadınlar ve çocuklar (KGM, Hedef 7- para.23/c), çalışma kaynaklı istismara uğrayan göçmenler (KGM, Hedef 7- para.23/d) hassas durumda göçmenler olarak sayılmış ve taraf devletler söz konusu kişilere ilişkin özel uygulamalar geliştirmeyi taahhüt etmişlerdir⁶¹.

Küresel Göç Mutabakatında insan hakları başlığı altında göçmen çocukların haklarına ilişkin getirilen düzenlemelerin de ele alınması gerekmektedir. KGM, göçmen çocukların, çocuk olarak korunmayı hak ettiklerinin altını çizmekte ve çocukların mevcut göçmenlik statülerinin (ebeveynlerinin veya kendilerinin) bu korumaya etki etmemesi gerektiğini kabul etmektedir. Bu bakış açısıyla “çocuğun yüksek yararı” ilkesinin her zaman öncelikli olarak dikkate alınması gerektiği metinde sıklıkla ifade edilmiştir⁶². Ayrıca aile birliği ve aile yaşamı hakkının hayata geçirilmesi ve tüm beceri düzeylerindeki göçmenler bakımından 'aile birleşimi' prosedürlerine erişimlerinin kolaylaştırılması⁶³ da Mutabakat metninde devletlerin taahhüt ettikleri hususlar arasındadır⁶⁴. Bu noktada

⁶⁰ Garlick/Inder, s. 217.

⁶¹ Hassas durumdaki göçmenlerin hassasiyetlerinin giderilmesi veya azaltılmasına ilişkin taahhüt çocukların söz konusu olduğu hallerde Çocuk Hakları Sözleşmesi veya göçmen kaçakçılığı bağlamında Palermo Protokolleri uyarınca koruma sağlanmasını da gündeme getirebilir. Bu haller dışında kalan durumlar bakımından da taraf devletlerden özellikle bu kategorideki göçmenler bağlamında girişimlerde bulunması istenmektedir.

⁶² Bkz. para. 15, 21 (i), 23, 23 (e), 23 (f), 27 (e), 29 (h), 37 (g).

⁶³ Bkz. para. 21, 21 (i), 23 (f), 27 (e)), 28 (d), 29 (h), 32 (c), 37 (g).

⁶⁴ Esasen aile birleşimi üzerindeki sınırlamaların yasaklanması anlamına gelen bu taahhüt, geçici göçmen işçiler gibi belli göçmen gruplar ve geçici göç

eleştirilebilecek bir husus Mutabakatın ilk taslak metninde yer alan “uluslararası göç bağlamında çocuk gözetimi uygulamasına son verileceği” (paragraf 27/g) ifadesinin nihai metinde, “uluslararası göç bağlamında çocukların gözetimi uygulamasına son vermek için *çalışılacağı*” (para. 29/h) şeklinde daha zayıf bir biçimde düzenlenmiş olmasıdır.

KGM, insan hakları koruması bağlamında ele alındığında; insan hakları ve göç konusundaki kadim çekişmenin bu metne de yansıdığı görülmektedir. İnsan hakları belgelerinin kahir ekseriyeti hakları “herkes” için tanımlarken, vatandaş-yabancı gibi ayrımlar yapmamaktadır. Ancak devletlerin uygulamalarına bakıldığında devletlerin vatandaşlarına ve yabancılara farklı düzeylerde koruma sağladıkları görülmektedir. Buna karşın göçmenler bakımından hayati öneme sahip olan özgürlük ve güvenlik hakkı (MSHS, m. 9), özel hayatın ve aile hayatının korunması (MSHS, m. 17) ve sınırdışı edilmeye karşı korunma (MSHS, m. 13) şeklindeki hakların dahi, KGM’de detaylı olarak düzenlenmemiş olduğu, sadece söz konusu haklara müphem atıflar yapıldığı görülmektedir⁶⁵. Ancak bu haklar göçmenler bakımından en çok ihlal edilen haklar olarak karşımıza çıkmakta ve pek çok ülke bakımından vatandaş- yabancı ayrımında farklı düzenlemelere konu olmaktadır. Örneğin bir ülkenin vatandaşlarının ceza hukuku bağlamında bir suçlama olmaksızın gözaltına alınması ve hürriyetinin sınırlandırılması mümkün olmadığı gibi ve bu durumda dahi vatandaşlar gözaltı süresi, avukata erişim hakkı gibi pek çok hakka sahip bulunmaktadır. Öte yandan göçmenlerin devletlerin sınırlarını güvenliği veya egemenlik hakları bağlamında gözetim altında tutuldukları, üstelik bu durumun belirsiz sürelerle yapıldığına sıklıkla şahit

bakımından büyük bir değişiklik getirecektir. Bu taahhüt, düzenleyici uygulamalarla birlikte ele alındığında aileler için hareketlilik seçeneklerini önemli ölçüde geliştirme ve göçmenlerin durumlarını daha istikrarlı hale getirme potansiyeline sahiptir. Bkz. François Crépeau, “Towards a Mobile and Diverse World: ‘Facilitating Mobility’ as a Central Objective of the Global Compact on Migration”, *International Journal of Refugee Law*, 2018, C. 30, S. 4, 650-656, s. 653.

⁶⁵ Bkz. KGM, Hedef 1 para. 17; para 17-i; Hedef 3 para. 19-b; Hedef 4, para. 20-a ve b; Hedef 5 para 21; para. 21-i; Hedef 8 para. 24-a; Hedef 13 para. 29-h; Hedef 21 para. 37.

olunmaktadır⁶⁶. Benzer şekilde yabancıların özel hayatları ve kişisel verileri de vatandaşlarla denk düzeyde korunmamakta, örneğin ne süreyle ve kim tarafından saklanacağı belirtilmeksizin göçmenlerden alınan parmak izi gibi hassas bilgiler kabul devletleri tarafından toplanmaktadır. Bu noktada Mutabakat metninde özellikle göçmenler bağlamında sıklıkla ihlale konu olan hakların detaylı bir şekilde düzenlenmiş olması ile daha etkili bir insan hakları koruması düzeyi yakalanması mümkün olabilecektir⁶⁷.

⁶⁶ BMMYK, sığınmacıların ve mültecilerin gözaltına alınmasının birçok ülkede olağan hale geldiğine ve bu durumun bireyler ve aileler üzerinde ciddi kalıcı etkilere sahip olduğuna dikkat çekmektedir. BMMYK, sığınmacıların özellikle çocukların gözaltına alınması uygulamalarının tüm dünyada artmasıyla sığınmacıların gözaltına alınmasının rutin bir uygulama yerine istisnai bir uygulama haline getirmeleri için hükümetleri desteklemeyi amaçlayan 'Gözaltının Ötesinde: 2014-2019 Küresel Stratejimiz' adlı belgeyi yayınlamıştır. Küresel Strateji kapsamında, hükümetlerle, uluslararası ve ulusal sivil toplum kuruluşlarıyla ve diğer ilgili paydaşlarla birlikte hükümetlerinin gözaltı politikaları ve uygulamaları ile ilgili bazı temel zorlukları ve endişelerin ele alınması amaçlanmaktadır. Bkz. <https://www.unhcr.org/detention.html> (Erişim tarihi: 17.04.2021).

⁶⁷ Bu noktada göçmenlerin insan haklarının daha etkin korunması noktasında akla gelebilecek bir başka hukuki enstrüman "BM Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme" olabilir. Ancak temel insan hakları belgelerinde vatandaşlık temelinde ayrımcılık yapılmaması yönünde hükümler yer alıyor olsa da (BM MSHKS m. 26: "Herkes yasalar önünde eşittir ve hiçbir ayırım gözetilmeksizin yasalarca eşit derecede korunur. Bu bakımdan, yasalar her türlü ayırımı yasaklayacak ve ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da başka fikir, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğum veya diğer statüler gibi, her bağlamda ayrımcılığa karşı eşit ve etkili korumayı temin edecektir") "BM Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi'nin 1/2. maddesi vatandaş olan-olmayan arasında yapılan ayrımcı muamelenin sözleşme kapsamında yer almadığını açıkça belirtmektedir (mad. 1/2: Bu Sözleşme, Taraf Devletlerin vatandaşları ile vatandaş olmayanlar arasında getirdiği farklara, dışlamalara, kısıtlamalara veya tercihlere uygulanmayacaktır). Dahası, Irk Ayrımcılığının Önlenmesi Komitesi (CERD) de vatandaş olmayanlara yönelik ayrımcılığı ele aldığı XXX sayılı Genel Tavsiye kararında kural

Buna rağmen, Küresel Mutabakatının uluslararası insan hakları hukukuna dayanarak “geriye göndermeme” (*non-refoulement*) ve “ayrım-cılık yapmama” ilkelerine yer vermesi ve özellikle Mutabakatın uygulanmasıyla, göç döngüsünün bütün aşamalarında, göç statülerine bakılmaksızın göçmenlerin insan haklarının korunması ve ırkçılık ve yabancı düşmanlığı gibi her türlü ayrımcılığın ortadan kaldırılmasının taahhüt edilmesi oldukça önemli adımlar olarak değerlendirilebilir. Ancak bu noktada yukarıda ifade edildiği şekliyle göçmenlere yönelik farklı düzenlemelerden oluşan hak ihlallerinin etkin bir biçimde engellenmesini sağlamak mümkün olmadığına göre⁶⁸ söz konusu taahhüdün nasıl yorumlanması gerektiği sorusu akla gelmektedir. Bu soruya verilebilecek cevaplardan biri KGM’nin temel çerçevesini oluşturan *2030 Sürdürülebilir Kalkınma Gündemi* Hedef 10.7 bağlamında “güvenli, düzenli ve sorumlu bir göç anlayışı” kavramı çerçevesinde şekillendirilebilir. *Kalkınma Gündemi*’nde yer alan “sistemli, güvenli, düzenli ve sorumlu göç” ifadesi, KGM bağlamında “güvenli, sistemli ve düzenli göç” olarak kabul edilmiş ve *sorumlu* kavramına Mutabakat metninde yer verilmemiştir. Bu noktada “sorumlu göç”e ilişkin taahhüdün Mutabakat metninde yer alması bilinçli bir tercihi göstermektedir⁶⁹. Zira “sorumlu göç” kavramıyla, güvenlik bağlamında göçmenlerin insan haklarının korunarak yer değiştirmelerine imkan tanınması, düzenli göç bağlamında keyfi uygulamala-

olarak insan haklarının “herkes” tarafından kullanılabilir olduğunun altını çizmekte ancak göçmenler özelinde ihlale konu olan haklar bakımından sadece belli bir uyrukluktan gelen göçmenlere yönelik ayrımcılık veya farklı statüde bulunan yabancılara yönelik ayrımcılık şeklinde ayrımcılık çeşitlerine vurgu yapmakla yetinmektedir (UN Committee on the Elimination of Racial Discrimination (CERD), *CERD General Recommendation XXX on Discrimination Against Non-Citizens*, 1 October 2002, <https://www.refworld.org/docid/45139e084.html> (Erişim tarihi: 19 Ocak 2021)). Dolayısıyla halihazırda ayrımcılık temelinde göçmenlere ek bir koruma sağlanması çok mümkün görünmemektedir.

⁶⁸ Dipnot 68’de belirtildiği üzere “vatandaş-yabancı ayrımına dayalı farklı uygulamalar ırksal ayrımcılık bağlamında değerlendirilemeyeceğine göre”

⁶⁹ Elspeth Guild, “The UN Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration: What Place for Human Rights?”, *International Journal of Refugee Law*, C. 30, S. 4, 661-663, s. 661.

rın engellenmesi (göçmenlerin gözetim altında tutulması gibi) ve göçmenlerin ülkeye girişi ve kalışlarına ilişkin kurallar bakımından da devletlerin insan hakları yükümlülüklerine karşı sorumlu bir biçimde hareket etmeleri gibi geniş bir kapsamda devletlerin sorumlu davranmaları kastedilmektedir. Böylece “sorumluluk” kavramının yeniden tanımlanmasıyla devletler, fiillerini ulusal güvenlik bağlamında sınır güvenliğinin sağlanması gerekçesiyle makul gösteremeyeceklerdir. Zira devletlerin “sorumlu” davranması sadece diğer devletlere ve insanlara karşı sorumlu olmayı değil, aynı zamanda insan hakları taahhütlerine karşı da sorumlu olmayı gerektirmektedir⁷⁰. Dolayısıyla söz konusu ibare metinde yer almıyor olsa da, bu bakış açısıyla KGM, göçmenlerin haklarının daha etkili korunması bağlamında yeni bir fırsat sunmaktadır. Özellikle vatandaş-yabancı ayırımının ortadan kaldırılmasına veya azaltılmasına yönelik atılacak adımlar, devletlerin de aktif katılımı ile Uluslararası Adalet Divanı’nın (UAD) Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi bağlamında sağlayacağı destek ile göçmenler bakımından çok daha hak temelli bir düzen kurulmasını sağlama potansiyeline sahip olabilecektir⁷¹.

B. Göçün Sebebi Olarak Doğal Afetler ve İklim Değişikliği

Hem Küresel Göç Mutabakatı (KGM) hem de Küresel Mülteci Mutabakatı (KMM) incelendiğinde özellikle sınır ötesi yer değiştirme (*cross-border displacement*) ve doğal afetlere bağlı yer değiştirme kavramlarının göçün sebepleri arasında tanındığı göze çarpmaktadır. Bu kavramlar esasen daha önce *Nansen Girişimi*-2015 Ajandası’nda⁷² yer almış ve

⁷⁰ Devletlerin sınır ve göç pratiklerinin ayrımcı olması ekseninde Katar tarafından Birleşik Arap Emirlikleri aleyhine UAD önünde açılmış olan dava oldukça önem arz etmektedir. ICJ, Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Qatar v. United Arab Emirates), <https://www.icj-cij.org/en/case/172> (Erişim tarihi: 19 Ocak 2021).

⁷¹ KGM’nin insan hakları bağlamında detaylı bir analizi için Bkz. Guild, “What Place for Human Rights?”, 661-663.

⁷² Nansen Girişimi bağlamında belirlenen anahtar kavramlar “afet (*disaster*)”, “afet kaynaklı yerinden edilme (*disaster replacement*)”, “ülke içi yerinden edilme (*internal displacement*)”, “ülkeler arası afet kaynaklı yerinden edilme (*cross-border disaster replacement*)”, “insani koruma önlemleri (*humanitarian protection measures*)”, “planlı yeniden yerleştirme (*planned relocation*)”, “insan hareketliliği

“anahtar kavramlar” olarak tanımlanmıştır. Ancak devletler arasında istenen düzeyde destek bulunmadığı için göçe ilişkin uluslararası metinlerde daha önce göçün sebepleri arasında söz konusu kavramlara yer verilmemiştir⁷³. İlk olarak 2016 yılında *New York Deklarasyonu* ile doğal afetlere maruz kalan ülkelerdeki göçmenlerin ihtiyaçlarının karşılanacağı dile getirilmiş (para. 50); akabinde KGM müzakereleri esnasında da iklim değişikliği ve doğal afetlere bağlı göç konusunun Mutabakat metninde yer alması gündeme getirilmiştir. Mutabakat metninde bu hususların göç sebepleri arasında yer almasına itirazlar olsa da Afrika, Latin Amerika, bazı Pasifik ve Avrupa ülkeleri, insan hareketliliğinin önemli sebeplerinden olan iklim ve çevre konuları Mutabakata dahil edilmezse, *güvenli, sistimli ve düzenli göç* amacına ulaşamayacağını ifade ederek afet ve iklim değişikliği temelli göçün, Mutabakat metnine dahil edilmesini sağlamışlardır⁷⁴. Söz konusu kavramlara KGM bağlamında yer verilmesi, iklim değişikliği- göç ilişkisinin uluslararası düzeyde kabulü noktasında oldukça önemli bir adım olarak değerlendirilmektedir⁷⁵. Böylece devletler çevresel faktörlere ya da iklim değişikliğine bağlı göçün getirdiği insan hareketliliğinin zorluklarını ele almayı taahhüt etmektedirler.

Mutabakat bağlamında ani bir doğal afet veya uzun süreli bir iklim değişikliğine bağlı olarak yaşam alanlarının azalması sonucunda insanların yer değiştirmek zorunda kalacakları hususuna yer verilmesi, bu

(*human mobility*), “dayanıklılık (*resilience*)” ve “adaptasyon (*adaptation*)” kavramlarıdır. Bkz. The Nansen Initiative, “Global Consultation Report”, (12-13 October 2015), <https://www.nanseninitiative.org/global-consultations/> (Erişim tarihi: 17.01.2021).

⁷³ Walter Kälin, “The Global Compact on Migration: A Ray Hope for Disaster-Displaced Persons”, *International Journal of Refugee Law*, 2018, C. 30, S. 4, 664-667, s. 664.

⁷⁴ *ibid*, s. 665.

⁷⁵ Walter Kälin, “From the Nansen Principles to the Nansen Initiative”, *Forced Migration Review*, 2012, C. 41, 48-49; Walter Kälin, “The Global Compact on Migration: A Ray Hope for Disaster-Displaced Persons”, *International Journal of Refugee Law*, 2018, C. 30, S. 4, 664-667. Ayrıca Bkz. The Nansen Initiative Disaster-Induced Cross-Border Migration, <https://www.nanseninitiative.org> (Erişim tarihi: 15 Ocak 2021).

alanda hem önleyici hem de koruyucu nitelikte pek çok girişimde bulunulmasına da imkan sağlayacaktır⁷⁶. KGM tüm bu hususlara “İnsanları menşe ülkelerinden ayrılmaya zorlayan ters etki yaratan etkenlerin ve yapısal faktörlerin asgariye indirilmesi” başlıklı Hedef 2 kapsamında -çok sistematik bir biçimde olmasa da- değinmiştir. Bu kapsamda insanları menşe ülkelerinden ayrılmaya zorlayan faktörlerin azaltılabilmesi için afet riskinin azaltılmasının ve iklim değişikliğine adaptasyonun sağlanmasının önemi vurgulanarak, bunu sağlayacak programlara yatırım yapılması kararlaştırılmıştır. Bu taahhütlere ek olarak devletler, insanların göç etme ihtiyacı duymaksızın kendi ülkelerinde barış ortamında, onurlu ve insancıl bir biçimde yaşamlarını sürdürebilmeleri için elverişli ortamın (sosyal, ekonomik, siyasi olarak) sağlanması için de taahhütte bulunmuşlardır (para. 18). Tüm bu taahhütleri yerine getirebilmek için yapılacaklar ise tüm metindeki tek tematik altbaşlığı oluşturan “doğal afetler, iklim değişikliğinin olumsuz etkileri ve çevrenin bozulması” başlığı altında toplanmıştır⁷⁷. Bu düzenleme ile öncelikle doğal afet ve çevresel bozulma sebebiyle göçün önlenmesi, bunun mümkün olmadığı hallerde etkisinin azaltılması ve kişilere koruma sağlanması, son aşamada ise komşu ülkelerle işbirliği içerisinde göç etmek zorunda kalanların göçünün planlanması ve ülkeye kabul konusunda destek sağlanması kararlaştırılmıştır (para. 18). Ayrıca “Düzenli göç yollarının uygunluğunun ve esnekliğinin geliştirilmesi” başlıklı Hedef 5 bağlamında da beklenmeyen doğal afetlerden ve iklim değişikliğinin yaşam şartları üzerindeki etkilerinden ve kuraklık, çölleşme ve deniz seviyesinin yükselmesi gibi çevresel değişikliklerden dolayı ülkelerinden ayrılmak zorunda kalmış göçmenler için de düzenlemeler getirilmiştir. Buna göre, ilgili bölgede kalışın veya bir süre sonra geri dönüşün mümkün olmadığı durumlarda, planlı yerleştirme, insani vize, çocuklara eğitim imkanı ve geçici çalışma izni gibi insanîyet temelli kabule ve uygun süre kalışı sağlamaya ilişkin ulusal ve bölgesel düzenlemeler yapılması öngörülmektedir (para. 21/g-h).

⁷⁶ Kälın, “The Global Compact on Migration”, s. 664.

⁷⁷ Bu altbaşlık, müzakerenin son aşamasında Afrika bölgesi temsilcilerinin, iklim değişikliğinin ters etkisi ve yavaş nitelikteki çevresel bozulma hususlarının metne ayrı bir başlık olarak dahil edilmesi talebi ile metne eklenmiştir. Detaylı bilgi için Bkz. Kälın, “The Global Compact on Migration”, s. 665.

İklim değışikliği ve afet kaynaklı yer değıştirme hususunun KGM ve KMM’de nasıl ele alındıklarına karşılaştırmalı olarak bakılacak olursa; KGM’nin insan hareketliliğinin her türünü (tahliye, planlı yerinden yerleştirmeye, gönüllü göç ve yerinden edilme) kapsayıcı ve detaylı bir biçimde ele aldığı görülmektedir. Buna karşın KMM, iklim, çevresel bozulma ve doğal afetlerin bizzat mülteci hareketliliğine sebep olacağına ilişkin bir ibareye yer vermemiş, sadece bu hususların artan bir ivmeyle mülteci hareketliliğiyle etkileşim halinde olduğunu ifade etmekle yetinmiştir⁷⁸. Öte yandan söz konusu haller nedeniyle yerinden edilen kişilerin 1951 Cenevre Sözleşmesi veya ulusal hukuk düzenlemeleri bağlamında mülteci (iklim mülteciliği) sayılmalarına ilişkin herhangi bir beyan da bulunmamaktadır⁷⁹. Bu durum ise devletlerin, afet veya iklim değışikliği kaynaklı ulus ötesi yeri değıştirmeleri, mülteci hukuku normları ve ilkeleriyle ele alma noktasındaki isteksizliklerini göstermekle kalmamakta, aynı zamanda afet ve iklim değışikliği temelli insan hareketliliğine ilişkin gelecekteki tartışma ve eylemlerin merkezinde KGM’nin olacağı izlenimini vermektedir⁸⁰. Başka bir deyişle devletler iklim hususunu mültecilik gibi daha bağlayıcı kurallara sahip bir çerçevede değil, daha geniş takdir yetkisine sahip oldukları göç bağlamında ele almayı tercih etmektedirler. KGM, mülteci hukuku alanındakilere benzer daha yerleşik ve bağlayıcı düzenlemelere sahip olmasa da, 152 devletin imzası ile önümüzdeki yıllarda tüm dünyanın etkilerini daha belirgin biçimde hissedeceği iklim değışikliği ve çevresel bozulma gibi hususlarda farkındalık oluşturarak önlemler alınması, bu konulara ilişkin daha geniş politikalar geliştirilmesi ve uluslararası düzeyde hukuki düzenlemeler yapılabilmesi için elverişli bir altyapı oluşturmaktadır⁸¹.

⁷⁸ Küresel Mülteci Mutabakatı, para. 8: “Ayrıca, kendileri mülteci hareketlerinin sebebi olmamakla birlikte; iklim, çevrenin bozulması ve doğal afetler de mülteci hareketlerinin itici güçleriyle artan oranda etkileşim içindedir.”

⁷⁹ Jane McAdam, *Climate Change, Forced Migration, and International Law*, Oxford University Press, 2012, s. 49.

⁸⁰ Kälın, “The Global Compact on Migration”, s. 667.

⁸¹ Matthew Scott, “Migration/Refugee Law”, *Yearbook of International Disaster Law Online*, 2018, C. 1, S. 1, 462-472, s. 464.

C. Küresel Göç Mutabakatının Hukuki Niteliği

Küresel Göç Mutabakatının müzakere aşaması incelendiğinde devletler tarafından dile getirilen en ciddi çekincelerden birini Mutabakatın hukuki niteliğinin oluşturduğu görülmektedir⁸². Pek çok devlet Mutabakat metninin hukuki sorumluluk doğuran bir metin olacağından ve dolayısıyla da devletlerin göç konusundaki egemenlik yetkilerini sekteye uğratacağından endişe etmiştir. Küresel Göç Mutabakatı, hükümetlerarası konferanslarda ele alınan tartışmalar sonucunda nihayete erdirilmiş bir metindir ve BM Genel Kurulu tarafından onaylanarak uluslararası hukukun bir parçası haline gelmiştir. Bu noktada ilk olarak *compact* olarak ifade edilen mutabakatın, hukuki niteliğinin ne olduğunun tespit edilmesi önem arz etmektedir. Mutabakat (*compact*) kavramı esasen uluslararası hukukta nispeten yeni sayılabilecek bir kavramdır⁸³. Kavram, uluslararası alanda BM tarafından hazırlanan ve çok sayıda çok uluslu şirketçe temel insan hakları ve çalışma haklarına, çevrenin korunmasına ve yol-

⁸² KGM hazırlık sürecindeki tematik oturumlar ve hükümetlerarası görüşmeler için Bkz. <https://refugeesmigrants.un.org/intergovernmental-negotiations> (Erişim tarihi: 10 Şubat 2021).

⁸³ “*Compact*” kelimesi Oxford Sözlüğünde “iki veya daha fazla kişi veya ülke arasında resmi bir anlaşma” olarak tanımlanırken, https://www.oxfordlearners-dictionaries.com/definition/american_english/compact_2, (Erişim tarihi: 9 Şubat 2021); Cambridge Sözlüğünde ise “iki veya daha fazla kişi, kuruluş veya ülke arasındaki resmi bir anlaşma” olarak tanımlanmıştır. <https://dictionary.cambridge.org/tr/s/%C3%B6z1%C3%BCK/ingilizce/compact>, (Erişim tarihi: 9 Şubat 2021). “Uluslararası Hukuk Ansiklopedik Sözlüğü “*compact*” teriminin uluslararası hukukta özel bir anlamının olmadığını ifade ederken, ABD Anayasası'nın 10. maddesi 'Devlet, Kongre'nin Onayı olmaksızın başka bir Devletle veya yabancı bir güçle herhangi bir Anlaşma (*agreement*) veya mutabakat (*compact*) imzalamaz” örneğini vermektedir. *Encyclopaedic Dictionary of International Law*, Editörler: John P. Grant/ J. Craig Barker, 3. Bası, Oxford University Press, 2009. Literatürde “*compact*” teriminin kullanıldığı metinler araştırıldığında *Mayflower Compact* (1620) olarak ifade edilen ve Amerika'ya ulaşan 41 yolcu arasında bir sivil hükümet kurmayı ve “daha iyi düzen ve muhafaza” yasalarına uymayı taahhüt ettikleri bir mutabakat metninden söz edilmektedir. *The Oxford Encyclopedia of American Cultural and Intellectual History*, Editörler: Joan Shelley Rubin/ Scott E. Casper, OUP, 2013.

suzlukla mücadele alanında küresel çapta bir kamu-özel ortaklığı kurulması amacıyla imzalanan “BM Küresel İlkeler Mutabakatı” (*UN Global Compact*) bağlamında gündeme gelmiştir⁸⁴. Benzer şekilde 2006’da Avrupa Birliği ile Ürdün ve Lübnan arasında imzalanan mutabakatlarda da bu kavram kullanılmıştır⁸⁵. Kavramın farklı alanlardaki kullanımına bakıldığında ortak noktalarının yönetişimin (*governance*) "daha teknik ve usuli yönlerini vurgulayarak yasal taahhütlerin aksine siyasi ve pratik işbirliğine" ayrıcalık tanıdıkları ifade edilmektedir⁸⁶. Hukuki terminoloji açısından ise bu husus “esnek (bağlayıcı olmayan) hukukun en esnek (bağlayıcı olmayan) hali” (*the softest of soft law*) olarak ifade edilmektedir⁸⁷.

Bir anlaşma metninin hukuki niteliğinin ne olduğunun belirlenebilmesi için sadece adına veya şekli özelliklerine bakılması çoğu zaman yeterli olmamaktadır⁸⁸. Metnin hukuki statüsünü doğru bir şekilde belir-

⁸⁴ John G. Ruggie, “Reconstituting the Global Public Domain- Issues, Actors, and Practices”, *European Journal of International Relations*, 2004, C. 10, S. 4, 499-531. Birleşmiş Milletler Küresel İlkeler Mutabakatı, sosyal açıdan sorumlu iş uygulamalarını teşvik etmeye yönelik küresel bir girişimdir. 2000 yılında Birleşmiş Milletler tarafından başlatılan Küresel İlkeler Mutabakatı, on adede kadar 'sürdürülebilir' uygulama ilkesini kabul eden işletmeleri işe almayı amaçlamaktadır ve bu ilkelerin uygulanmasına ilişkin ilerlemeyi yıllık olarak rapor etme taahhüdünde bulunmaktadır. Bkz. *Encyclopaedic Dictionary of International Law*, Editörler: John P. Grant/ J. Craig Barker, 3. Bası, Oxford University Press, 2009.

⁸⁵ Sandra Lavanex, “Failing Forward’ towards which Europe? Organized Hypocrisy in the Common European Asylum System”, *Journal of Common Market Studies*, 2018, C. 56, S. 5, 1195-1212.

⁸⁶ Thomas Gammeltoft- Hansen/ Elspeth Guild/Violeta Moreno-Lax/Marion Pannizzon/Isobel Roele, *What is a Compact? Migrants’ Rights and State Responsibilities regarding the Design of the UN Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration*, Raoul Wallenberg Institute Paper, Raoul Wallenberg Institute of Human Rights, Lund, 2017, <https://rwi.lu.se/publications/compact-migrants-rights-state-responsibilities-regarding-design-un-global-compact-safe-orderly-regular-migration/> (Erişim tarihi: 11.01.2021), s. 7.

⁸⁷ Newland, “An Unlikely Achievement”, s. 658.

⁸⁸ Anlaşmaların hukuki niteliğinin nasıl anlaşılması gerektiğine ilişkin bir Uluslararası Adalet Divanı kararı için Bkz. UAD, Aegean Sea Continental Shelf Case,

leyebilmek için hazırlık çalışmalarına, amaçlanan hukuki yarara ve metnin içeriğine de bakılması gerekmektedir. KGM metnini hazırlayanların amaçlarına bakıldığında, metnin bağlayıcı olmadığı hususunun ilk taslak metninden itibaren tüm versiyonlarda hiç değişmeksizin ifade edildiği görülmektedir⁸⁹. Bu tespitin ardından bakılması gereken ikinci husus bizzat KGM metninin içeriğidir. *New York Deklarasyonu* EK II'de KGM'nin "üye devletler arasında uluslararası göçün tüm boyutlarına ilişkin bir dizi ilke, taahhüt ve anlayıştan" oluşacağı belirtilmiştir. Bu bağlamda *New York Deklarasyonu* EK II'de belirlenen belli öğeler⁹⁰, KGM'de kararlaştırılan 23 hedef haline gelmiştir. Mutabakatın müzakere aşamaları devam ederken, devletler arasında görüşülen hususların içeriğine ve bağlayıcılığına ilişkin yapılan değerlendirmelerde farklı bağlayıcılık niteliğine sahip hususların Mutabakat metninde yer alabileceği ifade edilmiştir. *Guild/Grant*, müzakerelerde tartışılan hususlara bakıldığında 1) Mevzuatın yorumlanmasında kullanılacak ilkeler, 2) Hakka konu edilebilir taahhütler ve 3) Anlayış ve uzlaşmalar olmak üzere 3 farklı hukuki içeriğe sahip

19 Aralık 1978, <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/62/6247.pdf> (Erişim tarihi: 11 Ocak 2021); Case concerning Maritime Limitation between Qatar and Bahrein (Qatar v. Bahrein), 1 Temmuz 1994, <https://www.icj-cij.org/en/case/87> (Erişim tarihi: 11 Ocak 2021). Aynı hususta Avrupa Birliği Adalet Divanı tarafından verilen bir karar için Bkz. Joined Cases C- 181/91 ve C-248/91 European Parliament v Council of the European Communities and Commission of the European Communities, 30 Haziran 1993, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=eli%3AE-CLI%3AEU%3AC%3A1993%3A271> (Erişim tarihi: 11 Ocak 2021). AB hukuku bağlamında ise bir metnin hukuki statüsü, metnin bizzat kendisinin hukuki sonuçlar doğurma amacıyla akdedilip akdedilmediğine bağlı olarak değerlendirilecektir (TFEU, m. 263 gereğince Mahkeme sadece hukuki etki doğurmaya amaçlayan metinlerin geçerliliklerini incelemektedir). Konuya ilişkin detaylı bilgi için Bkz. M. den Heijer&T. Spijkerboer, Is the EU-Turkey Refugee and Migration Deal a Treaty? (EU Law Analysis, 7 Nisan 2016) (Brussels: European Union, 2016) <http://eulawanalysis.blogspot.com/2016/04/is-eu-turkey-refugee-and-migration-deal.html>, (Erişim tarihi: 11 Ocak 2021).

⁸⁹ Bkz. Küresel Göç Mutabakatı, m. 7. "Bu Küresel Mutabakat, Mülteci ve Göçmenlere Yönelik *New York Deklarasyonundaki Üye Devletlerin mutabık kaldığı taahhütler üzerinde oluşturulan yasal olarak bağlayıcı olmayan işbirliği çerçevesi sunar*"

⁹⁰ Bkz. *New York Deklarasyonu* Ek II, Bölüm III: İçerik, m. 8 (a-x).

alan olduğu değerlendirmesinde bulunmuşlar ve bu bağlamda sadece 2. kategoride yer alan taahhütlerin, hukuki anlamda bağlayıcı olabileceğini belirtmişlerdir⁹¹. Ancak süreç tamamlandıktan sonra KGM metninin nihai halinde bu nitelikte bir ayırımın bulunmadığı görülmüştür. Mutabakatta yer alan tüm hedefler bağlayıcı olmayan ve adeta temenni belirten bir üslupla kaleme alınmış ve “*shall*” gibi daha kesinlik bildirilen bir kalıp yerine “*will*” şeklinde muhabata tercih hakkı tanıyan bir kalıp tercih edilmiştir. Ayrıca Mutabakat metninde yer alan pek çok hedefin ileride akdedilecek çift taraflı veya çok taraflı anlaşmalarla gerçekleştirileceği de kararlaştırılmıştır⁹². Böylece hedeflerin gerçekleştirilmesi devletlerin kendi tercihleri ile hayata geçirecekleri ek girişimlere bağlı kılınmıştır.

Tüm bu bilgiler ışığında KGM'nin bağlayıcı bir hukuki çerçeve oluşturmayı amaçlamadığı anlaşılmaktadır; ancak metnin hiç hukuki etkisi olmadığını söylemek de doğru olmayacaktır⁹³. Her şeyden önce met-

⁹¹ Guild/Grant, “What Role for the EU”, s. 12.

⁹² Örneğin, “Düzenli göç yollarının uygunluğunun ve esnekliğinin geliştirilmesi” (Hedef 5) şeklinde ifade edilen hedefe ulaşmak için ilgili paydaşlarla işbirliği içerisinde serbest dolaşım rejimi, vize serbestisi veya iş hareketliliğine yönelik işbirliği çerçeveleri gibi uluslararası ve ikili işbirliği anlaşmalar yoluyla bölgesel ve uluslararası iş hareketliliğini olanaklı hale getiren mekanizmaların uyumlaştırılması ve standart çalışma süreleri ile ilgili ikili, bölgesel ve çoklu iş hareketliliği anlaşmalarının geliştirilmesinin planlanmakta olduğu ifade edilmiştir (KGM, Hedef 5/a-b).

⁹³ Benzer görüşler için Bkz. Kathryn Allinson/Paul Erdunast/Elspeth Guild/Tuğba Başaran, “GCM Commentary: The Legal Status of the UN's Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration in International Law and UK Law”, *RLI Blog on Refugee Law and Forced Migration*, 31 Ocak 2019 (London, SAS, 2019) <https://rli.blogs.sas.ac.uk/2019/01/31/gcm-commentary-the-legal-status/> (Erişim tarihi: 11 Ocak 2021); Guild/Grant, “Migration Governance”; Elspeth Guild, Isobel Roele, Marion Panizzon, Thomas Gammeltoft-Hansen & Violeta Moreno-Lax, “What is a Compact? Migrant's Rights and State Responsibilities Regarding the Design of the UN Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration”, Raoul Wallenberg Institute Paper (Lund, Raoul Wallenberg Institute of Human Rights, 2017) <https://rwi.lu.se/publications/compact-migrants-rights-state-responsibilities-regarding-design->

nin girişinde Mutabakatın, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ve temel insan hakları belgelerine dayalı olduğu vurgulanmış⁹⁴ ve ayrımcılık yasası⁹⁵, çocuğun yüksek yararının gözetilmesi⁹⁶ gibi bazı insan hakları yükümlülükleri teyit edilmiştir. Dolayısıyla devletler Mutabakatı uygularken söz konusu uluslararası yükümlülükleri dikkate almak zorundadır. Böylelikle KGM, her ne kadar yeni hukuki yükümlülükler yaratmasa da zaten mevcut olan yükümlülükleri göç alanında pekiştirmektedir⁹⁷.

Öte yandan, KGM sisteminin hukuki bağlayıcılıktan yoksun oluşu ve gönüllülük esasına dayalı olmasının bu yapının etkili bir göç yönetimi oluşturamamasına sebep olacağı da doktrinde ifade edilmiştir⁹⁸. Bu bağlamda *Aleinikoff*, mutabakatların klasik anlamda kurallar dizisi oluşturan çok taraflı anlaşmalar olmadığını, uluslararası işbirliğini teşvik eden nitelikte ekosistemler⁹⁹ veya yapılar¹⁰⁰ oluşturan metinler olduğunu, dolayısıyla KGM'ye de bu bakış açısıyla yaklaşmak gerektiğini ifade etmektedir. *Lavanex* ise kurumsal olarak bakıldığında mutabakat metninin çok merkezli ve çok düzeyli yönetim kavramlarını benimseyen, yeni

un-global-compact-safe-orderly-regular-migration/ (Erişim tarihi: 11 Ocak 2021).

⁹⁴ Bkz. KGM, Giriş para. 2.

⁹⁵ UN General Assembly, Outcome of the Intergovernmental Conference to Adopt the Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration, A/CONF.231/3, para. 15(f).

⁹⁶ *ibid*, para. 15 (h).

⁹⁷ Melin, s. 201.

⁹⁸ İki mutabakat metninin gönüllülük esasına dayalı olması ve hukuken bağlayıcı olmaması "symbolism trumps toothlessness" olarak eleştirilmiştir. European Governments-In-Melt-Down-Over-An-Inoffensive-Migration-Compact, <https://www.economist.com/europe/2018/12/08/european-governments-in-melt-down-over-an-inoffensive-migration-compact> (Erişim tarihi: 29 Ocak 2021).

⁹⁹ Alexander T. Aleinikoff, "The Unfinished Work of the Global Compact of Refugees", *International Journal of Refugee Law*, 2018, C. 30, S. 4, 611-617.

¹⁰⁰ Alexander T. Aleinikoff, "International Legal Norms on Migration: Substance without Architecture", *International Migration Law: Developing Paradigms and Key Challenges*, Editörler: Ryszard Cholewinski/Richard Perruchoud/Euan MacDonald, TMC Asser Press, The Hague, 2007, 467-479.

uluslararası normlar belirlemekten kaçınarak, ortak hedeflere yönelik süreçler oluşturduklarını ve bu bağlamda KGM'nin de klasik anlaşmalardan ziyade Paris Anlaşması¹⁰¹ veya Sürdürülebilir Kalkınma Hedefleri'ne benzetilmesinin mümkün olduğuna dikkat çekmektedir¹⁰². BM Genel Sekreter Yardımcısı *Mohammed* de benzer şekilde Mutabakatın etkisini ve sonucunu, devletlerin ve kurumların Mutabakatı nasıl uygulanacağını belirleyeceğini, dolayısıyla KGM'yi sadece hukuki bağlayıcılıktan yoksun olması sebebiyle bu kadar erken eleştirmenin doğru olmadığını ifade etmektedir¹⁰³. Liberal insan hakları teorisine bakıldığında bağlayıcı olmayan kuralların (*soft law*) koruma standartlarının artırılması ve ilerleyen süreçte bağlayıcı bir hale getirmesi noktasında olumlu bir rol oynadığı kabul edilmektedir¹⁰⁴.

Esasen II. Dünya Savaşı sonrası dönemde mülteci hukuku alanındaki kısmi çalışmalar dışında uluslararası göç olgusuna ilişkin hukuki bağlayıcılığı olan herhangi bir metnin veya uluslararası işbirliğinin var olmayışı gerçeği karşısında, bu Mutabakatın bağlayıcı olmayan ve daha çok süreç odaklı bir metin olarak hazırlanmış olması şaşırtıcı değildir. Hatta aksine, uluslararası camianın kahir ekseriyetinin ortak hedefler ve bu hedeflerin gerçekleştirilmesine ilişkin temel çerçeve konusunda anlaşmış olmaları önemli bir adım olarak değerlendirilebilir¹⁰⁵.

Öte yandan Mutabakatın politik bağlayıcılığını da göz ardı etmemek gerekmektedir. Metni imzalayan devletler esasen uluslararası kamuoyuna göç alanında ortak hareket etme iradesinin varlığına ilişkin güçlü bir mesaj göndermektedirler. Buna bağlı olarak Mutabakat metni ilerleyen aşamalarda vize serbestisi, serbest dolaşım gibi alanlarda iki veya çok taraflı anlaşmalar yapılmasına da bir temel oluşturabilecektir.

¹⁰¹ Paris Anlaşması, https://unfccc.int/sites/default/files/english_paris_agreement.pdf

¹⁰² Lavanex, "The UN Global Compacts", s. 674.

¹⁰³ Amina Mohammed, *Implementation will be Ultimate Proof of Success*, UN Press Release No. DSG/SM(1183-DEV/3338, 7 Haziran 2018. <https://www.un.org/press/en/2018/dsgsm1183.doc.htm> (Erişim tarihi: 01.01.2021).

¹⁰⁴ Martha Finnemore/Kathryn Sikkink, "International Norm Dynamics and Political Change", *International Organization*, 1998, C. 52, 887-917.

¹⁰⁵ Lavanex, "The UN Global Compacts", s. 675.

Ancak bu noktada da devletlerin Mutabakat metninde yer alan hususları somutlaştırma yönünde irade göstermeleri ön şart olarak görülmektedir. Başka bir deyişle bağlayıcı olmamasına rağmen “geniş ve baskın bir desteği yansıtan”¹⁰⁶ ve “dünya hükümetleri tarafından yeni etik ve politik taahhütlerin sinyali veren”¹⁰⁷ Mutabakat metni, mevcut uluslararası normların yorumlanması noktasında getireceği mekanizmalar ile ilkelere içeriğinin doğru belirlenmesine ve yeknesak biçimde uygulanmasına hizmet ederek, gelecekteki bağlayıcı anlaşmalar için uygun zemini ve yorum aracını teşkil edebilme potansiyeline sahiptir¹⁰⁸.

D. Bir Yaptırım Mekanizması Olarak “Uluslararası Göç İzleme Forumu”

Mutabakat metninin içerik itibarıyla bağlayıcı olmayan bir nitelikte düzenlenmiş olduğu tespit edildikten sonra Mutabakatta yer alan hedeflerin, devletler tarafından uygulanmasının nasıl sağlanacağı sorusu gündeme gelmektedir. Mutabakat metninin “İzleme ve Değerlendirme” başlıklı bölümünün ilk maddesinin, hazırlık aşamalarında “*Küresel Mutabakatın uygulanması sürecini takip edip, gözlemleyeceğiz*” (Taslak metin, m. 43) şeklinde kaleme alındığı görülmektedir. Ancak bu ibare nihai metne “*Devlet öncülüğündeki yaklaşım ve diğer bütün paydaşların katılımı yoluyla Birleşmiş Milletler’in çerçevesi kapsamında Küresel Mutabakatın yerel, ulusal, bölgesel ve küresel düzeyde kaydettiği ilerlemeyi gözden geçireceğiz*” şeklinde yansımıştır (KGM, m. 48). Bu amacın gerçekleştirilebilmesi için daha önce var olan *Üst Düzey Uluslararası Göç ve Kalkınma Diyaloğu*¹⁰⁹, *Uluslararası Göç İnceleme Forumu* adı altında, devletlerin yaptığı uygulamaların ve performanslarının gözden geçirilebileceği ve BM’nin ilerideki çalışmalarına yön verilebilecek hükümetler arası küresel bir foruma dönüştürül-

¹⁰⁶ Volker Türk, “The Promise and Potential of the Global Compact on Refugees”, *International Journal of Refugee Law*, 2018, C. 30, S. 4, 575-583, s. 582.

¹⁰⁷ McAdam, “The Global Compacts”, ss. 571-574.

¹⁰⁸ Melin, s. 201.

¹⁰⁹ BM Genel Kurulu 58/208 sayılı ve 23 Aralık 2003 tarihli kararıyla altmış birinci oturumunda uluslararası göç ve kalkınmaya üst düzey bir diyalog ayırmaya karar vermiştir. Bkz. <https://www.iom.int/united-nations-high-level-dialogue-international-migration-and-development-hld> (Erişim tarihi: 27.12.2020).

müştür. Forum'un 2022 yılından başlayarak dört yılda bir gerçekleştirilmesi planlanmıştır. Ayrıca Küresel Mutabakatın etkin ve tutarlı bir biçimde uygulanmasının sağlanması amacıyla üye devletlerin uygulamalarına katkıda bulunacak nitelikte kapasite oluşturma mekanizmalarının kurulması da kararlaştırılmıştır (KGM, para. 43)¹¹⁰. Göç alanında uzmanlığa sahip birçok BM kuruluşundan oluşan bu yeni ağın koordinasyon ve sekreteryasını ise UGÖ'nun yürütmesi planlanmıştır.

Uluslararası Göç İnceleme Forumu; Mutabakatın uygulanmasını yerel, ulusal, bölgesel ve küresel düzeyde değerlendirmek yanında, ülkelerin örnek uygulamalarını öne çıkararak tüm paydaşlar arasında etkileşime olanak tanımayı amaçlamaktadır (KGM, m. 49/d). Küresel Göç Mutabakatının uygulama, izleme ve değerlendirme süreci göz önüne alındığında tüm bu yapının uluslararası değil, bölgesel yönetim birimlerinin ve ilgili paydaşların da katılımını içerecek biçimde hükümetler arası bir yapı olarak tasarlandığı görülmektedir (KGM, m. 48). Ancak paydaşların sürece somut olarak nasıl katkı sağlayacakları ya da süreçte ne oranda söz hakkı sahibi olacakları gibi hususların somutlaştırılmasına ihtiyaç duyulmaktadır¹¹¹.

Mutabakatın bütünü ele alındığında uygulama aşamasında gündeme gelen ve dört yılda bir gerçekleşmesi planlanan söz konusu Forum dışında, devletlere sorumluluk yükleyen herhangi bir mekanizma veya söz konusu hedeflerin gerçekleştirilmesi için herhangi bir yol haritası veya süre kısıtlamasının da belirlenmemiş olduğu görülmektedir. Esasen Göç İzleme Forumu'nun bizatihi kendisinin organizasyonu veya kuralları da halihazırda netleştirilmiş değildir. Mutabakat metninde sadece Forum'un kesin kurallarının ve örgütsel yönlerinin belirlenmesi için açık, şeffaf ve kapsayıcı hükümetler arası istişarelerin başlatılması ve gelecek

¹¹⁰ Kapasite oluşturma mekanizması; bilgi ve destek ihtiyacı olanlarla bu ihtiyaca cevap verebilecek olan paydaşların bir araya getirildiği ve sorun odaklı çözümlerin sağlandığı *bağlantı merkezi*; devletlerin Mutabakatın hedeflerine ulaşmasını sağlamayı amaçlayan projeler ve girişimlere başlangıç fonu sağlama görevini ifa edecek olan *çok ortaklı bir fon* ve çevrimiçi bir açık veri kaynağı olarak konumlandırılan *küresel bilgilendirme platformu* şeklinde bileşenlerden oluşmaktadır (KGM, para 43/a-b-c).

¹¹¹ Lavanex, "The UN Global Compacts", s. 686.

görüşmelerde kapsamın belirlenmesi kararlaştırılmıştır (KGM, m. 54). Benzer şekilde; *New York Deklarasyonu* ile BM merkezli bir organa dönüşen ve kendisine KGM'nin koordinasyonu (KGM, m. 44/a) görevi verilen Uluslararası Göç Örgütü de yetkilerini düzenleyen herhangi bir yasal metin dahi olmaksızın, üye devletlerden alınan fonlara dayalı olarak hareket etmekte olan, başka bir deyişle yaptırımdan yoksun bir yapı olarak karşımızda durmaktadır. Bu bağlamda yapı 2015 Paris İklim Anlaşması¹¹² sistemi yapı olarak benzerlikler göstermektedir; ancak Anlaşma'nın aksine devletlerden ulusal eylem planı hazırlamaları beklenmemekte, devletlerin uygulamalarının izlenmesi sadece "gönüllülük" esasına dayalı olarak düzenlenmektedir (KGM, m. 53). Böylece devletlere Mutabakat metninde sayılan hedeflerden hangileri üzerinde yoğunlaşmak istediklerini seçme imkanı da sağlanmış olmaktadır.

Yukarıda ifade edildiği şekliyle etkin bir izleme veya yaptırım mekanizmasından uzak olan bu nitelikte yapıların işler hale getirilebilmesi için doktrinde çözüm olarak *deneyisel yönetim*¹¹³ modeli önerilmektedir. Bu modelde paydaşların anlaşmanın gereklerini yerine getirmelerini sağlamak için güçlü devletlerin dış yardımı şarta bağlı hale getirmeleri veya sivil toplum kuruluşları gibi başka aktörler tarafından sosyal protestolar organize edilmesi gibi caydırıcı işlemler yapılması çözüm olarak sunulmaktadır¹¹⁴. Ancak insan haklarının korunması noktasında belli

¹¹² Paris Anlaşması, iklim değişikliği konusunda 12 Aralık 2015 tarihinde Paris'te 196 devlet tarafından imzalanmış ve 4 Kasım 2016'da yürürlüğe girmiştir. Paris Agreement, https://unfccc.int/sites/default/files/english_paris_agreement.pdf (Erişim tarihi: 6 Şubat 2021).

¹¹³ *Küresel deneyisel yönetim*, belirli sorunların açık uçlu bir şekilde çerçevelendirildiği ve yerel olarak üretilen bilginin ışığında çeşitli denklemlerin incelemesi biçimleriyle periyodik revizyona tabi tutulduğu, katılımcı ve çok düzeyli problem çözmenin kurumsallaşmış bir ulusötesi süreç" olarak tanımlanmaktadır. Grainne De Búrca/ Robert Keohane/ Charles F. Sabel, "Global Experimentalist Governance", *British Journal of Political Science*, 2014, C. 44, S. 3, 477-486, s. 478. Deneyisel yönetim ve KGM hakkında detaylı bir analiz için Bkz. Sandra Lavanex, "The UN Global Compacts", 673-696.

¹¹⁴ Grainne De Búrca, "Human Rights Experimentalism", *American Journal of International Law*, 2017, C. 111, S. 2, 277-316.

alanlarda etkili olabilecek bu teori, konu göç olduğunda maalesef işe yarar görünmemektedir. Zira günümüz dünyasındaki güç ve çıkar dengesine bakıldığında caydırıcı yaptırımlar uygulama kapasitesine sahip devletlerin, bizatihi kendileri göçü azaltmak isteyen devletler olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu devletler de çoğu zaman nüfuzlarını ve güçlerini, göçü kontrol etmek ve daha zayıf ülkelerin göçmenleri geri kabul anlaşmaları ile almalarını sağlamak için kullanmaktadırlar¹¹⁵.

III. Ulusal Egemenlik Karşısında Göç: Son Kale¹¹⁶

Küresel Göç Mutabakatına direnç gösteren ülkelerin beyanlarının ortak noktasını göçün yönetilmesi ve göçmenlerin kabulü noktasında ulusal egemenliklerinden kaynaklanan takdir yetkilerini, uluslararası kuruluşlara devretmek istememeleri oluşturmaktadır. Bu ikilem esasen *New York Deklarasyonu*'ndan itibaren devletlerarasında tartışmalara konu olmuştur. KGM müzakere aşamasında devletler “yabancı”ların ülkelere girişleri ve ikametleri ve bunların koşullarını belirleme konusunda sahip oldukları egemenlik haklarından vazgeçmek istemediklerini sıklıkla beyan etmişlerdir. Devletlerin büyük çoğunluğu göç alanında ulus ötesi koordinasyon yapmayı isteseler ve esasen buna ihtiyaç duysalar da uluslararası insan hakları ve mülteci haklarına ilişkin rejimler bağlamında verdikleri taahhütlere ek, yeni taahhütler altına girmek istememektedirler.

Göçmenler tarafından kurulan ve dünya göçmenlerinin büyük çoğunluğuna kapılarını açan¹¹⁷ ABD BM Büyükelçisi Nikki Haley; 2 Ara-

¹¹⁵ Sandra Lavanex, “Shifting-Up and Out: the Foreign Policy of European Immigration Control”, *West European Politics*, 2006, C. 29, S. 2, 329-350; David Scott Fitzgerald, *Refugee Beyond Reach: How Rich Democracies Repel Asylum Seekers*, Oxford University Press, New York, 2019.

¹¹⁶ *Dauvergne*, her geçen gün daha fazla devletin mevcut insan haklarına ilişkin taahhütlerine sırt çevirdiği günümüzde devletlerin pek çoğunun göç siyasetlerini “egemenliğin son kalesi” olarak gören bir yaklaşıma dayandırdıklarını belirtmektedir. Catherine Dauvergne, “Irregular Migration, State Sovereignty and the Rule of Law”, *Research Handbook on International Law and Migration*, Editörler: Vincent Chetail/Céline Bauhoz/Edward Elgar, Cheltenham, 2014, 75-92, s. 92.

¹¹⁷ <https://www.unhcr.org/resettlement-in-the-united-states.html> (Erişim tarihi: 21.03.2021).

lık 2017'de “...göç politikalarıyla ilgili kararlarımız her zaman sadece ve sadece Amerikalılar tarafından alınmalıdır. Sınırlarımızı en iyi nasıl kontrol edeceğimize ve ülkemize kimlerin girmesine izin verileceğine biz karar vereceğiz” beyanıyla Amerika'nın KGM'yi imzalamayacağını duyurmuştur¹¹⁸. Bir başka göçmen ülkesi olan Avustralya ise mutabakatın müzakerelerine “Avustralya olarak, göçün önemli sosyal ve ekonomik faydalarının farkına vardıkları ve bundan faydalandıkları için katıldıklarını” beyan etmiş¹¹⁹; Ağustos 2018'in başlarında, mutabık kalınan nihai taslağın yayınlanmasının ardından ise, “sınır koruma politikaları açısından herhangi bir şeyi feda eden bir anlaşmayı imzalamayacaklarını, egemenliklerini teslim etmeyeceklerini ve seçilmemiş organların Avustralya halkına dikte etmesine izin vermeyeceklerini” beyan ederek KGM'yi mevcut haliyle imzalamayacaklarını deklare etmiştir¹²⁰. Benzer beyanlar Macaristan tarafından “bu belge ülkenin güvenlik çıkarlarıyla tamamen çelişiyor”, “sınır korumasını bir insan hakları sorunu olarak görüyor”, “ulusal makamlar tarafından yürütülen prosedürlerle ilgili olarak şikayette bulunma fırsatlarını genişletiyor” ve “göçmen alım kapasitelerini artırmayı hedefliyor” şeklinde dile getirilmiştir¹²¹. “Macaristan, güvenlik çıkarlarına aykırı” olarak nitelendirdiği KGM'yi imzalamayacağını beyan ederek nihai

¹¹⁸ “Amerika olarak, göçmen mirasımızla ve dünyadaki göçmen ve mülteci nüfusa destek sağlamada uzun süredir devam eden ahlaki liderliğimizle gurur duyuyoruz. Hiçbir ülke ABD'den fazlasını yapmadı ve cömertliğimiz devam edecek. Ancak göç politikalarıyla ilgili kararlarımız her zaman sadece ve sadece Amerikalılar tarafından alınmalıdır. Sınırlarımızı en iyi nasıl kontrol edeceğimize ve ülkemize kimlerin girmesine izin verileceğine biz karar vereceğiz. New York Deklarasyonu'ndaki küresel yaklaşım, ABD egemenliğiyle uyumlu değildir”. <https://edition.cnn.com/2017/12/03/politics/us-global-compact-migration/index.html>, 3 Aralık 2017, (Erişim tarihi: 21.02.2021).

¹¹⁹ Australian statement on the final draft of the Global Compact for Migration Statement at the closing of negotiations by H.E. Gillian Bird, Ambassador and Permanent Representative of Australia to the United Nations, <https://unmy.mission.gov.au/files/unmy/180713%20National%20Statement%20at%20closing%20of%20the%20GCM%20negotiations.pdf> (Erişim tarihi: 29 Ocak 2021).

¹²⁰ İçişleri Bakanı Scott Morrison'un beyanları, <https://parlinfo.aph.gov.au/parlInfo/search/display/display.w3p;query%3DId%3A%22media%2Fpress-rel%2F6345600%22> (Erişim tarihi: 29 Ocak 2021).

¹²¹ <https://www.kormany.hu/en/ministry-of-foreign-affairs-and-trade/news/>

taslak metninin kabul edilmesinden sonra Temmuz 2018'de müzakere aşamasından çekilmiştir¹²².

Devletlerin göç hususunu egemenlik yetkileri içerisinde tutmak istemeleri yanında KGM'ye mesafeli yaklaşımlarının bir başka önemli sebebi de düzenli-düzensiz göç ayırımına ilişkin kaygılarından kaynaklanmaktadır. Düzenli göç konusunda insanlar hali hazırda gerekli belgeler ve kurallar doğrultusunda zaten iş imkanları, eğitim, turistik amaçlar ya da aile birleşimi gibi sebeplerle göç etmektedirler. Bu göç sadece göçmenler bakımından değil, kabul ülkeleri bakımından da nitelikli işgücü, bilgi paylaşımı gibi alanlarda oldukça avantaj sağlamaktadır. Ancak KGM'nin düzensiz göçmenler bakımından düzenli göçmenlere denk düzenlemeler getirmesi devletlerarasında tartışma konusu edilmiştir¹²³. Mutabakatın müzakere aşamasında düzensiz göçmenler ve hassas durumdaki göçmenler (hatta bazen mülteci benzeri durumda olanlar) bakımından tartışma ko-

hungary-is-exiting-the-adoption-process-of-the-global-compact-for-migration (Erişim tarihi: 29 Ocak 2021). Polonya da mutabakatın, "ülkelere bağımsız olarak [kimi] kabul edeceklerine karar verme hakkına sahip olmaları için güçlü garantiler verilmesine ilişkin Polonya'nın taleplerini karşılamadığını" gerekçesiyle Mutabakat görüşmelerinden ayrılmıştır. "Poland to snub U.N. migration pact, Slovakia has reservations", <https://www.reuters.com/article/us-un-migrants/poland-to-snub-un-migration-pact-slovakia-has-reservations-idUSKCN1NP1PE>, 20.11.2018 (Erişim tarihi: 29 Ocak 2021). Bulgaristan da mutabakat "ulusal çıkarlara" zarar verdiği için görüşmelerden ayrılmıştır. "Bulgaria Won't Participate in UN Global Compact for Migration; Politicians Comment Sunday's Protests", 12 Kasım 2018, <http://www.bta.bg/en/c/DF/id/1904378> (Erişim tarihi: 29 Ocak 2021).

¹²² Hungary joins US in refusing UN's safe global migration compact, <https://www.dw.com/en/hungary-joins-us-in-refusing-uns-safe-global-migration-compact/a-44733306>, 18.7.2018 (Erişim Tarihi: 12 Ocak 2021).

¹²³ Çek Cumhuriyeti, "Çek Cumhuriyeti'nin uzun süredir yasal ve yasadışı göçü ayırma ilkesini tercih ettiğini" ve Sözleşme'nin nihai metninin bu ayrımı yansıtmadığını iddia ederek KGM sürecini Kasım 2018'de sonlandırmıştır. Bkz. "Czechs join other EU states rejecting U.N. migration pact", <https://www.reuters.com/article/us-migrants-czech/czechs-join-other-eu-states-rejecting-un-migration-pact>, 14.11.2018, (Erişim tarihi: 29 Ocak 2021).

nusu olan hususların esasen düzenli göçmenler bakımından tartışılan konularla çok benzer veya bağlantılı olduğu ifade edilmiştir¹²⁴. Düzenli göç bağlamında gündeme gelen ülkelerin işgücünü artırma ihtiyacı, göçmenlerin getirebileceği bilgi ve beceriler ve işe alımdan sınır yönetimine kadar göç süreçlerinin işleyişini iyileştirmek gibi hususlar düzenli- düzensiz göç ayrımı dikkate alınmaksızın ortak konulardır¹²⁵. Bu bakış açısı özellikle göçmenlerin statüleri dikkate alınmaksızın insan haklarının korunması noktasında Mutabakat metnine yansıtılmıştır. Ancak bazı devletler ülkelerinde halihazırda bulunan düzensiz göçmenler bakımından yeni haklar ihdas edebilecek bu yaklaşımı kabul etmemişler ve düzenli- düzensiz göç ayrımını devam ettirme yönünde tercihte bulunmuşlardır.

Göç koşulları, göçe ilişkin yaklaşımlar ve ülkelerin ya da bölgelerin ihtiyaçları öylesine değişiklik göstermektedir ki tüm ülkeler, mülteciler için var olduğu şekliyle göçmenler bakımından da bağlayıcı, normatif bir uluslararası çerçeve geliştirmenin oldukça zor olduğunun farkındadırlar. Buna rağmen devletlerin uzlaşabileceği asgari bir orta nokta bulunarak uluslararası işbirliğinin sağlanması zorunluluğu da ülkeler tarafından büyük çoğunlukla kabul edilmektedir ki esasen KGM ile sonuçlanan sürecin en büyük motivasyonu da bu kabul olmuştur. Bu bakış açısıyla ve devletlerin tereddütlerini ortadan kaldırmak amacıyla her iki Küresel Mutabakat da, "Devletlerin birincil sorumluluğunu ve egemenliğini" açıkça kabul eden bir çerçeve dahilinde (KMM, para. 33; KGM, para. 7, 15) insan hareketliliğinin yönetilmesi ve uluslararası işbirliğinin geliştirilmesi için ilkeler ve uygulamalar üzerinde fikir birliği oluşturulmasını amaçlamaktadır¹²⁶.

Gelinen noktada göç konusu ulusal egemenlik alanında kalmaya devam mı etmeli, dolayısıyla devletler kendi uygulamalarına kendileri mi karar vermeli, yoksa bu husus tıpkı insan hakları gibi ulusal üstü olarak mı düzenlenmeli, sorusu KGM'nin getirdiği rejime yönelik temel soruyu da oluşturmaktadır. Bu değerlendirme yapılırken devletlerin ulusal üstü

¹²⁴ Bu noktada doktrinde mülteciler ve göçmenlere ilişkin iki ayrı Mutabakat metni hazırlanmasına ilişkin eleştiriler bulunmaktadır. Bkz. Garlick/Inder, s. 220.

¹²⁵ Solomon/Sheldon, s. 587.

¹²⁶ McAdam, "The Global Compacts", s. 572.

düzyeyde bir düzenlemeye bıraktıkları alanlar ve iç hukukta düzenledikleri alanlar ayırımı en önemli parametreyi teşkil etmektedir. Özellikle BM'nin kurulmasından itibaren insan hakları alanındaki ivme, ulusal üstü düzey yönünde olmuş ve insan haklarının ulusal egemenlik üstünde yer alan ulusal üstü mekanizmalarla korunması sağlanmıştır. Ne var ki insan hakları alanındaki bu ivme en genel kapsamıyla mülteci hukukuna aynı ölçüde yansımamıştır.

Mülkiyet haklarının korunması¹²⁷ veya ticaretin teşvik edilmesi söz konusu olduğunda; devletler sınırları adeta göz ardı ederek sermayenin serbest dolaşımı için gerekli şartları sağlamışlardır. Bu bağlamda ulus ötesi şirketlerin kendi ülkelerinde yatırım yapmalarını sağlayabilmek için sadece vergilerin düşürülmesi, alt yapı yatırımları veya teşvikler sağlamakla yetinmemiş; sermaye hareketliliğinin önündeki engelleri de kaldırmışlardır. Ayrıca ulus ötesi sermayenin faaliyet gösterebileceği elverişli bir ortam oluşturmakta yetersiz kaldıkları noktada Dünya Bankası, Dünya Ticaret Örgütü ve Uluslararası Para Fonu gibi uluslararası kuruluşlar eliyle ulusal üstü hukuki ve düzenleyici bir sistem inşa etmişlerdir¹²⁸. Buna karşın, işgücü, başka bir deyişle insanın hareket yeteneği her geçen gün sınırlandırılmaktadır¹²⁹. İltica başvurularının hedef ülkeler dışında gerçekleştirilmesi (göçün dışsallaştırılması-*externalization*), göçmen

¹²⁷ Roma'da mülkiyet ilişkilerinin korunması ve düzenlenmesini esas alan özel hukukun sistematikleşmesi karşısında yurttaşlar ile siyasi iktidar arasındaki ilişkileri düzenleyen bir kamu hukuku alanı gelişmemiştir (Berke Özenç, *Hukuk Devleti- Kökenleri ve Küreselleşme Çağındaki İşlevi*, İletişim Yayınları, 3. Bası, İstanbul, 2020, s. 68). Kamu ve özel hukuk ayrımı şeklinde bir ayrım Roma Hukukunda yer alıyor olsa da sistematikleşen ve günümüze kadar ulaşan ilke ve kurumlar büyük oranda özel hukuka aittir. Roma Hukukunun en gelişmiş kısmını oluşturan özel hukukta alım-satım, kiralama, miras gibi maddi işlemler ve mülkiyet ilişkileridir. (Perry Anderson, *Passages from Antiquity to Feudalism*, Verso World History Series, Nisan 2013, s. 65-66). İnsan haklarına ilişkin kavramlar ise -örneğin modern kamu hukuku bakımından neredeyse tüm dünyada en temel ilkelerden biri olarak kabul edilebilecek olan suçta ve cezada kanunilik ilkesi- Roma Hukukuna tamamen yabancı olan bir kavramdır (Özenç, s. 73).

¹²⁸ William I. Robinson, "Beyond the Theory of Imperialism: Global Capitalism and the Transnational State", *Societies without Borders*, 2007, C. 2, S. 1, s. 18.

¹²⁹ Bkz. Manfred B. Steger, *Küreselleşme*, Dost Kitabevi, 2006, s. 91; Didem Danuş,

kabul kotalarının azaltılması ve vize prosedürlerinin her geçen gün zorlaştırılması gibi yöntemler insan hareketliliğinin kontrolüne ilişkin çabayı yansıtmaktadır¹³⁰.

Günümüzde uluslararası tahkim mekanizmaları ve mülkiyete ilişkin pek çok bağlayıcı düzenleme karşısında insan haklarının korunmasına ilişkin mekanizmalar hem daha primitif hem de devletlerin desteğinden daha yoksun olarak görev ifa etmeye çabalamaktadırlar. Bu karşılaştırmada kamu hukuku özellikle klasik insan haklarının korunması bağlamında özel hukukun ardında konumlanırken, mülteci hukuku maalesef çok daha geri sıralara düşmektedir. Bu nedenledir ki 1951 Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Cenevre Sözleşmesi'nden sonra, sığınma alanında geniş bir katılımı ile imzalanan Göç Mutabakatı, bağlayıcı bir sistem oluşturmaya dahi büyük öneme sahiptir.

Bugün, devletlerin büyük bir çoğunluğu uluslararası göç olgusunun daha iyi yönetilmesi gerektiğini ve aralarında işbirliği olmaksızın kendi başlarına bu hususun üstesinden gelemeyeceklerini kabul etmektedirler. (KGM, Giriş, para. 7). Ancak devletler, hem ülkesel çıkarlar, dış ilişkiler, güvenlik ve ekonomik kaygılar gibi farklı sebeplerle hem de göçün kontrolü ve geri kabul gibi hususlardaki anlaşmazlıklar nedeniyle sığınmacılara karşı olan sorumluluklarını göz ardı etmektedirler. Başka bir deyişle devletlerin faaliyet alanları insan hakları kuramının evrensel ta-

“Küreselleşme, Ulusötesi Göç ve Ulus-Devlet”, *Küreselleşme ve Demokrasi; Küreselleşmenin Farklı Yüzleri*, Editörler: Özgür Akdağ/Cemil Yıldızcan, Dipnot Yayınları, 2011, s. 268; Wood da sermayenin serbest dolaşımı için tüm kolaylıklar sağlanırken, iş gücünün dolaşımının çok sıkı kurullarla korunmasını devletin tarihsel işlevlerinden biri olarak nitelendirmiştir. Bu bağlamda sadece işçilerin hareketsiz tutulmaları değil, dönemsel olarak işgücü ihtiyacı olan yerlere yönlendirilmeleri de bu denetimin bir parçasıdır. Ellen Meiksins Wood, “Küreselleşme ve Devlet: Sermayenin iktidarı Nerede?”, çev. Emel Kahraman, *Kapitalizme Reddiye*, Hazırlayan: Alfredo Saad Filho, Yordam Yayınları, 2006, 155-172, s. 162-163.

¹³⁰ Danış, s. 268; Joanne Thorburn, “Transcending Boundaries: Temporary Protection and Burden-sharing in Europe”, *International Journal of Refugee Law*, C. 7, S. 3, 1995, 459-480, s. 461-462; Guy Goodwin-Gill/Jane McAdam, *The Refugee in International Law*, 3. Bası, OUP 2007, s. 189.

nımlaması ile devlet egemenliğinin gerekleri arasında sıkışmış durumdadır¹³¹. Göç alanında devletlerin daha fazla sorumluluk altına girmek istemiyor oluşları mülteci hukuku alanında yaşanan kısmi gelişmeye kıyasla göç alanında hiçbir somut adım atılmaması sonucunu doğurmuştur. Bu husus BM Uluslararası Göç Küresel Komisyonu tarafından 2005 tarihli raporda ele alınan ve “ülkelerin çoğunluğunun göç alanında uluslararası dayanışma ve işbirliği ilkesine tabi olmak istemediklerini çünkü göç politikalarının hala ulusal alanda düzenlendiğine”¹³² ilişkin kanaatin adeta bir yansıması niteliğindedir. Bu noktada göç alanında devletlerin karşı karşıya olduğu yapısal sınırlar göz önüne alındığında hem bölgesel anlaşmalar gibi ulus üstü bağlamdaki çalışmalar, hem de belediyeler, sivil toplum gibi devlet-içi pratikler oldukça önemli bir rol oynamaktadır¹³³. Ancak son tahlilde tüm bu paydaşların süreçte oynadıkları önemli role rağmen, bir göçmenin ülkenin sınırları içerisindeki varlığını yasal hale getirmek veya yasa dışı ilan etmek devletlerin münhasıran kullandıkları egemenlik yetkisi alanındaki bir husustur. Dolayısıyla KGM’nin izleme mekanizması yerel makamlardan sürece ilişkin olarak daimi bir geri bildirim sağlanması konusunda başarılı olsa bile merkezi devletler göç kontrolünde nihai bekçi konumunda olacaktır¹³⁴.

IV. Sonuç ve Değerlendirme

Dünyanın hemen her bölgesinde göçmen karşıtı söylemlerin arttığı bir dönemde, Küresel Göç Mutabakatının imzalanması ile devletler nihai bir metin üzerinde mutabakata vararak göç yönetimi konusunda

¹³¹ Lavanex, “The UN Global Compacts” s. 691.

¹³² Uluslararası Göç Küresel Komisyonu, 2005, s. 67.

¹³³ Bu ikilemi aşmak adına bir çözüm olarak yapılan çalışmalar şehir yönetimlerinin bu düzeyde bir baskıya maruz kalmadıklarını bu nedenle de kayıtsız göçmenlerin varlıkları ve entegrasyonları konusunda çok daha esnek ve etkili çözümler üretebildiklerini göstermektedir. Bkz. Colleen Thouez, “Cities as Emergent International Actors in the Field of Migration: Evidence from the Lead-up and Adoption of the UN Global Compacts on Migration and Refugees”, *Global Governance* 2020, C. 26, S. 4, 650-673.

¹³⁴ De Búrca/Keohane/Sabel, 477-486; Lavanex, “The UN Global Compacts”, s. 691.

birbirleriyle işbirliği yapma yönündeki iradelerini ortaya koymuşlardır. Göç alanında hükümetler arasında gerçekleşen müzakereler sonucunda kabul edilmiş ve bu kadar kapsamlı hususların ele alındığı bir metin, türünün ilk örneği olması açısından son derece önemlidir. Bu geniş katılım bile tek başına, devletlerin daha iyi işbirliği yapma konusundaki samimi isteklerini göstermektedir. Devletler, bu Mutabakat ile esasen yalnızca göçmenler için değil, ayrıca transit ve hedef ülkeler bakımından da güvenli olmayan ve düzensiz göçün sebepleri ve etkilerini bütünsel bir bakış açısıyla ele almak için birlikte çalışmaları gerektiğini kabul etmektedirler. Ayrıca göçmenlik statülerine bakılmaksızın ve ayrımcılık yapılmaksızın tüm göçmenlerin insan haklarının korunması ve temel hizmetlerden yararlanmalarının sağlanmasına yönelik düzenlemeler yanında, göç bağlamında hayat kurtarmak, güvenlik açıklarını ele almak ve göçmen işçilerin adil ve etik bir şekilde işe alınmasını kolaylaştırmak şeklindeki güçlü taahhütler, Mutabakatın insan haklarına dayalı bir sistem kurmayı amaçladığını göstermektedir. Öte yandan insan hareketliliğinin önümüzdeki yıllarda uluslararası toplumun gündeminde üst sıralarda olması muhtemel bir konusu olan iklim değişikliğinin, çevresel bozulmayı ve doğal afetleri şiddetlendiren etkileriyle birlikte Mutabakat metninde yer alması ve bu alanda önleyici tedbirleri alınmasının kararlaştırılması, metnin göç konusunu her yönüyle ele alma amacını da ortaya koymaktadır.

Her ne kadar KGM bağlayıcı bir yapı oluşturmamış olsa ve ilk aşamada çok ciddi değişiklikler öngörmese de mutabakat metinleri ve beraberinde getirdikleri işbirliği mekanizmaları uzun vadede farklı çalışmalara kapı aralayabilirler. Küresel Göç Mutabakatına olumsuz bir bakış açısıyla yaklaşanlar Mutabakat metnini “konuşulacak pek çok toplantının organize edileceği ve böylece her şeyin süreçten ibaret hale geleceği” şeklinde eleştirmekte¹³⁵ ve hükümetlerin bir taraftan Mutabakatta insan haklarını vurgularken, öte yandan aralarında yaptıkları resmi ve gayri resmi anlaşmalarla ulusal sığınma sistemine başvuruyu imkansız hale getirerek göçmenlerin hayatlarını riske atacaklarına dikkat çekmektedirler¹³⁶. Öte yandan Mutabakat metnine olumlu bir bakış açısıyla yaklaşan *Deneyisel*

¹³⁵ James C. Hathaway, “The Global Cop-Out on Refugees”, *International Journal of Refugee Law*, 2018, C. 30, S. 4, 591- 604, s. 594.

¹³⁶ Hathaway, s. 594; Lavanex, “Failing Forward’ Towards Which Europe?”, 692.

Yönetişim (experimentalist governance) bağlamda ise mutabakat metinlerinin ortak amaçlar üzerinden katılımcı, kapsayıcı ve tekrarlanan yapılar kurmak suretiyle bir ekosistem oluşturdukları iddia edilmektedir¹³⁷. Dolayısıyla söz konusu ortak amaçların; mülteci hakları, insan hakları ve diğer mevcut uluslararası antlaşmalardan doğan taahhütlere ek olarak, KGM’de yer alan düzenli göçün kolaylaştırılması ve yasa dışı göç ile mücadele gibi yeni ilkelere de bağlı olacağına dikkat çekmektedirler. Böylece *Aleinikoff*’un iddia ettiği gibi göçe ilişkin uluslararası normların artık “malzemesi olmayan bir yapı” inşa etmediği; hukuk ve siyaset arasında bağlayıcı olmayan bir çatı altında birleştiği iddia edilmektedir¹³⁸.

Bu aşamadan sonra Mutabakatın devletler tarafından nasıl uygulanacağı, göç olgusunun daha insancıl ve hak temelli bir biçimde düzenlenip düzenlenemeyeceğini de belirleyecektir. Olumsuz bakış açısı, getirilen sistemin mevcut devlet uygulamalarından çok uzak hedefler belirleyen sohbet toplantılarından öteye geçemeyeceğini¹³⁹ iddia ederken olumlu bir bakış açısıyla küresel mutabakatların aslında insan haklarına ve mülteci hukukuna dair zaten mevcut olan taahhütleri tasdik ederek, bu alanda uluslararası ve çok katmanlı bir işbirliğine olan ihtiyacı kabul ettikleri şeklinde yorumlanmaları mümkündür¹⁴⁰. Bu noktada *Crepaou*, devletlerin insan hareketliliğinin kolaylaştırılmasının tüm bu sorunlar için en makul çözüm olduğunun zaten farkında olduklarını belirtmekte ve KGM’nin de -eksikleri olsa da- hareketliliği kolaylaştırmak için oldukça güçlü ve tutarlı bir kavramsal çerçeve sağladığını ifade etmektedir. Ancak ne yazık ki böyle bir kolaylaştırma lehine siyasi bir söylem tek başına yeterli değildir; taahhütlerin etkin bir şekilde uygulanabilmesi için daha çok zamana ve politika geliştirilmesine ihtiyaç duyulmaktadır¹⁴¹.

¹³⁷ Lavanex, “The UN Global Compacts”, s. 688.

¹³⁸ *Aleinikoff*, uluslararası göç yönetimini “malzemesi olmayan yapı” (*substance without architecture*) olarak tanımlamaktadır. Bkz. *Aleinikoff*, “Substance without Architecture”, 467-479. Ayrıca Bkz. Lavanex, “The UN Global Compacts”, s. 689 ve Gammeltoft- Hansen, 2017.

¹³⁹ Hathaway, s. 594.

¹⁴⁰ Lavanex, “The UN Global Compacts”, s. 693.

¹⁴¹ Crépeau, s. 656.

Mutabakat, günümüzün en büyük sorunlarından birinin uluslararası toplum olarak hep birlikte ele alınması çabasının sadece niyetini ve başlangıcını oluşturmaktadır. Bu noktada KGM, belirlediği her bir hedefin gerçekleştirilmesi için Devletlerin kendi durumlarına en uygun olanı seçebilecekleri bir yol haritası ve seçenekler menüsü sağlamaktadır. Ancak son tahlilde süreç, mevcut uluslararası taahhütlerine ek herhangi bir taahhüt altına girmek istemeyen ve sınır kontrolünü egemenlik yetkisi olarak gören devletlerin söz konusu Mutabakat metninin hedeflerini nasıl hayata geçireceklerine yönelik çabalarıyla şekillenecektir. Unutulmamalıdır ki; *“Göç, insan varoluşunun doğal bir parçasıdır; suç değildir, sorun değildir ve çözüm olma potansiyeline sahiptir. Bu anlayışa göre, göç yönetişimi sınırları kapatmak ve insanları dışarıda tutmak değil, hareketliliği düzenlemek, yani erişilebilir, düzenli, güvenli ve uygun fiyatlı göç kanalları açmak ve çeşitliliği kutlamak ve teşvik etmekle ilgilidir¹⁴²”*.

¹⁴² BM Göçmenlerin İnsan Hakları Özel Raportörü François Crépeau'nun İnsan Hakları Konseyi'ne sunduğu 2035 İnsan Hareketliliğinin Kolaylaştırılması Gündemi Raporu, İnsan Hakları Konseyi, Seventy-first session, Promotion and protection of human rights: Human rights questions, including alternative approaches or improving the effective enjoyment of human rights and fundamental freedoms, 20 Temmuz 2016, <http://gcmigration.org/wp-content/uploads/2016/07/SRMIGRANTSGA2016ReportAUVDevelopingtheGlobalCompactonMigration.pdf>, Erişim tarihi: 11 Şubat 2021).

ZUSAMMENFASSUNG

Nach Angaben der Internationalen Organisation für Migration (IOM) bilden 280,6 Millionen Menschen (circa 3,6% der gesamten Weltbevölkerung) Migranten. Obwohl große Migrationszuströme, die jedes Jahr zunehmen, politische, wirtschaftliche, soziale sowie humanitäre Folgen verursachen und alle Grenzen überschreiten, gibt es im Bereich der Migration keine Regulierung, die auf internationaler Ebene bindend ist. Aufgrund der Tatsache, dass die Vereinten Nationen keinen politischen Willen erfahren haben, in diesem Bereich unter den Mitgliedstaaten zu handeln, fällt auf, dass in den letzten zwanzig Jahren einige Initiativen einschließlich Dialog und gemeinsamer Arbeit im Bereich der internationalen Migration stattgefunden haben. Als Ergebnis all dieser Initiativen wurde der „Globale Pakt für eine sichere, geordnete und reguläre Migration“ von der Generalversammlung der Vereinten Nationen als Resolution akzeptiert.

Schaut man sich den Inhalt des Paktes genauer an, so wird unter Bezugnahme auf internationale Konventionen und Vorschriften in Bezug auf die Einwanderung festgestellt, dass darin gemeinsame Ziele durch 9 Grundsätze festgelegt wurden: Zu denen gehören ; Der Mensch im Mittelpunkt, Internationale Zusammenarbeit, Nationale Souveränität, Rechtsstaatlichkeit und ordnungsgemäße Verfahren, Nachhaltige Entwicklung, Menschenrechte, Geschlechtersensibilität, Kindergerechtigkeit, Gesamtregierungsansatz sowie die einheitliche Betrachtungsweise der Gesellschaft (GMP, Ansatz, Abs. 15).

Zu den wesentlichen Zielen gehören unumstrittene Ziele wie die Verbesserung der Migrationsdaten sowie die Bereitstellung der rechtlichen Identität und Dokumentierung von Migranten (Ziele 1 und 4); Neben dem integrierten, sicheren und koordinierten Management der Grenzen sowie der Integrations-, Rückkehr- und Wiederaufnahmeprozesse (Ziel 11, 21); Ziele werden auch in sehr kontroversen Bereichen wie der Verbesserung der regulären Migrationsrouten und der Erleichterung fairer und ethischer Beschäftigungs- und Sicherheitsbedingungen festgelegt (Ziel 5, 6).

Auf der anderen Seite zielt der Pakt darauf hin, Ziele zu erreichen, die aus bestehenden Menschenrechtsabkommen resultieren, wie die Sensibilität bei der Migration zu verringern, Leben zu retten, die Inhaftierung von Migranten zu begrenzen und den Zugang zu grundlegenden sozialen Diensten für Migranten sicherzustellen ist (Ziele 7, 8, 13, 15). Daneben werden noch darin einige

Ziele, die mit der Entwicklungsdimension des Migrationsphänomens als Grundursachen, Diaspora und den Überweisungen eng zusammenhängen, festgelegt (Ziele 2, 19 und 20).

Der Pakt zielt darauf hin, ein System zu etablieren, das auf einer Reihe von gemeinsamen Interessen und unabhängigen Richtlinien beruht, von denen eine die Menschenrechte darstellen. Unter diesem Aspekt heißt es, dass der Global Pakt auf den internationalen Menschenrechtsnormen gründet und die Grundsätze der Nichtregression und Nichtdiskriminierung wahrt. Die Verpflichtung der Staaten besteht darin, „allen Migranten unabhängig von ihrem Immigrantenstatus ihre Menschenrechte durch einen sicheren Zugang zu Grundleistungen wahrzunehmen“ und (Abs. 31) zu versuchen, die Inhaftierung von Kindern zu vermindern (Abs. 29/h), sowie den Grundsatz „Wohls des Kindes“, jederzeit als eine Priorität anzusehen¹⁴³. Hinzu kommt noch, die Erleichterung ihres Zugangs zu Verfahren zur Familienzusammenführung¹⁴⁴. All das zeigt deutlich, dass sich der Text des Konsenses auf die Menschenrechte beruft.

Andererseits sollte die politische Verbindlichkeit des Paktes nicht übersehen werden. Die Unterzeichnerstaaten senden der internationalen Öffentlichkeit eine starke Botschaft über den Willen, im Bereich der Migration zusammenzuarbeiten. Mit anderen Worten ist der Pakt, der "eine breite und dominante Unterstützung widerspiegelt" und "neue ethische und politische Verpflichtungen der Weltregierungen signalisiert", zwar unverbindlich, kann jedoch die Grundlage und das Interpretationsinstrument für künftige Vereinbarungen bilden. Nach all diesen Entwicklungen wurde der Globale Migrationspakt im Dezember 2018 mit den Unterschriften von 152 Staaten in die UN-Generalversammlung aufgenommen, während die, die USA und Australien, in denen die höchste Einwanderung verzeichnet wurde, den Text nicht unterzeichneten.

Die Tatsache, dass das Pakt-System nicht rechtsverbindlich ist und auf Freiwilligkeit basiert, wurde in der Doktrin mit der Begründung kritisiert, da diese Struktur kein wirksames Migrationsmanagement schaffen kann. Aleinikoff stellt fest, dass Pakten keine multilateralen Verträge sind, die ein Regelwerk im klassischen Sinne darstellen, sondern Texte, die Ökosysteme oder Strukturen schaffen, welche die internationale Zusammenarbeit fördern. Aus diesem Grund

¹⁴³ Abs. 15, 21 (i), 23, 23 (e), 23 (f), 27 (e), 29 (h), 37 (g).

¹⁴⁴ Abs. 21, 21 (i), 23 (f), 27 (e), 28 (d), 29 (h), 32 (c), 37 (g).

ist es erforderlich, den Globalen Migrationspakt unter diesem Gesichtspunkt anzusprechen. Der stellvertretende Generalsekretär der Vereinten Nationen, Mohammed, erklärt, es sei nicht richtig, an dem Pakt so früh derartig Kritik zu üben, dass die Auswirkungen und das Ergebnis des Paktes von Staaten und Institutionen bei der Umsetzung des Paktes bestimmt werden.

Die meisten Länder erkennen heute an, dass das Phänomen der internationalen Migration besser bewältigt werden muss, und akzeptieren, dass ein einzelner Staat dieses Problem nicht alleine lösen mag (GMP, Ansatz, Abs. 7). Sowohl Migrations- als auch Flüchtlingsfragen werden jedoch wegen der unterschiedlichen Interessenkonflikte nicht angemessen behandelt. Es kommt zu Konflikten zwischen Staaten, insbesondere ausgehend von Themen wie nationale Interessen, Außenbeziehungen, Sicherheits- und Wirtschaftsbedenken, Verantwortung der Länder gegenüber Asylbewerbern, Kontrolle der Migration und Rückübernahme. Die Tatsache, dass Staaten in diesem Bereich keine weiteren Verantwortungen mehr übernehmen wollen, hat es zur Folge, dass im Bereich der Migration im Vergleich zur relativen Entwicklung im Bereich des Flüchtlingsrechts keine konkreten Schritte unternommen worden sind.

Angesichts der strukturellen Grenzen, mit denen Staaten im Bereich Migration aus den genannten Gründen konfrontiert sind, spielen sowohl Studien im supranationalen Kontext wie regionale Vereinbarungen wie auch innerstaatliche Praktiken, Kommunen sowie Zivilgesellschaft eine sehr wichtige Rolle. Die Tätigkeitsfelder der Staaten stecken zurzeit eng zwischen der universellen Definition der Menschenrechtstheorie und den Verpflichtungen der staatlichen Souveränität. Selbst wenn es dem Überwachungsmechanismus von GMP gelingt, den lokalen Behörden dauerhaft Feedback zu diesem Prozess zu geben, werden sich die Zentralstaaten als ultimative Hüter bei der Migrationskontrolle erweisen.

Obschon die GMP keine verbindliche Struktur geschaffen und in der ersten Phase keine wesentlichen Änderungen vorgenommen hat, können die Paktttexte und die damit einhergehenden Kooperationsmechanismen langfristig die Tür zu verschiedenen Studien und insbesondere zur Einbeziehung von Nicht-Studien öffnen. Daneben kann dies insbesondere zum Heranziehen von Regierungsakteuren und dem Kapazitätsaufbau sowie der Unterstützung zum Schutz der gegenwärtigen Phase des Prozesses dazu beitragen. Nach dieser Phase wird

die Anwendung des Paktes durch die Staaten offenbar zeigen, ob das Phänomen der Migrationen humaner und auf Rechten basierender geregelt werden kann.

Der Pakt umfasst somit die Absicht und den Beginn der Bemühungen, eines der größten Probleme der heutigen internationalen Gemeinschaft zu beheben. Zu diesem Zeitpunkt sorgt GMP für eine Roadmap und ein Menü mit Optionen, in denen die Staaten diejenige auswählen können, die ihrer Situation am besten entspricht, um jedes gesetzte Ziel zu erfüllen.

Letztendlich wird der Prozess jedoch von den Bemühungen geprägt sein und davon, wie Staaten, die die Grenzkontrolle als souveräne Macht ansehen und die zusätzlich zu ihren bestehenden internationalen Verpflichtungen keine weiteren Verpflichtungen eingehen wollen. Es sollte nicht vergessen werden, dass; „Migration ein natürlicher Bestandteil der menschlichen Existenz ist. Es sei kein Verbrechen, es sei kein Problem und es habe das Potenzial, eine Lösung zu sein. Nach diesem Verständnis geht es bei der Steuerung der Migration nicht darum, Grenzen zu schließen und Menschen fernzuhalten, sondern darum, Mobilität zu organisieren, zugängliche, geordnete, sichere und erschwingliche Migrationskanäle zu öffnen und Vielfalt gut zu begrüßen und zu unterstützen“.

KISALTMALAR CETVELİ

AB	Avrupa Birliği
ABD	Amerika Birleşik Devletleri
Bkz.	Bakınız
BM	Birleşmiş Milletler
CERD	İrk Ayrımcılığının Önlenmesi Komitesi (The Committee on the Elimination of Racial Discrimination)
GMP	Globale Pakt für eine sichere, geordnete und reguläre Migration
KGM Mutabakat)	Küresel Göç Mutabakatı (Güvenli, Sistemli ve Düzenli Göç için Mutabakat)
KMM	Küresel Mülteci Mutabakatı
m.	madde
MSHS	BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi
OHCHR	Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği)
para.	paragraf
paras.	Paragraflar
RG	Resmi Gazete
UAD	Uluslararası Adalet Divanı
UÇÖ	Uluslararası Çalışma Örgütü (International Labor Organization)
UGÖ	Uluslararası Göç Örgütü (International Organization for Migration)
UNESCO	United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (Birleşmiş Milletler Eğitim, Bilim ve Kültür Örgütü)
UNFPA Fonu)	United Nations Population Fund (Birleşmiş Milletler Nüfus Fonu)
UNHCR	The United Nations Refugee Agency (Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği)

UNICEF	United Nations International Children's Emergency Fund) (Birleşmiş Milletler Çocuklara Yardım Fonu)
UNODC	United Nations Office on Drugs and Crime (Birleşmiş Milletler Uyuşturucu ve Suç Ofisi)
UNU	Birleşmiş Milletler Üniversitesi (United Nations University)
WHO	World Health Organization (Dünya Sağlık Örgütü)

KAYNAKÇA

- ALEINIKOFF Alexander T., "International Legal Norms on Migration: Substance without Architecture" in *International Migration Law: Developing Paradigms and Key Challenges*, Editörler: Ryszard Cholewinski/ Euan MacDonald/ Richard Perruchoud, TMC Asser Press, The Hague, 2007, 467-479.
- ALEINIKOFF Alexander T., "The Unfinished Work of the Global Compact of Refugees", *International Journal of Refugee Law*, 2018, Cilt: 30, Sayı: 4, 611-617.
- ALLINSON Kathryn/ ERDUNAST Paul/ GUILD Elsepeth/ BAŞARAN Tuğba, *GCM Commentary: The Legal Status of the UN's Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration in International Law and UK Law*, RLI Blog on Refugee Law and Forced Migration, 31 Ocak 2019, London, SAS, 2019, <https://rli.blogs.sas.ac.uk/2019/01/31/gcm-commentary-the-legal-status/>(Erişim tarihi: 11.01.2021).
- ANDERSON Perry, *Passages from Antiquity to Feudalism*, Verso World History Series, Nisan 2013.
- BETTS Alexander, "Introduction: Global Migration Governance", *Global Migration Governance*, Editör: Alexander Betts, OUP, 2011, 1-29.
- COSTELLO Cathryn, "Refugees and (Other) Migrants: Will the Global Compacts Ensure Safe Flight and Onward Mobility for Refugees?", *International Journal of Refugee Law*, 2018, Cilt: 30, Sayı: 4, 643-649.
- CRÉPEAU François, "Towards a Mobile and Diverse World: 'Facilitating Mobility' as a Central Objective of the Global Compact on Migration", *International Journal of Refugee Law*, 30 (4), 2018, 650-656.
- DANIŞ, Didem, "Küreselleşme, Ulusötesi Göç ve Ulus-Devlet", *Küreselleşme ve Demokrasi; Küreselleşmenin Farklı Yüzleri*, Editörler: Özgür Akdağ/ Cemil Yıldızcan, Dipnot Yayınları, 2011.
- DAUVERGNE Catherine, "Irregular Migration, State Sovereignty and the Rule of Law" *Research Handbook on International Law and Migration*, Editörler: Vincent Chetail/Céline Bauloz, Edward Elgar, Cheltenham, 2014, 75-92.
- DE BÚRCA Grainne, "Human Rights Experimentalism", *American Journal of International Law*, 2017, Cilt: 111, Sayı: 2, 277-316.
- DE BÚRCA Grainne/ KEOHANE Robert/SABEL Charles F., "Global Experimentalist Governance", *British Journal of Political Science*, 2014, Cilt: 44, Sayı: 3, 477-486.
- DE GUCHTENEIRE P. / PECOUD A. /CHOLEWINSKI R., *Migration and Human Rights, The United Nations Convention on Migrant Workers' Rights*, Cambridge University Press, 2008.

- Encyclopaedic Dictionary of International Law*, Editörler: John P. Grant/ J. Craig Barker, 3. Bası, Oxford University Press, 2009.
- FINNEMORE Martha/SIKKINK Kathryn, "International Norm Dynamics and Political Change", *International Organization*, 1998, Cilt: 52, 887-917.
- FITZGERALD David Scott, *Refugee Beyond Reach: How Rich Democracies Repel Asylum Seekers*, Oxford University Press, New York, 2019.
- GAMMELTOFT-HANSEN Thomas/ GUILD Elspeth/ ROELE Isobel/ PANIZON Marion/ MORENO-LAX Violeta, *What is a Compact? Migrant's Rights and State Responsibilities Regarding the Design of the UN Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration*, Raoul Wallenberg Institute Paper, Raoul Wallenberg Institute of Human Rights, Lund, 2017, <https://rwi.lu.se/publications/compact-migrants-rights-state-responsibilities-regarding-design-un-global-compact-safe-orderly-regular-migration/> (Erişim tarihi: 11.01.2021).
- GARLICK Madeline/INDER Claire, "Protection of Refugees and Migrants in the Era of the Global Compacts- Ensuring Support and Avoiding Gaps", *International Journal of Postcolonial Studies*, 2021, Cilt: 23, Sayı: 2, 207-226.
- GATTI Mauro, "EU States' Exit from the Global Compact on Migration: A Breach of Loyalty", *European Union, Migration, UN Compact for Migration*, 14.02.2018, <https://eumigrationlawblog.eu/eu-states-exit-from-the-global-compact-on-migration-a-breach-of-loyalty>.
- GOODWIN-GILL, Guy/McADAM, Jane. *The Refugee in International Law*, 3. Bası, OUP 2007.
- GUILD Elspeth, "The UN Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration: What Place for Human Rights?", *International Journal of Refugee Law*, Vol 30, No. 4, 661-663.
- GUILD Elspeth/ GRANT Stephanie, *What Role for the EU in the UN Negotiations on a Global Compact on Migration?*, CEPS Research Report 2017/05, Brüksel, CEPS, 2017.
- GUILD Elspeth & GRANT Stephanie, *Migration Governance in the UN: What is the Global Compact and What does it Mean?*, Queen Mary University of London School of Law Legal Studies Research Paper No: 252/2017, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2895636 (Erişim tarihi: 11.01.2021).
- GÜRİZ Adnan, *Hukuk Başlangıcı- Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş*, Siyasal Kitabevi, 7. Baskı, Ankara, Eylül 1999.

- HATHAWAY James C., "The Global Cop-Out on Refugees", *International Journal of Refugee Law*, 2018, Cilt: 30, Sayı: 4, 591- 604.
- HEIJER M. Den/ SPIJKERBOER T., *Is the EU-Turkey Refugee and Migration Deal a Treaty?* (EU Law Analysis, 7 Nisan 2016, European Union, Brussels, 2016, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2016/04/is-eu-turkey-refugee-and-migration-deal.html>, (Erişim tarihi: 11.01.2021).
- KÄLIN Walter, "From the Nansen Principles to the Nansen Initiative", *Forced Migration Review*, 2012, Cilt: 41, 48-49.
- KÄLIN Walter, "The Global Compact on Migration: A Ray Hope for Disaster-Displaced Persons", *International Journal of Refugee Law*, 2018, Cilt: 30, Sayı: 4, 664-667.
- KLEIN-SOLOMON Michele/SHELDON Suzanne, "The Global Compact for Migration: From the Sustainable Development Goals to a Comprehensive Agreement on Safe, Orderly and Regular Migration", *International Journal of Refugee Law*, 2018, Cilt: 30, Sayı: 4, 584-590.
- LAVANEX Sandra, "The UN Global Compacts on Migration and Refugees- A Case for Experimentalist Governance?", *Global Governance*, 2020, Cilt: 26, 673-696.
- LAVANEX Sandra, "Failing Forward' Towards Which Europe? Organized Hypocrisy in the Common European Asylum System", *Journal of Common Market Studies*, 2018, Cilt: 56, Sayı: 5, 1195-1212.
- LAVANEX Sandra, "Migration Governance in The UN: What is the Global Compact and What does it mean?", Queen Mary University of London, School of Law Legal Studies Research Paper No. 252/2017.
- LAVANEX Sandra, "Shifting-Up and Out: the Foreign Policy of European Immigration Control", *West European Politics*, 2006, Cilt: 29, Sayı: 2, 329-350.
- McADAM Jane, *Climate Change, Forced Migration, and International Law*, Oxford University Press, 2012.
- McADAM Jane, "The Global Compacts: A New Era for International Protection?", *International Journal of Refugee Law*, 2018, Cilt: 30, Sayı: 4, 571-574.
- MELIN Pauline, "The Global Compact for Migration: Lessons for the Unity of EU Representation", *European Journal of Migration and Law*, 2019, Cilt: 21, Sayı: 9, 194-214.
- MOHAMMED Amina, "Implementation will be Ultimate Proof of Success", UN Press Release No. DSG/SM(1183-DEV/3338, 7 Haziran 2018, <https://www.un.org/press/en/2018/dsgsm1183.doc.htm> (Erişim tarihi: 01.01.2021).

- NEWLAND Kathleen, "The Governance of International Migration: Mechanisms, Processes, and Institutions", *Global Governance*, 2010, Cilt: 16, Sayı: 3, 331-343.
- NEWLAND Kathleen, "The Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration: An Unlikely Achievement", *International Journal of Refugee Law*, 2018, Cilt: 30, Sayı: 4, 657-660.
- ÖZENÇ Berke, *Hukuk Devleti- Kökenleri ve Küreselleşme Çağındaki İşlevi*, İletişim Yayınları, 3. Bası, İstanbul, 2020.
- ROBINSON William I., "Beyond the Theory of Imperialism: Global Capitalism and the Transnational State", *Societies without Borders*, 2007, Cilt: 2, Sayı: 1, 2007.
- RUGGIE John G., "Reconstituting the Global Public Domain- Issues, Actors, and Practices", *European Journal of International Relations*, 2004, Cilt: 10, Sayı: 4, 499-531.
- SCOTT Matthew, "Migration/Refugee Law", *Yearbook of International Disaster Law Online*, 2018, Cilt: 1, Sayı: 1, 462-472.
- STEGER Manfred, *Küreselleşme*, Dost Kitabevi, 2006.
- RUGGIE John G., "Reconstituting the Global Public Domain- Issues, Actors, and Practices", *European Journal of International Relations*, 2004, 10(4), 499-531.
- The Oxford Encyclopedia of American Cultural and Intellectual History*, Editörler: Joan Shelley Rubin/ Scott E. Casper, Oxford University Press, 2013.
- THORBURN Joanne. "Transcending Boundaries: Temporary Protection and Burden-sharing in Europe", *International Journal of Refugee Law*, C. 7, S. 3, 1995, 459-480.
- THOUEZ Colleen, "Cities as Emergent International Actors in the Field of Migration: Evidence from the Lead-up and Adoption of the UN Global Compacts on Migration and Refugees", *Global Governance*, 2020, Cilt: 26, Sayı: 4, 650-673.
- TÜRK Volker, "The Promise and Potential of the Global Compact on Refugees", *International Journal of Refugee Law*, 2018, Cilt: 30, Sayı: 4, 575-583.
- TÜRK Volker/DOWD Rebecca, "Protection Gaps", *The Oxford Handbook of Refugee and Migration Studies*, Editörler: Elena Fiddian-Qasmiyeh/ Gil Loescher/ Kathy Long/ Nando Sigona, Oxford, 2014, 278-289.
- WOOD, Ellen Meiksins, "Küreselleşme ve Devlet: Sermayenin iktidarı Nerede?", çev. Emel Kahraman, *Kapitalizme Reddiye*, Hazırlayan: Alfredo Saad Filho, Yordam Yayınları, 2006, 155-172.

Kamulaştırmanın Sınırlı Aynî Hak ve Kişisel Haklara Etkisi

Die Auswirkung der Enteignung auf die beschränkten dinglichen Rechte und die relativen Rechte

Araş. Gör. Esra Aslan *

ÖZ

Kamulaştırma işlemi taşınmaz üzerinde var olan mülkiyet hakkının yanında diğer haklar bakımından da birtakım etkilere sahiptir. İşte bu haklardan sınırlı aynî haklar ve kişisel haklar üzerinde kamulaştırma işleminin etkisi bu çalışmanın temelini oluşturmaktadır. Gerek kanun koyucunun kamulaştırma işlemi neticesinde diğer hakların akıbetini yeteri kadar düzenlememesi gerekse doktrinin bu konuya yeterli ilgiyi göstermemiş olması konunun mahkeme kararları çerçevesinde şekillenmesine sebebiyet vermiştir. Sınırlı aynî haklar bakımından kamulaştırma işlemi ile hak sona ermekte ancak bazı haklar bakımından kamulaştırma bedeli üzerinden hakkın devam ettiği görülmektedir. Kişisel haklar bakımından ise kamulaştırma işlemi kişisel hakkı sona erdirmekle birlikte kişisel hakkın tarafı olan taşınmaz malikine karşı hak talebinde bulunulması gerekmektedir. İdarenin kamulaştırma işleminden önce malikle anlaşma yolunu denediği aşamada ilgili hak sahibinin de sürece dahil olması, trampa yoluyla kamulaştırmada ilgili hakkın akıbetinin ne olacağı ve kamulaştırma işleminin iptali, bedel tespit ve tescil davasında hangi hak sahibinin davalara katılabileceği de her bir hak bakımından incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: *Sınırlı aynî hak, kişisel hak, kamulaştırma, kamulaştırma bedeli.*

* Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, (e.aslan@tau.edu.tr). ORCID: 0000-0002-9988-5579.

The Effect Of Expropriation on Limited Real Rights and Relative Rights

ABSTRACT

The expropriation process has certain effects in regard to other rights as well as the existing property right on the immovable. The effect of expropriation on limited real rights and relative rights forms the basis of this study. Since the legislator did not sufficiently regulate the situation of other rights as a result of the expropriation and the doctrine did not pay required attention to this issue, the issue was shaped within the framework of court decisions. In terms of limited real rights, the right terminates with the expropriation but in regard to some other rights, it is observed that the right continues over the expropriation price. When it comes to relative rights, although the expropriation process terminates the relative right, it is necessary to make a claim against the immovable owner, who is the beneficiary of the relative right. The involvement of the relevant right owner in the process, where the administration tries to negotiate with the owner before expropriation, what will be the fate of the relevant right in the expropriation through barter, and which right holder can participate the case of cancellation of the expropriation, case of price determination and registration were also examined in terms of each right.

Keywords: *Limited real right, relative right, expropriation, expropriation price.*

GİRİŞ

İdarenin mal edinme yöntemlerinin başında gelen kamulaştırma, en büyük etkisini mülkiyet hakkı üzerinde göstermekle birlikte etkilediği tek hak mülkiyet hakkı değildir. Başta sınırlı aynî hak ve kişisel haklar olmak üzere kamulaştırmanın taşınmaz üzerinde kurulmuş bulunan diğer haklara da etkisi bulunmaktadır. Gerek doktrinde gerekse yargı kararlarında kamulaştırmanın mülkiyet hakkı üzerine etkisi çok fazla konu edilmesine rağmen diğer haklar bakımından üzerinde yeterince durulan bir husus olmamıştır.

Kamulaştırmanın haklar üzerindeki ağır müdahalesinin çerçevesini belirlemek hukuk devleti olmanın bir gereğidir. Ancak kamulaştırmanın sadece mülkiyet hakkı üzerindeki etkisini ele almak, böylesi bir ağır müdahale karşısında diğer hakları yok saymak anlamına gelecektir.

Bu nedenle taşınmazlar üzerinde tesis edilecek haklardan kamulaştırmadan etkilenebilecek olanların incelenmesi gerekir. Bu kapsamda sınırlı aynî haklar ve kişisel hakların incelenmesi, konunun detaylı şekilde ele alınmasını sağlamaktadır.

Çalışma çerçevesinde incelenecek olan sınırlı aynî hak ve kişisel haklara kamulaştırmanın etkisi denildiğinde genel itibariyle hakkın ileri sürülebileceği çevre açısından bir ayrıma tabi tutulduğunu söylemek gerekir. Zira herkese karşı ileri sürülebilen sınırlı aynî hak ile yalnızca ilgili hukuki işlemin taraflarına karşı ileri sürülebilen hak olan kişisel hak bakımından kamulaştırmanın etkisinin nasıl olacağına ayrı ayrı bakmak gerekir. Bunun yanında etkisi kuvvetlendirilen kişisel haklar bakımından ileri sürülebileceği çevrenin artırılması hususu da bu kapsamda ele alınmaya çalışılmıştır.

Kamulaştırma işlemi, esasen mülkiyet hakkını sona erdirici bir etkiye sahiptir. Bu durumun sınırlı aynî hak ve kişisel haklar bakımından etkilerinin neler olacağı ise çalışmanın ana eksenini oluşturmaktadır. Belirtmek gerekir ki mülkiyet hakkı, tam aynî hak olduğundan çalışmamızın konusunun ise sınırlı aynî hak ve kişisel haklar bakımından kamulaştırma işleminin etkisini ele almak olduğundan çalışmanın kapsamı dışında kalmaktadır.

Bir taşınmaz üzerinde bulunan irtifak hakkının kamulaştırılması, idari irtifak konusu kapsamında olup çalışma kapsamı dışında tutulmuştur. İnceleme dahilinde üzerinde sınırlı aynî hak veya kişisel hak olan taşınmazın kamulaştırılması dolayısıyla söz konusu hakların durumu değerlendirilmeye çalışılmıştır.

Çalışma kapsamında ele alınan sınırlı aynî haklar *numerus clausus* olduğundan kamulaştırma işleminin tüm sınırlı aynî haklar üzerindeki etkisi incelenebilecekken kişisel haklar taraf iradelerine göre türetilebileceğinden sınırlandırma ihtiyacı hasıl olmuş ve bu nedenle kamulaştırmanın en çok etki edebileceği düşünülen kira ilişkisi ve taşınmaz satış vaadinden doğan kişisel hak bakımından konu ele alınmaya çalışılmıştır.

I. KAMULAŞTIRMANIN SINIRLI AYNÎ HAKLARA ET- KİSİ

Haklar, hakkın sahibinin ileri sürebileceği çevre bakımından diğ er bir deyişle hakkını ihlal etmeme yükümlülüğünün dahiline giren kimseler açısından mutlak haklar ve nisbî haklar şeklinde ikiye ayrılır. Mutlak haklar (inhisarî haklar), hak sahibinin hakkını ihlal eden herkese karşı ileri sürebileceği haklardır. Herkes bu haklara uymakla ve onları ihlal etmemekle yükümlüdür. Eşya üzerindeki mutlak haklar aynî hak olarak isimlendirilir¹. Aynı zamanda sınırlı sayıdadır. Diğ er bir deyişle kiş i- ler serbest iradeleriyle yeni mutlak hak yaratamazlar. Bu hakkın muhte- viyatında şeyi kullanma, şeyden yararlanma ve şey üzerinde tasarruf etme yetkileri bulunmaktadır. Aynî hak, konusunu oluşturan eşya üze- rinde sahibine tanıdığı yetkilere göre tam aynî hak (mülkiyet) ve sınırlı aynî haklar olarak ikiye ayrılmaktadır. Mülkiyet, sahibine en geniş yetki- leri tanıyan aynî haktır².

Mülkiyetin haricindeki aynî haklar, mülkiyet hakkının sağladığı yetkilerden sadece bazılarını veya belirli kısıtlamalarla sağlamalarından ötürü sınırlı aynî hak olarak adlandırılır. Sınırlı aynî hakların sınırlılığı hakkın aynî etkisine değ il sağlanan egemenliğin kapsamına ilişkindir³. Sı- nırlı aynî haklar irtifak, taşınmaz yükü ve rehin olmak üzere üçe ayrıl- maktadır.

Kamuya ilişkin menfaatler söz konusu olduğ unda nasıl ki mül- kiyet hakkının içeriğ i sınırlanabiliyorsa sınırlı aynî haklar bakımından da aynı durum geçerlidir⁴. Çünkü bu kısıtlamalar eşya üzerindeki aynî haki- miyetin sınırlarını ifade etmektedir. Sınırlı aynî haklar da eşya üzerinde sınırlı da olsa aynî bir hakimiyet sağladığı ndan bu kısıtlamaların sınırlı

¹ M. Kemal Oğuzman, Nami Barlas, *Medenî Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavram- lar*, 18. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012, s. 161.

² Mehmet Ayan, Nurş en Ayan, *Medenî Hukuka Giriş*, 12. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 112, 113.

³ Bülent Köprülü, Selim Kaneti, *Sınırlı Aynî Haklar*, 2. Baskı, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982-1983, s. 3, 4.

⁴ Köprülü, Kaneti, *Sınırlı Aynî Haklar*, s. 13.

aynî hakları da etkilemesi yerinde görölmektedir. Örneğin bir taşınmazda inşaat yüksekliği 20 metre olarak sınırlanmışsa bu taşınmazda kurulacak üst hakkı da bu kısıtlamaya tabidir⁵.

Kamulaştırmanın sınırlı aynî haklar üzerindeki etkisi doktrinde genel olarak ilgili sınırlı aynî hakkın bedele dönüşmesi olarak ifade edilmektedir⁶. Ayrıca sona eren bütün aynî haklar ve şerh edilmiş kişisel haklar açısından bedelin ödenmesi gerektiği ifade edilmektedir⁷. Ancak ilgili hakkın son bulup hakkın bedelinin hak sahibine verilmesi ile ilgili hakkın bedel üzerinden devam etmesi farklı şeylerdir. Dolayısıyla her bir hak açısından bu durumun sorgulanması gerekmektedir.

Kamulaştırmaya ilişkin davalar açısından da hem sınırlı aynî hak hem de kişisel hak sahibinin durumunun ortaya konulması gerekmektedir. Burada temel olarak kamulaştırma işlemine karşı açılan başlıca davaların neler olabileceğine bakılacak olursa; idari yargıda kamulaştırma işlemine karşı açılan iptal davası, adli yargıda açılan bedel tespit ve tescil davası ve yine adli yargıda açılan maddi hataların düzeltilmesi davasını saymak mümkündür.

Bu davalar içerisinde bedel tespit ve tescil davasına bakacak olursak; 4650 sayılı Kanunla beraber taşınmaz malikinin kamulaştırma bedeline dava açma hakkı kalmamıştır. Zira ilgili Kanun ile getirilen değişikliğe göre kamulaştırma bedelinin tespiti ve tescili davaları yalnızca kamulaştırmayı yapan idare tarafından aılabilmektedir⁸. Maddi hataların düzeltimi davasını ise taşınmazın maliki açabilmektedir. Bu davayı intifa, ipotek hakkı sahiplerinin açma hakkı bulunmamaktadır⁹. Kamulaştırma işleminin iptali davası ile bedel tespit ve tescil davasında sınırlı

⁵ M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, 22. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2020, s. 883.

⁶ Pertev Bilgen, *Kamulaştırma Hukuku*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1999, s. 68.

⁷ Gülen Sinem Tek, *Yararı Kalmayan Ya da Azalan İrtifak Haklarının Sona Ermesi (MK m. 785)*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 331.

⁸ Serdar Ceylan, "Kamulaştırma İşleminden Doğan Adli Yargı Uyuşmazlıkları", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Konya, 2007, (evrimii), <https://www.ulusaltezmerkezi.net/>, E.T: 03.06.2020, s. 144.

⁹ Ceylan, "Kamulaştırma İşleminden Doğan Adli Yargı Uyuşmazlıkları", s. 146.

aynî hak sahibinin davaya dahil olup olamayacağı hususlarına ise ilgili başlıklarda değinilecektir.

A. Kamulaştırmanın İrtifak Haklarına Etkisi

İrtifak hakkı; hak sahibine eşyayı kullanma, eşyadan yararlanma ve eşyayı hem kullanma hem de ondan yararlanma yetkisi veren haktır. Örnek vermek gerekirse, bir irtifak olan intifa hakkı, sahibine hem eşyayı kullanma hem de eşyadan yararlanma hakkı verirken oturma hakkı ise sahibine sadece eşyayı kullanma (süre öngörülmemişse ölünceye kadar oturma) yetkisi vermektedir. Manzara kapatmama, belirli bir yüksekliği geçen yapı inşa etmeme gibi bazı irtifak haklarında ise malikin mülkiyet hakkından ileri gelen yetkilerini irtifak hakkı sahibi lehine kullanmaması söz konusudur¹⁰. Yine üst (inşaat) hakkı, mecra hakkı, kaynak hakkı, geçit hakkı gibi irtifak hakları da bulunmaktadır.

Sınırlı aynî hakkın bir alt türü olan irtifak hakları içerisinde bulunan intifa hakkı ve oturma hakkı, kişiye bağlı irtifaklar olup başkasına devredilemez ve mirasçılara geçmez. Diğer irtifaklar kişiye bağlı kurulabileceği gibi devredilebilir ve mirasçılara intikal edebilir tarzda da kurulabilir. Düzensiz kişisel irtifak adı verilen bu haklardan üst hakkı ve kaynak hakkının taraflar aksini belirlemedikçe devredilebilir ve mirasçılara geçebilir olduğu, diğer irtifaklardan olan geçit irtifakı ise tarafların aksini belirtmedikçe kişiye bağlı kurulduğu yani devredilemeyeceği ve mirasçıya geçemeyeceği kabul edilmektedir¹¹.

İrtifak hakkının terkinin kural olarak tapu sicilindeki kaydın terkinin ile mümkün olurken, yüklü taşınmazın kamulaştırılması bu taşınmazdaki mülkiyet hakkını sona erdireceğinden mülkiyeti kısıtlayan irtifak hakkının da kendiliğinden sona ereceği ifade edilmektedir¹². Bir taşınmazın kamulaştırılmasından ötürü kamulaştırma bedelinin malike ödenip malikin hakkı sona eren irtifak hakkı sahibine sebepsiz zenginleşmeden ötürü borçlanmasını ise kanun koyucu arzu etmemiştir. Bunun gerekçesi irtifak haklarının sınırlı aynî hak niteliğinden ileri gelmektedir.

¹⁰ Ayan, Ayan, *Medenî Hukuka Giriş*, s. 114.

¹¹ Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, s. 904.

¹² Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, s. 924.

Zira sınırlı aynî haklar yukarıda da ifade edildiği üzere herkese karşı ileri sürülebilir niteliktedir. Bu nedenle kanun koyucu, kamulaştırılan taşınmazda irtifak hakkı bulunan kişileri de kamulaştırma işleminin muhatabı yapmıştır¹³.

Kamulaştırma işlemi neticesinde irtifak hakkı bedeli Kamulaştırma Kanunu m. 11/son hükmünün kıyasen uygulanmasıyla belirlenir. Böylece Kamulaştırma Kanunu m. 10 gereği taşınmaz bedelinin belirlenmesi yanında mevcut irtifakların taşınmazda meydana getireceği değer eksikliği hesaplanarak taşınmazın tamamının değerinden oluşmuş bu değer kamulaştırma bedeli olarak ödenmesi gerekmektedir¹⁴. Malik dışındaki hak sahiplerinin alacağı bedel kısmi kamulaştırma hükümlerine göre değerlendirilir ve sona eren hakkın yüklü taşınmaz bakımından sebep olduğu değer azalması ve geri kalan kısımdaki kötüleşme toplanır¹⁵.

Bunun yanında irtifak hakları bakımından kamulaştırma işleminin etkilerinin neler olduğunu her bir hak açısından ayrıca ele almak konunun anlaşılması bakımından daha faydalı olacaktır.

1. Kamulaştırmanın İntifa Hakkına Etkisi

İntifa hakkı; sahibine tam yararlanma imkânı veren sınırlı aynî haktır¹⁶. Kamulaştırma sonucunda intifa hakkı sona ermektedir. Taşınmaz maliki kamulaştırma bedeli aldıysa intifa hakkı, kamulaştırma bedeli üzerinde devam etmektedir¹⁷. Zira Medeni Kanun (MK) m. 798/2' de «*Si-gorta ve kamulaştırma gibi durumlarda intifa hakkı, hakkın konusu yerine geçen*

¹³ Etem Sabâ Özmen, Mehmet Şengül, *Kentsel Dönüşümde Kat Mülkiyeti Uygulamaları ile Sınırlı Aynî Haklar ve Şerhler*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 390.

¹⁴ Özmen, Şengül, *Kentsel Dönüşümde Kat Mülkiyeti Uygulamaları ile Sınırlı Aynî Haklar ve Şerhler*, s. 392.

¹⁵ Tek, *Yararı Kalmayan Ya da Azalan İrtifak Haklarının Sona Ermesi* (MK m. 785), s. 338, dp. 159. Belirtmek gerekir ki intifa hakkı bakımından bedel üzerinden devam etme söz konusu olduğundan ayrıca değerlendirilmiştir.

¹⁶ Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, s. 949.

¹⁷ Yarg. 18. H.D, E. 1997/6124, K. 1997/7750, T. 16.09.1997, Köprülü, Kaneti, *Sınırlı Aynî Haklar*, s. 123.

karşılık üzerinde devam eder.” şeklinde düzenlenmiş özel bir hüküm bulunmaktadır.

Kamulaştırma bedeline ilişkin davalarda Yargıtay, “*dava konusu taşınmazın kamulaştırma bedelinin intifa hakkı sona erinceye kadar bir milli bankaya çıplak mülkiyet sahibi davalı adına yatırılarak, bu bedelin nemalarından intifa hakkı sahiplerinin payları oranında yararlanmasına, intifa hakkı sona erdiğinde davalı tapu malikine ödenmesine karar verilmesi*” şeklinde bir yaklaşım benimsemiştir¹⁸. Kamulaştırma neticesinde intifa hakkı sahibine ödenecek olan bedel esasen söz konusu taşınmazı kullanmak ve yararlanmaktan yoksun kalmasına karşılık verilen bir bedeldir. Yani intifa hakkı sahibi kamulaştırılan taşınmazdan sağladığı hakkı talep edebilir¹⁹. Örnek vermek gerekirse bir meyve bahçesinin kamulaştırılmasında meyvelerin satılması ile elde edilecek olan gelir ya da bir binanın kamulaştırılmasında bu binadaki bir dairede intifa hakkına sahibinin kirada otursaydı ödemesi gereken miktar veya daireyi kiraya verseydi elde edeceği gelir değerlendirilerek intifa hakkı sahibine ödenecek bedel belirlenecektir²⁰.

Kamulaştırma neticesinde intifa konusu taşınmaza karşılık ortaya çıkan değer, kaim değer olarak adlandırılmaktadır²¹. İntifa hakkı, kamulaştırılan taşınmazın yerine geçen kaim değere herhangi bir işlem yapılmaksızın kendiliğinden intikal ederek yasal intifa hakkını oluşturur²². Yani intifa hakkının konusu değişmekte ve intifa hakkı hakkın yerine geçen bedel üzerinden devam etmektedir. Anaparanın hukuki ürünü (faizi) intifa hakkı sahibine ait olur²³. İntifa hakkı sahibi tarafından kaim değer

¹⁸ Yarg. 5. H.D, E. 2019/4854 K. 2019/15960 T. 10.10.2019, Yarg. 5. H.D, E. 2019/1273 K. 2019/15609 T. 7.10.2019.

¹⁹ Selâhattin Sulhi Tekinay, *Menkul Mülkiyeti ve Sınırlı Aynî Haklar (Eşya Hukuku II/3)*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1994, s. 56. Belirtmek gerekir ki yazar, intifa hakkına dair hükümlerin oturma hakkına da uygulanacağından bahisle açıklamayı oturma hakkına ilişkin bölümde dile getirmiştir.

²⁰ Gökçe Canarlan, *İntifa Hakkının Sona Ermesi*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 153.

²¹ Canarlan, *İntifa Hakkının Sona Ermesi*, s. 80.

²² Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, s. 956.

²³ Hasan Erman, *Eşya Hukuku Dersleri*, 8. Baskı, İstanbul, Der Kitabevi, 2018, s. 166.

elde edildiğinde intifa hakkı sona erecektir²⁴. Kamulaştırma neticesinde intifa hakkı sahibinin alacağının malike kamulaştırma bedelinin ödenmesine kadar ertelendiği ifade edilmektedir²⁵. Burada söz konusu bedelin idari aşama olan pazarlık aşamasında uzlaşıya varılamaması neticesinde Asliye Hukuk Mahkemesinde bedel tespiti davasının neticelenmesine kadar intifa hakkı sahibinin de bir karşılık değerı alamayacağı sonucuna ulaşılabilir. Bu durumun kamulaştırma işlemi açısından zaten bedelin belirlenmesinin ardından mülkiyetin idareye geğeceğini ve intifa hakkının da ancak bu aşamada son bulacağından bahisle söz konusu bedel tespit sürecinin intifa hakkı sahibi açısından bir hak kaybına neden olmayacağı şeklinde yorumlamak mümkündür. Ancak bilhassa acele kamulaştırma halinde idarenin acele kamulaştırma kararıyla beraber derhal bedel tespiti için Asliye Hukuk Mahkemesine başvurması ve Asliye Hukuk Mahkemesince tespit edilen bedelin bankaya yatırılması ile taşınmaza el koyması durumunda malik bakımından bedelin bankaya yatırılmasının ardından taşınmaza el koyulduğundan ötürü kamu yararı ile mülkiyet hakkı arasında bir denge kurulmaya çalışıldığı ifade edilmektedir²⁶. Ancak bu durumda intifa hakkı sahibinin karşılık üzerinden devam edecek olan intifa hakkının açıklığa kavuşturulması gerekir. Zira acele kamulaştırma sürecindeki prosedürde tapuda henüz ferağ verilmemiş olduğundan intifa hakkı da bedele intikal etmemiştir denilebilecektir. Öte yandan ilgili taşınmaza idare tarafından el konulmuş olması sebebiyle intifa hakkı sahibi söz konusu hakkının gerektirdiği faydayı da bu aşamada elde edememektedir. Böylesi bir durumda söz konusu hakkın her ne kadar tapuda ferağ verilip kamulaştırma süreci tamamlanmadığı için bedele intikal etmeyeceği söylenebilecekse de kanaatimizce bankaya bloke edilen bedele intifa hakkı sahibinin de iştirak etmesi gerekir.

İntifa hakkının bedel üzerinde devam etmesi durumu açıklanmaya muhtaç bir husustur. Zira söz konusu kamulaştırma bedelinin intifa hakkı sahibine ödenmesi değil sadece bu bedelin bankada bloke edilip

²⁴ Canarlan, *İntifa Hakkının Sona Ermesi*, s. 81.

²⁵ Canarlan, *İntifa Hakkının Sona Ermesi*, s. 152.

²⁶ Cenk şahin, *Acele Kamulaştırma*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 152, 153.

nemasından intifa hakkı sona erinceye kadar yararlanması gerekmektedir. Taşınmazın gerçek bedeli ise intifa hakkı sona erdiğinde çıplak mülkiyet sahibine ödenir. “*Payı üzerinde intifa hakkı sahibi olduğu gözetilerek, bu davacı yönünden belirlenen bedel bankaya bloke ettirilerek nemasından yararlanmasına ve intifa hakkı sona erdiğinde çıplak mülkiyet hakkı sahibine bu bedelin ödenmesine karar verilmesi gerekirken tesbit edilen bedelin intifa hakkı sahibine ödenmesine karar verilmesi, ... doğru görülmemiştir*²⁷. Bedelin malike ödemesi için intifa hakkı sahibinin rızasının gerekli olduğu²⁸ ve intifa hakkı sahibinin intifa konusu taşınmazdan faydalanamaması nedeniyle bir zarara uğrarsa bu zarar karşılığında bir bedel isteyebileceği belirtilmektedir²⁹.

Belirtmek gerekir ki intifa hakkının karşılık üzerinden devam etmesi her kamulaştırma işleminde mümkün olmayabilir. Örneğin trampa yoluyla kamulaştırma yapıldığında trampa edilen mal üzerinde intifa hakkı kurulmaya elverişli ise intifa hakkı bu mal üzerinden devam edebilir. Nitekim kamulaştırma neticesinde aynen tazmin prensibi ile intifa hakkı kurulmuş olan bir taşınmazın trampa edilen taşınmaz üzerinde herhangi bir işleme gerek kalmadan kendiliğinden kurulmakta ve yasal intifa hakkına bir örnek oluşturduğu ifade edilmektedir³⁰. Yasal intifa hakkı, tapu siciline tescil edilmeksizin doğduğundan tapu siciline tescili açıklayıcı niteliktedir³¹.

Öte yandan trampa yoluyla kamulaştırmada intifa hakkının devam edebileceği elverişlilikte olmayan bir taşınmaz söz konusu olduğunda intifa hakkının nasıl devam edebileceği belirsizdir. Örnek vermek

²⁷ Yarg. 5. H.D, E. 2014/7527 K. 2014/23086 T. 2.10.2014, Yarg. 18. H.D, E. 2011/5082 K. 2011/7857 T. 28.6.2011.

²⁸ “*Kamulaştırma bedeli mürtehinler lehine tevdi olunmalı ve malike ancak onların muvafakatiyle verilmelidir. Alacaklılar bu bedelden haklarının sırasına göre istifade edeceklerdir. (MK m. 776, 789, 794’e kıyasen)*” Ferit Hakkı Saymen, Halid K. Elbir, *Türk Eşya Hukuku Dersleri*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1963, s. 530.

²⁹ Tek, *Yararı Kalmayan Ya da Azalan İrtifak Haklarının Sona Ermesi*, s. 338, dp. 159.

³⁰ Canarslan, *İntifa Hakkının Sona Ermesi*, s. 82.

³¹ Suad Bertan, *Aynî Haklar Medenî Kanununun 618-764 üncü Maddelerinin Şerhi (Bu Maddelerle İlgili Kanunlar ve Eski Hükümler, C. II, Ankara, Balkan Basım ve Cilttevi, 1976, s. 1374.*

gerekirse intifa hakkı kurulmuş olan bir meyve bahçesinin kamulaştırılmasının ardından trampa edilen mal tarıma elverişli olmayabilir ya da oturmaya elverişli bir yapı, bir konut üzerinde kurulmuş olan intifa hakkı, söz konusu taşınmazın boş bir arazi ile trampa edilmiş olması durumunda intifa hakkının söz konusu taşınmaz üzerinde nasıl devam edeceği problemi ortaya çıkacaktır. Ya da aynı nitelikte bir taşınmazla trampa edilmiş olsa dahi örneğin bir iş yerinin kamulaştırılıp yerine yine iş yeri olarak kullanılabilir ancak farklı bir semtteki taşınmaz ile trampa edildiğinde intifa hakkı sahibi bakımından yararlanma hakkından tam anlamıyla istifade edemeyebileceği gündeme gelecektir. Bu durumda Borçlar Kanunu m. 136 gereği imkânsızlık hükümlerinin uygulanması gerekecektir.

Üzerinde intifa hakkı bulunan bir taşınmazın kamulaştırılması durumunda taraflar bedel konusunda anlaşamazlarsa idarenin adli yarıda açacağı bedel tespit davasında malikle birlikte intifa hakkı sahibini de davalı olarak göstermesi gerekmektedir. Yargıtay kamulaştırma bedeline ilişkin davalarda tapuda lehine intifa hakkı tesis edilen kişiyi davaya dahil etmesi için idareye süre verip taraf teşkilinin sağlanması gerektiğini ifade etmektedir³². İntifa hakkı sahibi, taşınmazın bedeline ilişkin davada bedel artırımı ve faiz talep edebilir³³. Yargıtay'ın yaklaşımına göre intifa hakkı sahibi, intifa payına karşılık gelen ve bankaya yatırılmış olan bedelin faizini bedel artırım davası açmamış olsa dahi talep etme hakkına sahiptir³⁴. Başka bir kararında ise Yargıtay intifa hakkı sahibinin açtığı bedel artırım davasının ardından ayrıca bir bedel artırım davası açan malikin davasında bir kez daha artırılmış olan bedel üzerinden intifa hakkı sahibinin yararlandırılmasını uygun görmemiştir³⁵.

³² Yarg. 5. H.D, E. 2019/4854 K. 2019/15960 T. 10.10.2019, Yarg. 5. H.D. E. 2018/1545 K. 2019/13266 T. 1.7.2019.

³³ Yarg. 18. H.D, E. 2002/5276 K. 2002/7397 T. 1.7.2002.

³⁴ Yarg. 18. H.D, E. 1997/10616 K. 1997/11846 T. 8.12.1997, Yarg. 18. H.D, E. 1997/6124 K. 1997/7750 T. 16.9.1997.

³⁵ Yarg. 18. H.D, E. 2000/8576, K. 2000/13000, T. 04.12.2000.

Kamulaştırma işleminin iptali davasında malik dışında intifa hakkı sahibinin de davacı olabileceği belirtilmektedir³⁶. Zira İYUK m. 2’de düzenlenmiş olan “ a) İdarî işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlâl edilenler tarafından açılan iptal davaları, b) İdari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davaları” şeklindeki hüküm gereği kamulaştırma işleminden ötürü açılacak davalarda açıkça geçmemesine rağmen intifa hakkı sahibinin de taraf sıfatını haiz olacağı ifade edilmektedir³⁷.

Kamulaştırma işleminin iptali davasını açabilen, bedel tespit ve tescil davasında rol alabilen intifa hakkı sahibi, taşınmazın bedeline ilişkin yargısal süreçte rol almasına izin verilirken aynı şekilde bedelin tespitine ilişkin idari aşamada söz hakkı olmaması bir çelişki oluşturmaktadır. Burada bahsedilen idari aşama esasen kamulaştırmada satın alma usulünün denendiği aşamadır. Zira sadece kamulaştırma kararının alınması özel hukuk kişisinin taşınmazını idare adına tescil edilmesine yetmeyip idarenin öncelikle malikle pazarlık görüşmesi yaparak taşınmazı satın alma yolunu denemesi gerekmektedir. Bu süreçte kıymet takdir komisyonunun belirlediği taşınmaz değeri belirtilmeden idare tarafından malike taşınmazını pazarlıkla satın almak veya trampa etmek istediği bildirilir. Malik idare ile anlaşarak taşınmazını satmak veya trampa etmek istediğinde pazarlık komisyonu ile malik arasında pazarlık görüşmesi yapılmaktadır³⁸. İşte bu aşamada bedele razı olan malik bakımından bir sıkınca bulunmazken, intifa hakkı sahibi, önemli bir itiraz hakkını belki de bedelin daha yüksek olmasına dair fırsatı kaybetmiş olacaktır.

Kamulaştırılan taşınmazda irtifak hakkı bulunan kişilerin kamulaştırma işleminin muhatabı olduğu bir önceki başlıkta belirtilmişti. Ancak burada intifa hakkı bakımından özellikli bir durum olduğu ve bedel

³⁶ Akın Düren, *İdare Hukuku Dersleri*, Ankara, Sevinç Matbaası, 1979, s.177, Meltem Kutlu Gürsel, *Kamulaştırma Hukuku*, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2012, s. 314.

³⁷ Canarlan, *İntifa Hakkının Sona Ermesi*, s. 167.

³⁸ İl Han Özyay, *Günüşiğinde Yönetim*, 3. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2017, s. 629.

üzerinden devam edeceği için intifa hakkı sahibinin kamulaştırma işleminin muhatabı olmayacağı ifade edilmektedir³⁹. Ancak bu hususa tereddütle yaklaşmak gerektiği kanaatindeyiz. Zira intifa hakkı sahibi bedel tespit ve tescil davasına dahil edilmekte ve bedelin artırılmasında rol oynayabilmektedir. Bu durumda pekala kamulaştırma işleminde de muhatap alınmasında bir sakınca bulunmamaktadır. İntifa hakkının bedel üzerinden devam edecek olması onun kamulaştırma işleminin tarafı olmaktan çıkarmayacak, aksine işlemin muhatabı olup bedelin belirlenmesinde rol oynaması daha uygun olacağından işlemin muhatabı olması düşünülemez. Nitekim kamulaştırma kararına mülkiyet ve intifa hakkı sahiplerinin itiraz edebileceği görüşü⁴⁰ bakımından da durum ele alındığında esasen kamulaştırma işleminin başlıca muhataplarından birisi de intifa hakkı sahibi olacaktır.

Öte yandan kamulaştırmadan dönülmesi nedeniyle taşınmaz eski malikine geri dönmüşse intifa hakkı, taşınmaz üzerinde yeniden kurulmuş olur⁴¹. Zira MK m. 798/1'e göre *Malik, yararlanılamayacak derecede harap olan intifa konusu malı yararlanılacak hâle getirmekle yükümlü değildir; getirirse intifa hakkı yeniden kurulmuş olur.*" hükmünden yola çıkılarak kamulaştırmadan dönülmesi durumunda intifa hakkının da yeniden kurulacağı sonucuna ulaşılmaktadır.

İntifa hakkının sona ermesi ile intifa hakkı sahibi mecbur olmadığı halde malın öz değerine yaptığı giderleri MK m. 801⁴² gereği talep etme imkânı vardır. Tazmin edilecek masraflar ise eşyanın objektif değerini artıracak tesisler faydalı tesis olarak kabul edilip bunların malik tarafından ödenmesi gerekir. Söz konusu tazminatı ödeyecek olan ise intifa

³⁹ Özmen, Şengül, *Kentsel Dönüşümde Kat Mülkiyeti Uygulamaları ile Smırlı Aynî Haklar ve Şerhler*, s. 391.

⁴⁰ Bertan, *Aynî Haklar Medenî Kanununun 618-764 üncü Maddelerinin Şerhi (Bu Maddelerle İlgili Kanunlar ve Eski Hüükümler)*, s. 1383.

⁴¹ Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, s. 959, Jale Akipek, Turgut Akıntürk, Derya Ateş, *Eşya Hukuku*, 2. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2018, s. 693.

⁴² MK m. 801: *"İntifa hakkı sahibi, yükümlü olmadığı hâlde yaptığı giderler, yenilemeler ve eklemeler için, hak sona erdiğinde, vekâletsiz iş görme hüükümleri uyarınca tazminat isteyebilir. Malikin tazminat vermektan kaçınması hâlinde intifa hakkı sahibi, yaptığı eklemeleri, malı eski hâline getirmek kaydıyla söküp alabilir."* R.G. 8.12.2001/24607.

hakkının sona ermesi zamanında mala malik olan kişidir. Tazminat talebi MK m. 802 gereği eşyanın geri verilmesinden itibaren bir yılda zamanaşımına uğrar⁴³.

2. Kamulaştırmanın Oturma Hakkına Etkisi

Medeni Kanun m. 823'te yer bulan oturma hakkı, belirli bir kişiye bir binadan ya da binanın bir kısmından konut olarak faydalanma yetkisi veren irtifak hakkıdır. MK m. 823 gereği kanunda aksine hüküm bulunmadıkça intifa hakkına ilişkin hükümler oturma hakkına da uygulanır. Taşınmaz üzerinde intifa hakkını sona erdiren sebepler oturma hakkının da sona ermesine sebep olurlar⁴⁴.

Taşınmazın kamulaştırılmasıyla birlikte oturma hakkı sona ermektedir. Taşınmazın kamulaştırılmasıyla oturma hakkı sahibi, intifada olduğu gibi bedelin faizi üzerinden bir yararlanma değil, oturma hakkı sebebiyle taşınmazdan istifade ettiği hak kadar bir hak isteyebilir. Başka bir deyimle, ilgili taşınmazda oturmakla, ne miktar kira vermiyorsa kamulaştırma bedelinden bu miktar kadar istifade etmek hakkına sahiptir⁴⁵. Bu nedenle istimlak bedeli üzerinden faize hükmedilmesi doğru değildir⁴⁶.

Her ne kadar intifa hakkına ilişkin hükümler oturma hakkına da uygulanır hükmünden yola çıkılarak kamulaştırma sonucunda bedel üzerinden devam etme ihtimali düşünülse de niteliği gereği intifa hakkının yararlanmaya dayanması sebebiyle bedel üzerinden devamı mümkün iken oturma hakkının ancak bir taşınmaz üzerinde oturma hakkı tesisini ile devamı sağlanabileceğinden kamulaştırma işlemiyle birlikte kendiliğinden sona erecektir.

Kamulaştırma işleminin iptali davasında malik dışında irtifak hakkı sahipleri de olabileceğinden⁴⁷ oturma hakkı sahibi de davacı sıfatını haiz olacaktır.

⁴³ Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, s. 967, 968.

⁴⁴ Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, s. 989.

⁴⁵ Tekinay, *Menkul Mülkiyeti ve Sınırlı Aynî Haklar (Eşya Hukuku II/3)*, s. 56.

⁴⁶ Yarg. 6. H.D, E. 1988/16489 K. 1989/2952 T. 21.2.1989, Yarg. 6. H.D, E. 1984/4136, K. 1984/6298, T. 22.05.1984.

⁴⁷ Düren, *İdare Hukuku Dersleri*, s.177, Kutlu Gürsel, *Kamulaştırma Hukuku*, s. 314.

Oturma hakkının konusu oturmaya elverişli yapı olduğundan oturmaya elverişli olmayan taşınmazlar üzerinde oturma hakkı kurulamaz. Bu durumu trampa yoluyla kamulaştırma açısından irdelemek gerekir. Zira trampa yoluyla kamulaştırma yapıldığında ve malik eğer oturmaya elverişli taşınmazını verip yerine arsa, iş yeri gibi oturmaya elverişli olmayan bir taşınmaz aldığına oturma hakkı bakımından bir sorun oluşacağı şüphesizdir. Bu durumda iki farklı bakış açısıyla çözüm önerilebilir. Birincisi Borçlar Kanunu m. 136 gereği malik ile oturma hakkı sahibi arasındaki sözleşmede hukuki imkânsızlık oluşmuştur denilip hukuki imkânsızlık hükümleri uygulanır denilebilir. İkincisi ise oturma hakkı sahibine kamulaştırmadan ötürü oturma hakkının sona erdiğinden bahisle bir bedel verilmesi ve idarece trampa edilecek taşınmazın da oturma hakkı bedeli düşüldükten sonra ortaya çıkacak olan bedelin karşılığı olacak bir taşınmaz şeklinde belirlenmesi gerekecektir. Öte yandan kamulaştırma işleminin muhatabı olan oturma hakkı sahibi bu kamulaştırmanın idari aşamasında trampa edilecek taşınmazın kendi hakkını kullanmaya elverişli bir taşınmaz olmasını talep edebilmelidir. Bunun kabul edilmesi ihtimalinde idari işlem olan trampa yoluyla kamulaştırmanın iptali davasını oturma hakkı sahibinin açması gerekir. Mahkemenin bu durumda ilgili trampa yoluyla kamulaştırmayı oturma hakkı sahibinin hakkının devamını sağlama veya hakkın sona erdirilip bir bedel verilmesi arasındaki idarenin takdir yetkisini hukuka uygunluk açısından değerlendirmesi gerekir.

3. Kamulaştırmanın Diğer İrtifak Haklarına Etkisi

Kamulaştırma irtifak haklarını sona erdirici etkiye sahip olduğundan diğer irtifak hakları bakımından da durum aynıdır. Bu haklar bakımından yine bedel tespit ve tescil davalarında bilhassa taşınmazda meydana getirecekleri değer kaybının dikkate alınması yönünde kararların bulunduğunu ifade etmek gerekir⁴⁸.

⁴⁸ Yarg. 5. H.D, E. 2016/16171 K. 2018/584 T. 1.2.2018, Yarg. 5. H.D, E. 2017/27018 K. 2019/431 T. 17.1.2019.

Diğer irtifak haklarından olan üst hakkı, kamulaştırma ile sona erer. Yüklü taşınmazın kamulaştırılması üst hakkını sona erdirir. Zira artık üst hakkının konusu kalmamıştır. Yararlanan taşınmazın kamulaştırılmasında da süre sona erdiğinden ötürü üst hakkı sona ermiş olur⁴⁹.

Bir diğer irtifak hakkı olan geçit hakkı bakımından ise, eğer yükümlü veyahut da yararlanan taşınmazlardan herhangi biri kamulaştırılır ise geçit hakkı ortadan kalkar. Yükümlü taşınmazın kamulaştırılması, bu taşınmazın mülkiyetini sona erdirdiğinden; üzerinde kurulan geçit hakkı da sona ermiş olmaktadır ve hak sahibine kamulaştırma bedeli üzerinden bir bedel ödenir⁵⁰.

Kamulaştırmayla birlikte yüklü taşınmaz üzerindeki bütün sınırlı aynı haklar son bulduğundan⁵¹ geçit hakkı da son bulmaktadır. Bunun üzerine sicil üzerinde yapılan terkin ise açıklayıcı niteliktedir⁵².

Hem rızai hem de zorunlu mecra irtifakında yararlanan taşınmazın kamulaştırılması bu hakları sona erdirici etkiye sahiptir. Bununla birlikte zorunlu mecra irtifakı toplumsal çıkarların korunmasına hizmet etmesinden ötürü zorunlu mecra irtifakının bulunduğu taşınmazın kamulaştırılmasında baskın bir kamu yararı olması gerektiği ifade edilmektedir. Zorunlu irtifaklar özel yararları korumaya yöneliktir. Kamulaştırma ile birlikte bu özel yararlar ortadan kalktığından MK m. 745/1 gereği zorunlu mecra irtifakının terkinini isteyebilecektir. Kamulaştırma işleminin

⁴⁹ Mehmet Ünal, *Türk Medeni Hukukunda Yapı (Üst) Hakkı*, Ankara, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1988, s. 165, Burcu G. Özcan Büyüktanır, "Üst Hakkının Sona Ermesi", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, C. XIV, S. 173-174, s. 243-267, s. 256.

⁵⁰ Mehmet Handan Surlu, Gülay Öztürk, *Öğreti ve Uygulamanın Işığında Açıklamalı-İçtihatlı Zorunlu Geçit Hakkı ve Diğer Geçit Hakları*, 4. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013, s. 752.

⁵¹ Kemal T. Gürsoy, Fikret Eren, Erol Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 2. Baskı, Ankara, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1984, s. 784.

⁵² Gediz Kocabaş, "Sözleşmeden Doğan Geçit Hakkı", *Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi*, İstanbul, 2011, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, (Çevrimiçi), Erişim Tarihi, 06.01.2020. s. 192.

tamamlanmasından önce taşınmaz maliki, kamulaştırma işleminin tamamlanmasından sonra ise idare mecra hakkı sahibinden muvafakat talep edebilecektir. Muvafakat vermeyen zorunlu mecra hakkı sahibine kamulaştırma işleminden önce taşınmaz sahibi, kamulaştırma işleminden sonra ise idare dava açabilecektir. Yükümlü taşınmazın kamulaştırılması durumunda ise zorunlu mecra irtifakı eğer kamulaştırılan taşınmazın tahsis amacıyla bağdaşmıyorsa sona erer. Ancak tahsis amacıyla bağdaşmıyorsa sona erdirilmez⁵³.

Kamulaştırma işleminin iptali davasında malik dışında irtifak hakkı sahipleri de davacı olabilmektedir⁵⁴.

B. Kamulaştırmanın Taşınmaz Yüküne (Gayrimenkul Mükellefiyetine) Etkisi

Taşınmaz yükü (gayrimenkul mükellefiyeti); hak sahibine bir taşınmaz malikinden taşınmazından elde edeceği ürünlerle kendisine bazı edimlerde bulunmasını istemek ve bu edimler yerine getirilmediğinde taşınmazı paraya çevirerek kıymetinden alacağını elde etmek yetkisini verir⁵⁵.

Kamulaştırma işlemi taşınmaz yükünü de sona erdirici etkiye sahiptir. Gayrimenkul mükellefiyeti olan bir taşınmazın kamulaştırılması halinde gayrimenkul mükellefiyeti hakkı bedele dönüşür⁵⁶. Bir görüşe göre taşınmaz yükü bakımından kamulaştırma işlemi Borçlar Kanunu (BK) m. 136 gereği verme ve yapma ediminin sonraki hukuki imkansızlıktan ötürü sona ereceğinden kamulaştırma işleminin muhatabı olamayacaktır⁵⁷. Burada söz konusu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira

⁵³ Mehmet Nedim Kazancı, "Zorunlu İrtifaklar", Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2014, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, (Çevrimiçi), Erişim Tarihi, 06.01.2020. s. 203, 204, 205.

⁵⁴ Düren, *İdare Hukuku Dersleri*, s.177, Kutlu Gürsel, *Kamulaştırma Hukuku*, s. 314.

⁵⁵ Ayan, Ayan, *Medenî Hukuka Giriş*, s. 114.

⁵⁶ Yarg. İ.B.G.K, E. 1941/12 K. 1941/20 T. 28.5.1941.

⁵⁷ Özmen, Şengül, *Kentsel Dönüşümde Kat Mülkiyeti Uygulamaları ile Sınırlı Aynı Haklar ve Şerhler*, s. 391.

daha önce de ifade edildiği üzere sınırlı aynî hakkın etkisi nedeniyle kamulaştırma işleminde sınırlı aynî hak sahibinin muhatap olması gerekmektedir. Hukuki imkansızlıktan ötürü tarafların birbirlerine verdiklerini geri almaları ve sözleşmenin sona ermesi ise bu durumdan farklı bir husus arz etmektedir.

C. Kamulaştırmanın Rehin Haklarına Etkisi (Taşınmaz Rehni Bakımından)

Rehin; hak sahibinin bir alacağını teminat altına alan ve alacak tahsil edilemediği takdirde rehin edilen malın sattırılması suretiyle sağlanacak paradan alacağın karşılanması yetkisini veren aynî haktır. Hukuki bakımdan fer'î nitelik taşır. Yani istisnalar saklı kalmak kaydıyla rehin hakkının varlığı her şeyden önce geçerli bir alacağın varlığına bağlıdır. Geçerli bir alacak yoksa geçerli bir rehin hakkı da yoktur. Alacak hakkı el değiştirirse başka bir işleme gerek kalmaksızın rehin hakkı da el değiştirir. Aynî şekilde alacak hakkı sona erince rehin hakkı da sona erer⁵⁸.

Rehin hakkı, konusunu oluşturan eşyanın taşınır veya taşınmaz olmasına göre taşınır rehni ve taşınmaz rehni olmak üzere ikiye ayrılır. Taşınmaz rehni ipotek, ipotekli borç senedi ve irat senedi olmak üzere üç başlık altında incelenmektedir⁵⁹.

Taşınmaz rehninin kamulaştırma açısından incelenmeye müsait tek başlığı ipotek olduğundan kamulaştırmanın ipotek üzerine etkisi bağlamında ele almak daha faydalı olacaktır.

1. Kamulaştırmanın İpotek Üzerine Etkisi

İpotek, bir alacaklının herhangi bir şahsi alacak hakkını, borçlunun kişisel sorumluluğuna bir etkide bulunmadan bir taşınmazın değeri ya da değer parçası ile teminat altına alır⁶⁰. Kamulaştırma ile birlikte ipotek hakkı sona ermektedir. Bununla birlikte ipotek hakkı kamulaştırma bedeli üzerinden -genellikle hükmedilen bedele ipoteğin yansıtılması ge-

⁵⁸ Ayan, Ayan, *Medenî Hukuka Giriş*, s. 114, 115.

⁵⁹ Ayan, Ayan, *Medenî Hukuka Giriş*, s. 115.

⁶⁰ Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, s. 1094.

rektiği üzere- varlığını devam ettirmektedir. Nitekim Yargıtay kararlarında bu durum “*Dava konusu taşınmazın tapu kaydında yer alan ipotek şerhi ile ilgili olarak, ipoteğin hükmedilen bedele yansıtılması şeklinde hüküm kurulması gerekirken bilirkişi raporunda ipotek nedeniyle taşınmazda %10 değer kaybı olacağı kabul edilerek değerlendirme yapılması ve hüküm fıkrasında ipoteğin bedele yansıtılmasına ilişkin hüküm kurulmaması, ... doğru görülmemiştir.*”⁶¹ şeklinde kendisini göstermektedir.

MK m. 858/2’ye göre kamulaştırma yapıldığında ipotek hakkına ne olacağı Kamulaştırma Kanunu’na göre tespit edilmesi gerekirse de, Kamulaştırma Kanunu’nda ipotek hakkına ne olacağı hususunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Doktrindeki genel görüşe göre kamulaştırmayla birlikte diğer tüm aynı haklarda olduğu gibi ipotek hakkı da sona erecek ve MK m. 798/2 hükmünde yer alan intifa hakkının hakkın konusu yerine geçen karşılık üzerinden devam etmesi gerekecektir⁶². Burada belirtmek gerekir ki intifa hakkı yararlanmaya yönelik bir hak olması dolayısıyla bedel üzerinden devam ederken bu bedel üzerinden bir nemalanma yani kamulaştırma bedeli üzerinden faiz elde etmeyi sağlıyordu. Ancak ipotek hakkı mahiyeti gereği alacaklısına güvence vermeye ilişkin olarak tesis edildiğinden kamulaştırma bedelinin faizinden yararlanılması söz konusu değildir. Buradaki benzerliği sadece kamulaştırma bedeli üzerinde bir rehin hakkı olarak devam etmesi şeklinde anlamak gerekir. Buna ilave olarak bir başka görüş ise kamulaştırma neticesinde kamulaştırılan taşınmazın idarenin özel malı yahut kamu malı olmasına göre bir ayrıma tabi tutmuştur. Buna göre taşınmaz kamu malı haline getirilirse taşınmazın tapu kaydı ortadan kalkacağından ipotek hakkı da devam edemeyecektir. Zira MK m. 853 gereği sadece tapuda kaydı olan gayrimenkuller taşınmaz rehnine konu edilebilir. Eğer taşınmaz mal idarenin

⁶¹ Yarg. 18. H.D, E. 2015/19518, K. 2015/18073, T. 08.12.2015.

⁶² Hızlı Veldet Velidedeoğlu, Galip Esmer, *Gayrimenkul Tasarrufları*, 2. Baskı, İstanbul, İstanbul Matbaacılık, 1956, s. 514, 515, Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, s. 1051, Akipek, Akıntürk, Ateş, *Eşya Hukuku*, s. 745. İlhan Helvacı, *Eski Medenî Kanunumuzla Karşılaştırmalı Olarak Türk Medenî Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2008. s. 208.

özel malı haline getirilirse tapu kaydı kapatılmayacak; fakat İİK m. 82 gereği bu taşınmaz paraya çevrilemeyeceğinden ipotek de sona ermiş olacaktır⁶³. Bu görüşü iki açıdan değerlendirmek gerekir. Birincisi kamulaştırma işlemi bir taşınmazın kamu yararı amacıyla idarenin mülkiyetine geçirilmesi olduğundan kamulaştırma işlemi neticesinde söz konusu taşınmazın kamusal kullanıma ayrılması beklenir. Dolayısıyla kanaatimizce idarenin özel malı haline getirilmek için bir taşınmazın kamulaştırılmasının mümkün olmaması gerekir. Ancak ihtimal olarak idare kamulaştırdığı malı bir kamu hizmetine özgülemese ya da kamu hizmetine özgüleyip sonrasında tahsisi kaldırıp özel malı haline getirirse yahut da kamu yararı doğrultusunda kullanmazsa ve taşınmaz maliki de taşınmazını geri alma hakkını kullanmazsa ya da idare kamulaştırdığı malı hiç kamu yararına özgüleme amacıyla kamulaştırmamış olsa ve malik de buna karşı dava açmamış olsa, o halde taşınmaz idarenin özel malı halinde kalabilir. İkincisi ise idarenin özel malı haline getirmek amacıyla kamulaştırma yapabildiğini kabul etsek ya da bir önceki cümlede olduğu gibi ihtimal dahilinde taşınmaz idarenin özel malı olarak kaldıysa burada ikiye ayırarak incelemek gerekecektir. Devlet tüzel kişiliğinin özel malları haczedilemez ancak diğer kamu tüzel kişilerinin özel mallarında haczedilemezlik ilkesi geçerli değildir⁶⁴. Dolayısıyla Devlet dışındaki kamu tüzel kişilerinin özel mallarının haczi kabil olduğundan⁶⁵ ipotek hakkının da paraya çevrilmesi bu noktada düşünülebilecektir.

Kamulaştırılan taşınmaz üzerindeki ipotek hakkı kamulaştırma bedeli üzerinde devam edeceğinden taşınmaz üzerinde ipotek hakkı sahibi olan alacaklılar ipotek derece ve sıralarına göre kamulaştırma bedeli üzerinde rehin hakkı sahibi olmaya devam ederler. Bu durumda bir banka hesabına teminat amaçlı tevdi edilerek ipotek hakkının tevdi edilen tutar nedeniyle bankadan olan alacak üzerinde devamı sağlanır. Bu şekilde bankaya tevdi edilmesi Kamulaştırma Kanunu m. 10⁶⁶ hükmü uya-

⁶³ Bilgehan Çetiner, *Taşınmaz Teminatı*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2015, s. 226.

⁶⁴ Siddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C. II, 3. Baskı, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1966, s. 1400.

⁶⁵ Yarg. 12. HD, E. 1983/9189, K. 1983/10850, T. 22.12.1983, YHGK, E. 2003/12-116, K. 2003/111, T. 26.03.2003.

⁶⁶ Kamulaştırma Kanunu m. 10: "... Tarafların anlaşması halinde kamulaştırma bedeli

rınca yapılacaktır. Hükümde geçen ilerde ortaya çıkacak hak sahibi kavramına ipotek hakkı sahibinin de dahil olduğu ve idarenin de kamulaştırma bedelini ipotekle güvence altına alınmış borcun ifa edilmemesi üzerine ipotek hakkı sahibine ödenmek üzere paranın yatırıldığı bankada bloke etmekle mükellef olduğu ifade edilmektedir⁶⁷. Nitekim Yargıtay da bir kararında "... tapu kaydına göre, kamulaştırılan gayrimenkul üzerinde, ... alacaklılar lehine tesis edilmiş muhtelif derecelerde ipotek kayıtlarının varlığı sabittir. Bu durum karşısında ipotekler hukuki değerini koruyor ise ipotek kayıtlarının... kamulaştırma bedeline dönüştüğü, kamulaştırma bedelinin ödenmesi sırasında bu halin idarece nazara alınmasının zorunlu olduğu gözden uzak tutulamaz... Kamulaştırma bedelinin ipotekler karşılığı olarak idare tarafından muhafaza ve ipotek sahipleri adına depo edilmesi gerekçesi ile vaki itiraz yasaldir, kabulü gerekir."⁶⁸ şeklinde bir yaklaşım benimsemiştir.

Medeni Kanunda kamulaştırma bedelinin ipoteğin kapsamına dahil olacağına dair herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle ipotek hakkının bedel üzerinden devam etmesine kaim değer açısından bakmak gerekir. Belirtmek gerekir ki kaim değer olarak Medeni Kanunda sadece sigorta tazminatlarından bahsedilmiş olup diğer tazminatlardan

olarak anlaşılan miktar peşin ve nakit olarak, hak sahibi adına bankaya yatırılır. Tarafların anlaşamaması halinde hâkim tarafından kamulaştırma bedeli olarak tespit edilen bedelin (...) mahkemece belirlenecek banka hesabına yatırılması ve yatırıldığına dair makbuzun ibraz edilmesi için idareye onbeş gün süre verilir. Kamulaştırma bu Kanununun 3 üncü maddesinin ikinci fıkrasına göre yapılmış ise ilk taksitin yine peşin ve nakit olarak hak sahibi adına, hak sahibi tespit edilememiş ise ilerde ortaya çıkacak hak sahibine verilmek üzere 10 uncu maddeye göre mahkemece yapılacak davetiye ve ilanda belirtilen bankaya yatırılması ve yatırıldığına dair makbuzun ibraz edilmesi için idareye onbeş gün süre verilir. Gereken hallerde bu süre bir defaya mahsus olmak üzere mahkemece uzatılabilir. İdarece, kamulaştırma bedelinin hak sahibi adına yatırıldığına, hâkim tarafından kamulaştırma bedeli olarak tespit edilen bedelin (...) veya hak sahibinin tespit edilemediği durumlarda ise ilerde ortaya çıkacak hak sahibine verilmek üzere bloke edildiğine dair makbuzun ibrazı halinde mahkemece, taşınmaz malın idare adına tesciline ve kamulaştırma bedelinin hak sahibine ödenmesine karar verilir ve bu karar, tapu dairesine ve paranın yatırıldığı bankaya bildirilir." R.G. 8.11.1983/18215.

⁶⁷ Çetiner, *Taşınmaz Teminatı*, s. 227.

⁶⁸ Yarg. 12. HD. E. 1984/2909, K. 1984/4192, T. 09.04.1984, aktaran: Helvacı, *Eski Medenî Kanunumuzla Karşılaştırmalı Olarak Türk Medenî Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı*, s. 209, dp. 123.

bahsedilmemiştir. Ancak bu husustaki genel görüş MK m. 879 hükmünün kamulaştırma bedeli için de kıyasen uygulanabileceği yönündedir⁶⁹. İlaveten MK m. 798’de yer alan intifa hakkı hükümlerinin kıyasen uygulanması suretiyle kamulaştırma bedelinin taşınmaz rehni kapsamında alacaklı lehine devam etmesi gerektiği de belirtilmektedir⁷⁰. İdare ipotekli alacaklının muvafakati olmadan taşınmaz malikine ödeme yapamayacaktır. Söz konusu bedelin alacaklılar lehine tevdi edilmesi gerekmektedir⁷¹. İlave olarak kamulaştırma bedeli kendisine ödenmeyen ipotek hakkı sahibinin Kamulaştırma Kanunu m. 19/8’de yer alan “*Kamulaştırma bedelinin zilyede verilmiş olması, o taşınmaz malda hak iddia edenlerin genel hükümler dairesinde zilyet aleyhine, bedele istihkak davası açmak hakkını düşürmez.*” hükmü gereği kamulaştırma bedelinin iadesi istemiyle dava açabileceği ifade edilmektedir⁷². Ancak aksi görüş ise açık bir kanun hükmü olmaksızın kaim değerlerin aynî hak üzerinden devam edemeyeceğini ve kamulaştırma bedeline ilişkin böyle bir düzenleme de olmadığından sigorta bedeli bakımından kabul edilen bu çözümün kamulaştırma bedeli için uygulanamayacağını belirtmektedir⁷³. Ancak burada MK m. 861/2 hükmüne göre bir değerlendirme yapmak daha uygun olacaktır. Söz konusu maddeyi kamulaştırma açısından uygulayacak olursak; kamulaştırma bedeli bu alacağın yirmide birinden fazla ise kamulaştırma bedelinin malike ödenmesi için yine ipotek sahibinin rızası aranır. Fakat bedel rehinle güvenceye alınmış alacak miktarının yirmide birinden daha az olursa kamulaştırma bedeli alacaklının rızası olmadan da malike ödenebilecektir. Ancak MK m. 861/2’de belirtilen şartlar bulunmadığında alacaklının rızası olmadan malike ödeme yapılmayacağı gibi MK m. 861/1’de olduğu

⁶⁹ Jale G. Akipek, *Türk Eşya Hukuku (Aynî Haklar) Üçüncü Kitap Mahdut Aynî Haklar (Menkul Rehni Hariç)*, Ankara, Sevinç Matbaası, 1974, s. 174. Köprülü, Kaneti, *Sınırlı Aynî Haklar*, s. 273;

⁷⁰ Akipek, Akıntürk, Ateş, *Eşya Hukuku*, s. 745.

⁷¹ Mehmet Ayan, *Eşya Hukuku III Sınırlı Aynî Haklar*, 8. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 211.

⁷² Turhan Esener, Kudret Güven, *Eşya Hukuku*, 7. Baskı, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2017, s. 530.

⁷³ Erol Cansel, *Türk Menkul Rehni Hukuku Teslim Şartlı Menkul Rehni*, C. I, Ankara, Sevinç Matbaası, 1967, s. 164.

üzere doğrudan alacaklılara da ödenmemelidir. Bu durumda sigorta tazminatıyla ilgili MK m. 879 ve intifa hakkına dair MK m. 798/2 gibi idare tarafından kamulaştırma bedeli rehinli alacaklılar lehine bankaya tevdi edilip kamulaştırma bedeli üzerinden rehinli alacağın devamının sağlanması gerektiği ifade edilmiştir⁷⁴.

Trampa yoluyla kamulaştırma yapıldığında ipotek hakkına ne olacağını ayrıca değerlendirmek gerekir. MK m. 859⁷⁵ hükmü kıyasen uygulanacak olursa trampa edilen taşınmaz üzerinde ipotek hakkı devam edecektir. Ancak belirtmek gerekir ki trampa edilen taşınmaz eğer ipotek hakkının kurulmasına elverişli olmazsa o durumda ne yapılacağı belirsizdir. Zira trampa edilen idarenin taşınmazında halihazırda ipotek varsa ve dereceleri doluyorsa yeni bir ipotek kurulmaya elverişli olamayacaktır. Bu durumda Borçlar Kanunu m. 136 gereği imkânsızlık hükümlerinin uygulanması gerekecektir. Ancak sözleşmenin imkânsızlığına mahal vermemek adına burada idari aşamada sınırlı aynî hak sahibi olan ipotek hakkı sahibinin de trampa edilecek taşınmaz hususunda söz hakkı olması ve hakkını aynî hak olmasından ötürü idareye ve malike karşı bu aşamada da koruyabilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

İpotek hakkı, açılan davaya katılabilme hakkını bahşetmektedir⁷⁶. İpotek sahiplerinin kamulaştırma bedeli hususunda bedel artırma

⁷⁴ Çetiner, *Taşınmaz Teminatı*, s. 230, 231. Belirtmek gerekir ki yazar benzer bir yorumu kısmi kamulaştırma hali için de yapmıştır. Buna göre kalan kısım alacak için yeterli teminatı sağlamıyor veya kamulaştırma bedeli bu alacağın yirmide birinden fazla ise kamulaştırma bedelinin malike ödenmesi için yine ipotek sahibinin muvafakati aranır. Fakat kalan kısım alacak için yeterli güvenceyi sağlıyor yahut bedel rehinle güvenceye alınmış alacak miktarının yirmide birinden daha az olursa kısmi kamulaştırma bedeli alacaklının rızası olmadan da malike ödenebilecektir.

⁷⁵ MK m. 859: “Yetkili kamu kurum veya kuruluşu tarafından gerçekleştirilen parsel birleştirilmesi ve dağıtım işlemlerinde sonucunda birleştirilen parsel üzerindeki rehinler, sıralarını koruyarak o parselin yerine verilen taşınmaz üzerine geçer.” R.G. 8.12.2001/24607.

⁷⁶ Yarg. 18. H.D, E. 2004/7300 K. 2004/8142 T. 3.11.2004.

davası açabilmesi imkânı 2001 yılındaki Kanun değişikliğinden önce bulunmaktaydı⁷⁷. Ancak 2001 yılında 4650 sayılı Kanun değişikliği ile bedel tespiti için sadece idare dava açabilmektedir. Buna rağmen Yargıtay'ın 2004 yılında verdiği kararında "*lehine ipotek hakkı konulmuş bulunan taşınmaz malın kamulaştırma bedeline itiraz ve dava açmaya hakları vardır.*" şeklinde hüküm tesis etmiştir⁷⁸. Kamulaştırma işleminin iptali davasında ise ipotek hakkı sahibi davacı olabilmektedir⁷⁹.

İpotek hakkı sahibinin kamulaştırma işleminin muhatabı olamayacağı, ikame değer prensibi gereği kamulaştırma bedelinin taşınmaz malikine ödenmeyip bu konuda ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla icra takibine ilişkin hükümler devreye gireceği ve nihayet kamulaştırma bedeli öncelikle ipotek alacaklısının teminat hakkını karşılayacağı ifade edilmiştir⁸⁰. Belirtmek gerekir ki ipotek hakkı sahibi bedel tespit ve tescil davasına dahil ediliyor ve bedelin artırılmasında rol oynayabiliyor ise pe-kala kamulaştırma işleminde de muhatap alınmasında bir sakınca bulunmamaktadır. Bedel üzerinden devam edecek olması onun kamulaştırma işleminin tarafı olmaktan çıkarmaz aksine taraf olup o bedelin belirlenmesinde rol oynaması daha uygun olacağından işlemin muhatabı olması düşünülemez.

II. KAMULAŞTIRMANIN KİŞİSEL HAKLARA ETKİSİ

Nisbî haklar; herkese karşı ileri sürülemeyen sadece yükümlü tarafla karşı etkili olan haklardır. Hakkı ihlal edilebilecek olan da yükümlü taraftır. Üçüncü şahıslar böyle bir hakkı ihlal edemezler. Mutlak hakların aksine hukuk düzeninin öngördüğü belirli süreler içinde kullanılmaları gerekir aksi takdirde zamanaşımına uğrarlar. Sayıları sınırlı değildir. Kişiler hukuk düzeninin izin verdiği ölçüde diledikleri kadar nisbî hak oluş-

⁷⁷ Yarg. 18. H.D, E. 1999/4559 K. 1999/6893 T. 4.6.1999, Yarg. 5. H.D, E. 1988/24385 K. 1989/10887 T. 23.5.1989.

⁷⁸ Yarg. 18. H.D, E. 2004/1803 K 2004/2822 T. 08.04.2004.

⁷⁹ Düren, *İdare Hukuku Dersleri*, s.177, Kutlu Gürsel, *Kamulaştırma Hukuku*, s. 314.

⁸⁰ Özmen, Şengül, *Kentsel Dönüşümde Kat Mülkiyeti Uygulamaları ile Sınırlı Aynı Haklar ve Şerhler*, s. 391.

turabilirler⁸¹. Kişisel haklar sınırlı sayıda olmadığından konumuz kapsamında kamulaştırmanın taşınmaz satış vaadinden kaynaklanan hakka etkisi ve kira sözleşmesinden kaynaklanan hakka etkisi ele alınmıştır.

A. Taşınmaz Satış Vaadinden Kaynaklı Hakka Etkisi

Taşınmaz satış vaadi; sözleşmenin bir veyahut da iki tarafına bir taşınmazın satımı sözleşmesinin yapılmasını isteme hakkı sağlayan bir ön sözleşmedir⁸².

Taşınmaz satış vaadi konusu taşınmaz sözleşmenin ifasından önce kamulaştırılması durumunda sözleşme artık konusuz kaldığından ve vaat borçlusu tasarruf yetkisini kaybettiğinden Borçlar Kanunu m. 136 düzenlemesi gereği borç sona erecektir. Taşınmaz satış vaadi borçlusuna bir ödeme yapılmışsa sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca geri istenebilir⁸³. Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi konusuz kalması nedeniyle sona ermesi gerekirken vaat borçlusu bir kamulaştırma bedeli aldıysa sözleşme bu bedel üzerinden devam eder. Vaat alacaklısı talep ettiğinde imkansızlaşan edim yerine geçen ikame değer alacağı borcun içeriğinin değişmesine sebep olur⁸⁴. Nitekim bir Yargıtay kararında da bu durum "Somut olayda, satışı vaadedilen taşınmaz yerine davalının malvarlığına bu taşınmazın kamulaştırma bedeli, eş deyişle onun yerini tutan ikame değeri girmiştir. Böylece davacı taşınmazın temlik yerini onun değerinin kendisine verilmesini isteme hakkını kazanmıştır."⁸⁵ şeklinde ifade edilmiştir. Ayrıca vaat alacaklısı taşınmaz üzerinde iyi niyetle yapmış olduğu yapı için takdir edilen kamulaştırma bedelini isteyebilir⁸⁶.

⁸¹ Ayan, Ayan, *Medenî Hukuka Giriş*, s. 115, 116

⁸² Aydın Zevkliler, K. Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 14. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2014, s. 67.

⁸³ İzzet Karataş, *Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi ve Yüklenicinin Temlik İşleminde Kaynaklanan Davalar*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2009, s. 294.

⁸⁴ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 21. Baskı, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2017, s. 1331.

⁸⁵ Yarg. 13. H.D, E. 1986/4826, K. 1986/5536, T. 17.11.1986, Yarg. 13. H.D, E. 1991/8883 K. 1991/11265 T. 10.12.1991, Yarg. 14. H.D, E. 2015/1164 K. 2015/2654 T. 11.3.2015.

⁸⁶ Selâhattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Halûk Burcuoğlu, Atillâ Altop, *Te-*

Trampa yoluyla kamulaştırmada ise trampa edilen taşınmaz eğer vaat alacaklısının sözleşmesinin devamı için elverişli bir taşınmaz ile trampa edilmişse söz konusu taşınmaz satış vaadi, trampa edilen taşınmaz üzerinde devam edecektir. Ancak sözleşmenin devamını mümkün kılmayan bir taşınmaz ile trampa edilmesi halinde ise Borçlar Kanunu m. 136 gereği imkânsızlık hükümleri uygulanır ve taraflar birbirlerine aldıklarını geri verirler.

Burada dikkat edilmesi gereken en önemli husus; kamulaştırma neticesinde talep edilecek olan bedelin sınırlı aynî haklarda olduğu gibi idareden değil taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin muhatabı olan borçludan talep edebilmesidir. Zira en başta da ifade edildiği üzere taşınmaz satış vaadi kişisel bir hak olmasından ötürü sadece ilgili hukuki işlemin tarafına karşı hakkını ileri sürebilecektir.

Kişisel hakların şerh edilmesi onları aynîleştirmez, ancak şerhten sonra taşınmazda hak kazanmış olanlardan doğmuş borcun ifasında alacaklıya zarar verenlerin haklarının bertaraf edilmesini sağlar. Buna şerhin munzam etkisi denilir. Aynî etki deyimini de kullanılmaktadır⁸⁷. Bu etki Medeni Kanun m. 1009/2' de "*Bunlar şerh verilmekle o taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı ileri sürülebilir.*" şeklinde kendini göstermiştir.

Kişisel haklar bilindiği üzere sadece ilgili hukuki ilişkinin tarafları arasında ileri sürülebilir. Ancak şerh dolayısıyla o hukuki ilişkinin tarafı olmayan üçüncü şahıslara karşı da ileri sürülmesi mümkün olduğundan kamulaştırma işlemi bakımından da şerh edilmiş taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ile hak sahibi hakkını kamulaştırmayı yapan idareye karşı da ileri sürebilecektir.

Şerh edilmiş olmak şartıyla taşınmaz satış vaadi hakkı sahibi kamulaştırma işleminin iptali davasında davacı olabilecektir⁸⁸.

kinay Eşya Hukuku, C.I Zilyetlik-Tapu Sicili Mülkiyet, 5. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1989, s. 697.

⁸⁷ Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, s. 286.

⁸⁸ Düren, *İdare Hukuku Dersleri*, s.177, Kutlu Gürsel, *Kamulaştırma Hukuku*, s. 314.

B. Kamulaştırmanın Kira Sözleşmesinden Kaynaklı Kiracı Hakkına Etkisi

Kira sözleşmesi; kiraya verenin bir malını ücret karşılığında kiracıya kira süresince kullandırma ve yararlandırma amacıyla bırakma borcu altına girdiği sözleşmedir⁸⁹. Borçlar Kanunu m. 310'a göre "Sözleşmenin kurulmasından sonra kiralanan herhangi bir sebeple el değiştirirse, yeni malik kira sözleşmesinin tarafı olur. Kamulaştırmaya ilişkin hükümler saklıdır."

Kamulaştırma işlemi kira sözleşmesini sona erdirici etkiye sahiptir⁹⁰. Zira Kamulaştırma neticesinde kira sözleşmesi kusursuz imkansızlık sebebiyle sona ermiş sayılmaktadır⁹¹. Kişisel haklar içerisinde değerlendirilen kiracının hakları bakımından da kamulaştırma neticesinde bir hakkı varsa ilgili idareden değil kira sözleşmesinin tarafı olan kiraya verenden talep etmesi gerekir⁹².

Burada kiracının hakları bakımından konuyu irdelemek gerekmektedir. Örneğin taşınmazın boşaltılması hususuna bakılacak olursa; Kamulaştırma Kanunu m. 20'de taşınmaz malın boşaltılması nedeniyle mal sahibi ve idarenin tazminat ile sorumlu tutulamayacağı hüküm altına alınmıştır. Bunun yanında kamulaştırma neticesinde kiracının taşınmaza diktiği ağaçları ve özellikle bir yapı yaptığı hallerde onları söküp alma hakkına ilişkin Yargıtay kararları mevcuttur⁹³. Yine Yargıtay kararlarında kiracının kiralanda yaptığı masrafları kullandığı süre ile orantılı şekilde kiraya verenden talep edebileceğine hükmedilmiştir⁹⁴. Buna ilaveten kiracının kiraladığı taşınmazın değerini yükselten imalat yapması nedeniyle kamulaştırma değerinin arttığı ve kiraya verenin bu durumda

⁸⁹ Zevkililer, Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s. 187.

⁹⁰ Bilgen, *Kamulaştırma Hukuku*, s. 68.

⁹¹ Kenan Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku II. Cilt Özel Borç İlişkileri*, 3. Baskı, İstanbul, Sermet Matbaası, 1977, s. 615.

⁹² Yarg. 3. H.D, E. 2019/2635 K. 2019/9368 T. 26.11.2019, Yarg. 3. H.D, E. 2019/2994 K. 2019/7987 T. 16.10.2019.

⁹³ Yarg. 3. H.D, E. 2019/2635 K. 2019/9368 T. 26.11.2019, Yarg. 3. H.D, E. 2019/2994 K. 2019/7987 T. 16.10.2019.

⁹⁴ Yarg. 6. H.D, E. 2014/13069, K. 2015/1441, T. 17.02.2015.

daha fazla kamulaştırma bedeli almasından ötürü kiracının kamulaştırma sebebiyle kiraya verene ödenen imalat bedelini sebepsiz zenginleşme hükümleri gereği isteyebileceği Yargıtay kararlarında belirtilmiştir⁹⁵.

Kiracının kamulaştırma işlemine karşı dava açma ehliyeti kural olarak kabul edilmemektedir. Ancak kiracı da taşınmazın kamulaştırılmasından ötürü etkilenir ve dolayısıyla da menfaati ihlal edilir. Bu nedenle kiracının da davacı olabilmesi gerekmektedir. Ancak Danıştay kiracının dava açma ehliyetinin bulunmadığına hükmetmektedir⁹⁶. Doktrinde de Kamulaştırma Kanunu m. 14'ün lafzi yorumundan hareketle sadece malike dava açma hakkı tanınmasından dolayı kiracının kamulaştırma işlemine karşı dava açma ehliyetinin bulunmadığı ifade edilmektedir⁹⁷. Ancak burada her ne kadar sadece malikin dava açabileceği belirtilmiş olsa da idari işlemde menfaati etkilenenlerin genel hükümlere göre iptal davası açma hakkını ortadan kaldırmayacaktır. Zira gerek Anayasa gerekse İdari Yargılama Usulü Kanunu hükümleri değerlendirildiğinde kişilerin menfaatlerini etkileyen idari işlemlere karşı dava açabilecekleri imkânının bahşedildiği görülmektedir. Nitekim Danıştay bir kararında yapının yıkımı kararına karşı kiracının dava ehliyetinin bulunduğunu, zira yapının maliki dışında söz konusu işlemde etkilenen kişilerin de dava açabilmelerinin imkân dahilinde olduğunu belirtmiştir⁹⁸. Bu karardan yola çıkılarak kamulaştırma işlemi ile yıkım işlemi arasında kiracı üzerindeki etkileri aynı olduğundan kiracının ve Kamulaştırma Kanunu m. 14'te sayılmayan diğer ilgililerin de kamulaştırma işlemine karşı dava

⁹⁵ Yarg. 13. H.D, E. 2009/8247, K. 2010/2243, T. 23.02.2010.

⁹⁶ Dan. 6. D, E. 1990/55, K. 1990/169, T. 26.2.1990, Dan. 6. D. E. 2003/3572 K. 2005/62 T. 13.1.2005, Dan. 6. D. E. 1991/4181 K. 1992/3441 T. 7.10.1992.

⁹⁷ Cemil Kaya, "Kiracıların Subjektif Dava Açma Ehliyeti Konusunda Danıştay Kararlarının Değerlendirilmesi", İÜHFM Prof. Dr. İl Han Özay'a Armağan, C. LXIX, S. 1-2, 2011, s. 335- 347, s. 338, Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, *Türk İdari Yargılama Hukuku*, 2. Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi, 2019, s. 236, 237.

⁹⁸ Dan. 14. D, E. 2011/9654, K. 2012/2931, T. 18.4.2012.

açabileceği ifade edilmiştir⁹⁹. Bunun altında yatan neden ise malik kamulaştırmaya razı ise kiracının dava açmak suretiyle mülkiyet hakkına müdahalede bulunmasını önlemek olduğu dile getirilmektedir¹⁰⁰. Ancak burada yine de somut olay özelinde değerlendirme yapmak gerekebilir. Zira malikin de kamulaştırmaya karşı iptal davası açma arzusunun bulunması ancak süre ya da başka herhangi bir nedenle dava açamamış olması durumunda kiracının açtığı davanın sırf menfaat ihlali nedeniyle reddi doğru olmayacaktır. Bu durumda bakılması gereken husus, malikin kamulaştırma işlemine karşı açılan davaya rızasının olup olmadığıdır. Bunun yanında Yargıtay ise kiracının “ilgili” sıfatıyla bedel davası açmasında bir sakınca görmediği 2001 yılındaki değişiklikten öncesine ait kararları bulunmaktadır¹⁰¹.

Bir önceki başlıkta şerhin kişisel haklar açısından etkisi dile getirilmiştir. Kiracı bakımından özellik arz eden hususu dile getirmek gerekirse; şerh edilmiş kira sözleşmesi gereği üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir niteliği kazanan kiracı, bu hakkından kaynaklanan durumlar için kamulaştırmayı yapan idareye karşı da hakkını ileri sürebilecektir.

⁹⁹ Ayşegül Çoban Atik, “Kamulaştırmada Yargısal Denetim”, Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Konya, 2013, (çevrimiçi), <https://www.ulusaltezmerkezi.net/>, E.T: 03.06.2020, s. 294.

¹⁰⁰ Metin Günday, *İdare Hukuku*, 10. Baskı, Ankara, İmaj Yayınevi, 2013, s. 265.

¹⁰¹ Yarg. 18. H.D, E. 1999/12856 K. 1999/13996 T. 4.11.1999, Yarg. 18. H.D, E. 1997/9721 K. 1997/10801 T. 17.11.1997.

SONUÇ

Kamulaştırma işlemi, sadece taşınmazın üzerinde bulunan mülkiyet hakkına değil diğer birçok hakka etkisi bulunan bir işlem olarak karşımıza çıkmaktadır. Sınırlı aynî haklar ve kişisel haklar bağlamında kamulaştırma işleminin etkisinin ne olduğunun ele alındığı bu çalışmada sadece kamulaştırma işleminin etkisi ele alınmamış aynı zamanda söz konusu işlem sebebiyle ilgili hakkın tarafının dava yahut idari aşamada hak sahipliği konumu da ele alınmaya çalışılmıştır. Bu bağlamda söylenmesi gereken en önemli şey ise yargısal bakımdan ilgili hakkın sahibinin davaya müdahil olması hususunda yargı içtihatları bulunmaktayken idari aşamada ilgili hak sahibinin sürece müdahil olup olmamasına yönelik herhangi bir karara rastlanılmamıştır.

Kamulaştırma işleminin sınırlı aynî haklar üzerindeki etkisi söz konusu hakkın sınırlı sayıda olması nedeniyle ilgili olan her sınırlı aynî hak bakımından tek tek incelenmiştir. Bu kapsamda genel olarak kamulaştırma işleminin ilgili sınırlı aynî hakkı sona erdirici etkisi olduğu gözlemlenmiş ve ancak incelenen bazı sınırlı aynî haklar bakımından ikame değer üzerinden devam ettiği ve hak sahibinin bu değer vesilesiyle hakkın niteliğine göre nemalandırıldığı yahut teminat olarak devam ettiği saptanmıştır.

Kamulaştırma işleminin kişisel haklar bakımından etkisi ise söz konusu hakkın hukuk düzeninin elverdiği ölçüde sınırsız sayıda kurulabileceğinden ötürü sadece kira sözleşmesi ve taşınmaz satış vaadi üzerinden incelenmiştir. Söz konusu haklar bakımından ayırıcı olan en önemli husus ise ilgili hakkın, taşınmazın kamulaştırılmasından dolayı ifasının imkânsız hale gelmesinden ötürü istenecek bedelin idareden değil ilgili hukuki ilişkinin tarafı olan kişiden istenmesidir. Bu durum kişisel hakların nispi niteliğinden ileri gelmektedir. Bunun yanında söz konusu kişisel hakların şerh edilmesi neticesinde ise hakkın ileri sürülebileceği çevrenin genişlemesi durumunda elbette kamulaştırma işlemi yapan idareden de istenebileceği kuşkusuzdur.

Bütün bu incelemelerden yola çıkılarak denilebilir ki; Kamulaştırma Kanunu'na sınırlı aynî haklar ve şerh edilmiş kişisel hakların akıbetinin ne olacağına ilişkin genel bir hükümden ziyade hangi hakkın hangi

niteliğinden ötürü nasıl etkileneceğinin düzenlenmesi gerekir. Buna ilaveten kamulaştırma işleminde özellikle trampa yoluyla kamulaştırma durumunda sınırlı aynı hak veya kişisel hakkın nasıl devam edeceği, devam edememesi halinde nasıl yol izleneceğinin belirtilmesi gerekir. Bedel tespit ve tescil davaları bakımından intifa hakkı ve ipotek hakkı sahibine taşınmazın bedeline ilişkin yargısal süreçte rol almasına izin verilirken bedelin tespitine ilişkin idari aşamada söz hakkının olmaması problemleri durumlara ilişkin multidisipliner yani hem özel hukuk hem de idare hukuku bakış açısıyla hükümlerin düzenlenmesi gerekmektedir.

ZUSAMMENFASSUNG

Die Enteignung kommt im Rahmen der Möglichkeiten des öffentlichen Eigentumsserwerbs an vorderster Stelle. Sie hat nicht nur Auswirkungen auf die Eigentumsrechte in Bezug auf das Grundvermögen, sondern auch auf einige andere Rechte. Es entspricht den Grundsätzen eines Rechtsstaates, den Rahmen einer Enteignung festzustecken, da es sich dabei schließlich um einen schweren Rechtseingriff handelt. In diesem Zusammenhang wird die Erörterung des beschränkten dinglichen Rechts und der relativen Rechte, eine detaillierte Aufarbeitung des Themas ermöglichen. Die unausreichende gesetzliche Regelung der Auswirkungen einer Enteignung auf andere Rechte, sowie die Vernachlässigung dieser Problematik durch die Literatur hat dazu geführt, dass sich ein Lösungsgerüst entlang von Gerichtsentscheidungen gebildet hat.

Wenn von den Auswirkungen einer Enteignung auf beschränkte dingliche Rechte oder relativen Rechte die Rede ist, kann man allgemein sagen, dass in Bezug auf die Adressat der Geltendmachung dieser Rechte eine Differenzierung erfolgt. Denn die Auswirkungen einer Enteignung im Falle eines betroffenen beschränkten dinglichen Rechts und die Auswirkungen einer Enteignung im Falle eines betroffenen relativen Rechts müssen jeweils getrennt betrachtet werden; Ersteres kann gegenüber jedermann geltend gemacht werden, wohingegen Letzteres nur gegenüber den Klagebeteiligten einer entsprechenden Rechtsmaßnahme geltend gemacht werden kann. Im Rahmen dieser Arbeit wird auch versucht, die Erweiterung der Adressat einer Geltendmachung von relativen Rechten deren Schutzbereich erweitert ist, zu erörtern.

In dieser Arbeit wurden nicht nur die Auswirkungen des Enteignungsakts auf das betroffene Recht untersucht. Gleichzeitig wurde auch die Rechtslage der Klage eines Klageberechtigten infolge einer Enteignung, sowie deren Rechtslage im Rahmen des entsprechenden Verwaltungsverfahrens untersucht.

In der Arbeit wird die Auswirkung der Enteignung auf beschränkte dingliche Rechte im Einzelnen geprüft. Bei den beschränkten dinglichen Rechten herrscht das Prinzip des Numerus Clausus Aufgrund der begrenzten Anzahl der entsprechenden, durch die Enteignung beeinträchtigten beschränkten dinglichen Rechte, wurde die Auswirkung auf jedes betroffene beschränkt dingliche Recht einzeln geprüft. Dabei wird festgestellt, dass durch die Enteignung das betroffene beschränkte dingliche Recht erlischt. In Bezug auf den Nießbrauch regelt das Türkische Zivilgesetzbuch im Artikel 798 Abs.2, dass der Nießbrauch gemäß dem Nießbrauchwert fort dauert und der Rechtsinhaber von diesem Recht (in Form von Übertragung auf die Bank und Nutzung des Zinses) Gebrauch machen kann. Das Recht auf eine Hypothek besteht, gem. Art. 798 Abs.2, parallel zum Nießbrauch, über dem Enteignungswert weiterhin als Grundpfandrecht. Die sonstigen beschränkten dinglichen Rechte haben, ab ihrem Erlöschen, entsprechend ihrer Nutzung, Anteil am Enteignungswert.

In der vorliegenden Arbeit wurden die Auswirkungen des Enteignungsakts auf die relativen Rechte am Beispiel der Miet- und Immobilienvorverkaufsverträge behandelt, um die unzähligen relativen Rechte zu beschränken und zu konkretisieren. Auch die relativen Rechte erlöschen mit dem Eintritt einer Enteignung. Diesbezüglich ist am Wichtigsten anzumerken, dass die Entschädigung, die durch die "Unmöglichkeit der Rechtsausübung" im Zuge der Enteignung eintritt, nicht von der Verwaltung, sondern von der Partei des entsprechenden Rechtsverhältnisses gefordert werden kann. Dies geht aus dem relativen Charakter der relativen Rechte hervor. Wenn durch die Vormerkung des jeweiligen relativen Rechts im Grundbuch das relative Recht vertstärkt und der Kreis der Adressaten dadurch erweitert wird, kann die Entschädigung selbstverständlich auch von der Behörde gefordert werden, die die Enteignung vollzogen hat.

Zusammenfassend kann gesagt werden dass es im Enteignungsgesetz sinnvoller ist zu regeln, welches Recht explizit aufgrund welcher Eigenschaft auf welche Art beeinträchtigt wird, anstelle einer allgemeinen Regelung über beschränkte dingliche Rechte und die Rechtslage von aufgehobenen relativen Rechten zu verfassen. Zusätzlich sollte vor allem im Fall von Enteignungen, die im

Wege von Eigentumsaustausch stattfinden ausdrücklich geregelt werden, was im Verlauf mit beschränkten dinglichen Rechten und relativen Rechten geschieht und was geschieht, wenn diese nicht fortbestehen können. Bezüglich des Problems, dass Inhaber von Nießbrauch und Hypothekenrechten bei Klagen zu der Festsetzung und Bestätigung der Entschädigungshöhe im Urteilsverfahren mitberücksichtigt werden, bei der Feststellung der Entschädigung im Verwaltungsverfahren jedoch nicht berücksichtigt werden, ist eine mehrdimensional, sowohl zivil- als auch verwaltungsrechtliche, Herangehensweise notwendig.

KAYNAKÇA

- AKİPEK, Jale G, *Türk Eşya Hukuku (Aynî Haklar) Üçüncü Kitap Mahdut Aynî Haklar (Menkul Rehni Hariç)*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1974.
- AKİPEK, Jale/AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Derya, *Eşya Hukuku*, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil, *Türk İdari Yargılama Hukuku*, 2. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019.
- AYAN, Mehmet/AYAN, Nurşen, *Medenî Hukuka Giriş*, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- AYAN, Mehmet, *Eşya Hukuku III Sınırlı Aynî Haklar*, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- BERTAN, Suad, *Aynî Haklar Medenî Kanununun 618-764 üncü Maddelerinin Şerhi (Bu Maddelerle İlgili Kanunlar ve Eski Hükümler)*, C. II, Balkan Basım ve Ciltevi, Ankara, 1976.
- BİLGİN, Pertev, *Kamulaştırma Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1999.
- CANARSLAN, Gökçe, *İntifa Hakkının Sona Ermesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- CANSEL, Erol, *Türk Menkul Rehni Hukuku Teslim Şartlı Menkul Rehni*, C. I, Sevinç Matbaası, Ankara, 1967.
- CEYLAN, Serdar, "Kamulaştırma İşleminden Doğan Adli Yargı Uyuşmazlıkları", *Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, 2007, Konya, (çevrimiçi), <https://www.ulusaltezmerkezi.net/>, E.T: 03.06.2020.
- ÇETİNER, Bilgehan, *Taşınmaz Teminatı*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2015.
- ÇOBAN ATİK, Ayşegül, "Kamulaştırmada Yargısal Denetim", *Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı*, Konya, 2013, (çevrimiçi), <https://www.ulusaltezmerkezi.net/>, E.T: 03.06.2020.
- DÜREN, Akın, *İdare Hukuku Dersleri*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1979.
- EREN Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 21. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- ERMAN, Hasan, *Eşya Hukuku Dersleri*, 8. Baskı, Der Kitabevi, İstanbul, 2018.

- ESENER, Turhan/GÜVEN, Kudret, *Eşya Hukuku*, 7. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- GÜNDAY, Metin, *Eşya Hukuku*, 7. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- GÜRİSOY, Kemal T/EREN Fikret/CANSEL, Erol, *Türk Eşya Hukuku*, 2. Baskı, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1984.
- HELVACI, İlhan, *Eski Medenî Kanunumuzla Karşılaştırılmalı Olarak Türk Medenî Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2008.
- KAYA, Cemil, "Kiracıların Subjektif Dava Açma Ehliyeti Konusunda Danıştay Kararlarının Değerlendirilmesi", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası Prof. Dr. İl Han Özay'a Armağan*, Cilt 69, Sayı 1-2, Aralık 2011, 335- 347.
- KARATAŞ, İzzet, *Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi ve Yüklenicinin Temlik İşleminde Kaynaklanan Davalar*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009.
- KAZANCI, Mehmet Nedim, "Zorunlu İrtifaklar", *Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi*, Ankara, 2014, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, (Çevrimiçi), Erişim Tarihi, 06.01.2020.
- KOCABAŞ, Gediz, "Sözleşmeden Doğan Geçit Hakkı", *Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi*, İstanbul, 2011, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, (Çevrimiçi), Erişim Tarihi, 06.01.2020.
- KÖPRÜLÜ, Bülent/KANETİ, Selim, *Sınırlı Aynî Haklar*, 2. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982-1983.
- KUTLU GÜRSEL, Meltem, *Kamulaştırma Hukuku*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012.
- OĞUZMAN, M. Kemal/BARLAS, Nami, *Medenî Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar*, 18. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.
- OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY ÖZDEMİR, Saibe, *Eşya Hukuku*, 22. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020.
- ONAR, Sıddık Sami, *İdare Hukukunun Umumî Esasları*, C. II, 3. Baskı, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966.
- ÖZAY, İl Han, *Günüşünde Yönetim*, 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017.

- ÖZCAN BÜYÜKTANIR, Burcu G., “Üst Hakkının Sona Ermesi”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 14, Sayı 173-174, Ocak-Şubat 2019, 243-267.
- ÖZMEN, Etem Sabâ/ŞENGÜL, Mehmet, *Kentsel Dönüşümde Kat Mülkiyeti Uygulamaları ile Sınırlı Aynî Haklar ve Şerhler*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- SURLU, Mehmet Handan/ÖZTÜRK, Gülay, *Öğreti ve Uygulamanın Işığında Açıklamalı-İçtihatlı Zorunlu Geçit Hakkı ve Diğer Geçit Hakları*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.
- ŞAHİN, Cenk, *Acele Kamulaştırma*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- TEK, Gülen Sinem, *Yararı Kalmayan Ya da Azalan İrtifak Haklarının Sona Ermesi (MK m. 785)*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- TEKİNAY, Selâhattin Sulhi, *Menkul Mülkiyeti ve Sınırlı Aynî Haklar (Eşya Hukuku II/3)*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1994.
- TEKİNAY, Selâhattin Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Halûk/ALTOP, Atillâ, *Tekinay Eşya Hukuku, C.I Zilyetlik-Tapu Sicili Mülkiyet*, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1989.
- TUNÇOMAĞ, Kenan, *Türk Borçlar Hukuku II. Cilt Özel Borç İlişkileri*, 3. Baskı, Sermet Matbaası, İstanbul, 1977.
- ÜNAL, Mehmet, *Türk Medeni Hukukunda Yapı (Üst) Hakkı*, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1988.
- VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet/ESMER, Galip, *Gayrimenkul Tasarrufları*, 2. Baskı, İstanbul Matbaacılık, İstanbul, 1956.
- ZEVKLİLER, Aydın/GÖKYAYLA, K. Emre, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 14. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014.

İNTERNET KAYNAKLARI

<https://www.ulusaltezmerkezi.net/>,

<http://proxy.elibrary.tau.edu.tr/MuseSessionID=0210105jw/MuseProtocol=http/MuseHost=www.kazanci.com/MusePath/kho2/ibb/ara.htm>

Offshore Şirketlerin Türk Milletlerarası Usul Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi

Beurteilung von Offshore-Unternehmen unter den Bedingungen des türkischen internationalen verfahrensrechts

Araş. Gör. S. Ahsen Türkmen*

ÖZ

Gitgide milletlerarası ticaret hayatının önemli aktörleri haline gelen, en bilinen adıyla, "offshore" şirketler şimdiye kadar farklı hukuk disiplinleri bakımından çok sayıda çalışmanın konusu olmuştur; ancak, milletlerarası özel hukuk ve milletlerarası usul hukukundaki yerleri bakımından değerlendirilmemişlerdir. Tamamen kuruldukları ülkeler dışında faaliyette bulunmak amacıyla kullanılan offshore şirketler, yabancılık unsuru taşımakla, milletlerarası özel hukuk ve usul hukukunu yakından ilgilendirmektedir. Çalışmanın muhtemel hacmi düşünülerek, yalnızca Türk milletlerarası usul hukuku bakımından bir değerlendirmeye tabi tutulmaları uygun görülmüştür. Ancak Türk milletlerarası usul hukukunun tamamına yönelik bir inceleme/değerlendirmede bulunulmamış, yalnızca offshore şirketler ve kuruldukları offshore finans merkezleri/vergi cennetleri açısından özellik arz edebilecek meseleler üzerinde durulmuştur. Çalışmanın ilk kısmında bu tür şirketlerin nerede, nasıl ve ne amaçla kuruldukları olabildiğince çalışmanın amacına uygun şekilde açıklanmış; ikinci kısmında ise bu tür şirketlere karşı açılacak davalarda Türk mahkemelerinin yetkisi, bu tür şirketlerin Türk mahkemelerinde dava açmaları ya da icra takibi yapmaları halinde teminat yatırma yükümlülükleri incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: *Offshore Şirket, Posta Kutusu Şirket, Tüzel Kişiler, Vergi Cenneti, Milletlerarası Yetki*

* Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, turkmen@tau.edu.tr, ORCID: 0000-0002-1045-145X

Assessment of Offshore Companies in terms of Turkish International Procedural Law

ABSTRACT

The commonly called as "offshore" companies, which are increasingly becoming one of the most important actors of the international business life, have been the subject of many studies in terms of different legal disciplines; however, they have not been evaluated in terms of private international law and international procedural law. Offshore companies, which are completely used to operate outside the countries where they were established, are closely related to international private law and procedural law, with an element of foreignness. Considering the possible volume of the study, it has been deemed appropriate to make an assessment only in terms of Turkish international procedural law. However, a review/evaluation of the entire Turkish international procedural law has not been made. Only issues that may be specific in terms of offshore companies and offshore financial centers / tax havens where they are established have been emphasized. In the first part of the study, where, how, and why such companies are established was explained as much as possible in accordance with the purpose of the study. In the second part, the jurisdiction of Turkish courts concerning such companies and the liability of such companies to deposit guarantees while filing a lawsuit or commencing an execution procedure are examined.

Keywords: *Offshore Company, Letterbox Company, International Jurisdiction, Legal Entities, Tax Haven, International Litigation*

GİRİŞ

"Offshore şirket" tabiri hemen hemen toplumun her kesiminin aşına olduğu, ancak esasen hukuken neye tekabül ettiği bilinmeyen bir kavramdır. Offshore şirket nedir, neden "offshore şirket" tabiri kullanılmaktadır, bu şirketler nerelerde kurulmaktadır, tacirler neden bu yola başvurmaktadır, offshore bir şirket kurmanın avantajları nelerdir vb. meseleler bilinmemekte; daha ziyade offshore şirket kurmanın yegâne amacının "karanlık", "illegal" işlerle uğraşmak olduğu düşünülmektedir.

Esasen dünya genelinde, bir anlamda devlet hukuklarını suiistimal eden bu şirketlere karşı devletlerin vatandaşlarını korumak üzerine bir “mücadele” yürüttüğü de söylenebilir. Türkiye’de çok sayıda offshore şirketin faaliyette bulunduğu, hatta basından takip ettiğimiz kadarıyla bu şirketlerin birçoğunun büyük hacimli işler yaptığı bilinmektedir. Bu sebeple durumun Türk hukuku bakımından da irdelenmesi ve mevcut çerçevenin çizilmesi gerekmektedir. Öncelikle mevcut çalışmanın bir araştırma makalesi olduğu gözetilerek mümkün olduğunca özet şekilde bu hususlar açıklanacaktır. Çalışmanın ikinci kısmında ise, bu tip şirketlere karşı Türk mahkemelerinde dava açılabilir mi, icra takibi başlatılabilir mi, iflas davası açılabilir mi vb. meseleler irdelenecektir. Son olarak ise, bu tür şirketlerin teminat yükümlülüğü açısından özellik arz eden hususlar ortaya konacaktır.

I. OFFSHORE ŞİRKETLER ve TERCİH EDİLME SEBEBLERİ

A. GENEL OLARAK

‘Offshore’ deyimi, genel olarak, yabancı, başka bir deyişle başka bir ülkeyle bağlantılı anlamında kullanılmaktadır¹. ‘Offshore şirket’ tabiri ise iki tür şirket tipini anlatmak için kullanılmaktadır. Bunlardan birincisi, offshore finans merkezi olup olmamasına bakılmaksızın, birincil faaliyetlerini sürdürdüğü yerden farklı bir yerde kurulan şirkettir. Bu tür offshore şirketlerin, vergi cenneti ülkelerde kurulmak zorunda olmadığı görülmektedir. İkincisi ise, offshore finans merkezlerinde kurulan şirketlerdir.

Offshore şirketlerin ortak bazı özellikleri olmasına rağmen, genelde kuruldukları yere bağlı olarak farklı özellikler gösterebilmektedirler. Offshore şirketler genel olarak, "offshore finans merkezlerinde" ya da

¹ Eva Erdos, “Tax Optimization, Tax Avoidance or Tax Evasion? Contributions To The Offshore Companies’ Legal Background”, *Curentul Juridic, The Juridical Current, Le Courant Juridique*, Petru Maior University, Faculty of Economics Law and Administrative Sciences and Pro Iure Foundation, Vol. 42, https://old.upm.ro/facultati_departamente/ea/RePEc/curentul_juridic/rcj10/rec_jurid103_4F.pdf, s. 55.

"vergi cenneti" olarak adlandırılan ülkelerde kurulmaktadır. Vergi cenneti ve offshore finans merkezi terimleri çoğu zaman aynı anlama gelecek şekilde kullanılsa da esasen ortaya çıkış zamanları ve özellikleri bakımından farklılık göstermektedirler. Başka bir deyişle, her offshore finans merkezi bir vergi cennetidir ya da her vergi cenneti bir offshore finans merkezidir diyemeyiz; ancak çalışma konumuz, bu kavramların incelenmesi olmadığından, doktrinde kullanıldığı üzere ve çalışmamızın amacına uygun olarak, aynı anlama geldikleri varsayılarak kullanılacaktır.

Offshore şirketler için doktrinde ve uygulamada "paravan şirket" (*front company* ya da *shell company*), "sözde yerli şirket" (*pseudo-national*), "sözde yabancı şirket" (*pseudo-foreign company*- ABD hukukunda offshore şirketler bu şekilde adlandırılmaktadır), "posta kutusu şirket" (*mailbox company* ya da *letterbox company*), "kanal şirket" (*conduit company*- çok uluslu şirketler tarafından vergiden kaçınmak amacıyla kullanılan şirketler bu şekilde adlandırılmaktadır), "şeklen yabancı şirket" (*formally foreign company*- Hollanda hukukunda offshore şirketler bu şekilde adlandırılmaktadır) terimleri de sıkça kullanılmaktadır. Yabancı literatüre baktığımızda en genel kullanım şeklinin "posta kutusu şirket" olarak tercüme edebileceğimiz "*letter-box company*" olduğunu söyleyebiliriz. Türk hukuk doktrininde ve ticaret hayatında ise daha ziyade offshore şirket tabiri kullanıldığından çalışmamızda bu tür şirketler için biz de offshore şirket tabirini tercih edeceğiz.

Offshore şirketin belirli bir hukuki ya da diğer türlü bir tanımı yoktur. Ancak, OECD (*Organisation for Economic Co-operation and Development*)² tarafından yapılan offshore şirket ve posta kutusu şirket tanımlarının yeterince kapsayıcı bir tanım olduğu söylenebilir. OECD'nin tanımına göre offshore şirket "ticari faaliyetlerini yürüttüğü ülke veya ülkeler dışında bir ülkede (genellikle bir vergi cennetinde) kayıtlı şirkettir. Offshore

² "İktisadi İş Birliği ve Kalkınma Örgütü ya da kısaca OECD, İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra oluşturulan Batı kuruluşları sisteminin bir parçası olarak ihdas edilmiştir. İkinci Dünya Savaşı sonrasında, Avrupa Ekonomi İşbirliği Örgütü'nün (OECE) işlevini tamamlaması üzerine, onun yerine ve daha geniş bir görev tanımı çerçevesinde kurulmuştur. Örgütün 37 üyesi bulunmaktadır.". Bkz. http://www.mfa.gov.tr/iktisadi-isbirligi_ve-gelisme-teskilati_-oecd_.tr.mfa

(veya yerleşik olmayan kişinin sahip olduğu) şirket, genellikle yurtdışında pazarlama, uluslararası nakliye ve vergisel amaçlar için kullanılan şirkettir.”. Posta kutusu şirket ise “bir kağıt-şirket, paravan şirket veya para kutusu şirketi, başka bir ifadeyle, şirketin kuruluşu ve kaydı için yalnızca temel gereklilikleri yerine getiren; fiili ticari faaliyetlerini farklı bir ülkede yöneten şirkettir.”³

B. VERGİ CENNETLERİNİN TERCİH EDİLME SEBEPLERİ

Yabancı ülkedeki ucuz iş gücünden yararlanmak⁴ ya da ülkenin doğal zenginliklerinden faydalanmak veya uygulanan cazip vergi ve döviz politikalarından faydalanmak amacıyla yabancı sermaye yatırımı yapılabilmektedir⁵. Vergi cenneti ülkeler ise bunlara ek olarak, ticari işlemlerin ve bankacılık işlemlerinin gizli tutulması, döviz kontrolünün bulunmaması gibi olanaklar da sağlamaktadır. Bu nedenle özellikle çokuluslu şirketler tarafından yatırım yapılmak üzere tercih edilmektedirler.

1. Vergi Cennetlerinin Vergi Avantajlarından Faydalanmak Üzere Kullanılması

Vergi oranlarının diğer ülkelere göre oldukça düşük olması ya

³ <http://www.oecd.org/ctp/glossaryoftaxterms.htm>

⁴ Offshore şirketlerin tercih edilmesinin en önemli sebeplerinden biri işçi haklarını koruyan hükümlerden kaçınılabilmektedir. Avrupa Birliği üyesi devletler özellikle işçi haklarının korunması bakımından offshore şirketlerin tanımlanması, tespit edilmesi ve bunlara karşı etkili önlemler alınması noktasında uzun yıllardır mücadele etmektedir. Bu konuda gerek resmi kurumlar/enstitüler/platformlar tarafından gerekse akademik düzeyde çok sayıda çalışma yapılmıştır. Bkz. Katrin McGauran, *Ending Regulatory Avoidance Through The Use Of Letterbox Companies*, European Economic, Employment and Social Policy – N° 3/2020, **Permanent link:** <https://www.etui.org/publications/policy-briefs/european-economic-employment-and-social-policy/ending-regulatory-avoidance-through-the-use-of-letterbox-companies>; Ivana Kiendl Krišto/ Elodie Thirion, *An Overview of Shell Companies In the European Union*, EPRS | European Parliamentary Research Service, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/627129/EPRS_STU\(2018\)627129_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/627129/EPRS_STU(2018)627129_EN.pdf).

⁵ Erkan Yetkiner, “Vergi Cennetleri ve Yabancı Sermayenin Vergi Cenneti Ülkeleri Seçme Nedenleri”, *Vergi Dünyası*, Sayı: 235, Mart 2001, s.92.

da hiç vergi uygulanmıyor olması, vergi mükelleflerinin, vergi planlaması amacıyla, vergi cenneti ülkeleri tercih etmesine sebep olmaktadır⁶. Mükellefler vergi planlaması amacıyla, şirket yapılarını ve şirketlerinin örgütlenmesini, iş yapma şekillerini, vergi kanunları ile ilgili diğer mevzuatta yer alan indirim, istisna ve muafiyetleri ve özellikle çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmalarının, vergisel avantaj sağlayarak ve vergi yükünü en aza indirecek şekilde yasal düzenlemeler ile uyumlu olarak kullanarak vergi planlaması yapabilmektedir⁷.

Vergi cennetlerinin vergi motivasyonlu olarak tercih edilmesinin diğer bir sebebi ise vergiden kaçınmadır. Vergi kaçırılmadan farklı olarak, vergiden kaçınma, esasen yasal olarak, boşluklardan yararlanılarak, vergi mükellefiyetinin azaltılmasıyla olur⁸. Özellikle çokuluslu üretim şirketleri vergi cennetlerindeki serbest liman ve gümrüksüz bölgelerde üretim yaparak, burada ürettikleri malları vergi cenneti ülke dışındaki kardeş şirketlere yüksek fiyatlara satarak oldukça yüksek kârlar elde etmektedir. Bu elde ettikleri kâr, vergi cenneti ülkede oldukça az oranda vergilendirilmekte ya da hiç vergilendirilmemekte ve kâr vergi cenneti ülkede kaldığından diğer bir ülkeye transferi konusunda da kolaylık tanınmaktadır⁹. Yatırım şirketleri ise, yatırım portföylerini korumak amacıyla vergi cennetlerindeki işletmeleri araç olarak kullanmaktadırlar. Yatırım araçlarından elde ettikleri gelirler burada vergiye tabi tutulmamaktadır¹⁰.

⁶ Şennur Hoşyumruk, "Vergi Cennetleri, Tercihli Vergi Rejimleri ve Zarar Verici Vergi Rekabetinin OECD Ülkeleri ve Türkiye Açısından Değerlendirilmesi", Eskişehir Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Doktora Tezi), <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi>, 2003, s.15.

⁷ Cem Adil Yılmaz, "Vergi Planlaması Türk Vergi Mevzuatı ve Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşmaları Kapsamında Değerlendirilmesi", İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s.53.

⁸ Erol Karsan, *Vergi Kaçırma ve Vergiden Kaçınma ile Mücadelede Uluslararası İş Birliği*, Maliye ve Gümrük Bakanlığı Araştırma, Planlama ve Koordinasyon Kurulu Yayını, İstanbul, 1984, s.35.

⁹ Hoşyumruk, s.23.

¹⁰ Semih Öz, *Uluslararası Vergi Rekabeti ve Vergi Cenneti*, Maliye ve Hukuk Yayınları, 2005, s.143.

Vergi cennetlerinden faydalanan şirketler arasında önemli bir yer tutan diğer bir grup ise gemi şişletmeciliği yapan şirketlerdir. Gemi şişletmeciliği yapan şirketler hem vergi avantajlarından yararlanmak hem de kendi ülkelerinin hukuki düzenlemelerinden ve ekonomik kısıtlamalardan kurtulmak amacıyla, gemilerini vergi cenneti ülkelerin ticaret sicillerine kaydettirmektedirler¹¹. Bu yöntem *flag shopping* de denmektedir. Özellikle Panama ve Liberya bu yöntem için oldukça cazip fırsatlar sunduğundan gemicilik şirketleri tarafından çokça tercih edilmektedir.

Gayrimenkul sahipleri, gayrimenkullerini gizlemek ya da sattıkları takdirde vergi yükümlerinden kurtulmak amacıyla gayrimenkullerini vergi cennetlerinde kurdukları şirketlerin bilançolarına dahil etmektedir¹². E-ticaret şirketleri ise, vergi cenneti ülkelere kayıtlı olarak, bilinmeyen isim ve sınırlı sorumluluk sahibi olarak faaliyette bulunabilmektedirler.

Offshore holdinglere bağlı şirketlerin vergi cenneti ülkelerde kurulması yoluyla da çeşitli avantajlar sağlanabilmektedir. Offshore finans şirketlerine sağlanan avantajlar ise, merkezi vergi cenneti bir ülkede olmayan bir şirketin, vergi cenneti ülkede bulunan/ bulunmayan şirket veya şubeleri arasındaki alacak/ borç ilişkileri ağıısından önemlidir. Zira bu durumda, örneğin, şirketler arasında kredi alışverişi gerçekleştirildiğinde, kredi alan taraf için faiz indirimi yapılacak, vergi cenneti ülkede bulunan şirket de yaptığı işlem için vergi ödemeyecektir¹³.

Telif, lisans, patent, know-how vb. gayri maddi hakların ticaretini yapmak amacıyla kurulan şirketler, bu hakların alım satımında vergilendirilmeyebilmektedir. Bu şirketler hem uzun prosedürlerden kaçınmak hem de elde ettikleri kârı vergi ödemeyerek yükseltmek amacıyla, elde ettikleri kârı vergi cennetlerindeki bağlı şirketlere transfer etmektedirler¹⁴. Bunun dışında, uygulamada şirketler, patent haklarını, vergi cen-

¹¹ Öz, s.147; Hoşyumruk, s. 24.

¹² Yılmaz, s.223.

¹³ Yetkiner, s.71; Hoşyumruk, s.25; Yılmaz, s.223.

¹⁴ Hoşyumruk, s.26.

neti ülkelerdeki bağlı işletmeye devretmekte, bu işletmeye yapılan ödemeler ana şirket için gider olarak kaydedilerek, vergi matrahlarını azaltabilmektedir¹⁵.

Vergi cenneti ülkelerden faydalanmak amacıyla, hâlihazırda var olan bir şirketin şubesi açılabilir, bağlı şirket kurulabilir ya da yeni bir şirket kurulabilir. Vergi cennetlerinde kurulan ticari işletme biçimlerinden en yaygın olanı uluslararası ticaret şirketleri (International Business Company/IBC) ve ortaklıklardır. Bu tür şirketlerin kuruluş yeri olarak en önde gelen ülke ise İngiliz Virjin Adaları'dır. Uluslararası ticaret şirketleri başka bir ülkede kurulmuş şirketlerin şubeleri ya da vergi cenneti ülkelerde kurulmuş bağımsız şirketler olabilirler¹⁶. Bunun dışında vergi cennetlerinde vakıf, tröst vb. kuruluşlar da kurulabilmektedir.

2. Vergi Cennetlerinin *Treaty-Shopping* Maksadıyla Kullanılması

Dünya ticaretinin büyük bir kısmı uluslararası yatırımlar aracılığıyla gerçekleştirilmektedir. Yabancı yatırımcıları teşvik etmek amacıyla devletler iki veya çok taraflı sözleşmeler akdederek, sözleşmenin kapsamına giren yatırımcılara çeşitli ayrıcalıklar ve kolaylıklar tanımaktadırlar. Bunların yanında devletler yatırımcılara vergi avantajları sağlayan sözleşmeler de akdetmektedirler. Birçok devlet arasında iki taraflı çifte vergilendirmeyi önleme antlaşmaları mevcuttur. Uygulamada yatırımcıların bu sözleşmelerin sağladığı avantajlardan faydalanmak üzere hukuki arayışta bulunmasına *treaty shopping* denmektedir¹⁷.

¹⁵ Öz, s. 146.

¹⁶ Ronen Palan/ Richard Murphy/Christian Chavagneux, *Tax Havens: How Globalization Really Works*, Cornell University Press, 2010, s.85.

¹⁷ David G. Duff, "Responses to Tax Treaty Shopping: A Comparative Evaluation", (<http://papers.ssrn.com>), s. 3; Vern Krishna, "Treaty Shopping and the Concept of Beneficial Ownership in Double Tax Treaties", *Canadian Current Tax*, Volume 19, Number 11, s. 131; Suzy H. Nikiema, "Definition of Investor", Best Practices Series, (www.iisd.org), s.3; Berk Demirkol, "Yatırım Tahkiminde Paravan Şirketlerin Yol Açtığı Yetki Sorunları ("Paravan Şirketler" olarak anılacaktır)", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Eylül, 2012, Cilt: 28, Sayı:3, s. 304, dn.9.

Birçok devlet arasında iki taraflı çifte vergilendirmeyi önleme antlaşmaları mevcuttur ve kişilerin bu anlaşmaların sağladığı avantajlardan faydalanmak için taraf devletlerden birinde mukim olmaları gerekmektedir. Tüzel kişiler için mukim olma şartı fiili idare merkezlerinin ya da kuruluş yerlerinin taraf devletlerden birinde olmasıyla karşılanmaktadır¹⁸.

Gerçek kişiler için vergi mükellefligi, başka bir deyişle, vergi anlaşmalarından faydalanacak vergi mükellefligi, anlaşmanın tarafı devletlerden birinde sosyal ve ekonomik olarak gerçekten var olmalarına bağılıyken, tüzel kişiler için ise herhangi bir faaliyette bulunma şartı dahi yoktur. Hal böyle olunca, yatırımcılar, vergi anlaşmalarının sağladığı avantajlardan en verimli şekilde faydalanabilmek amacıyla, anlaşma tarafı ülkelerde şirket kurma, şube açma veya kurulan bir şirketi devralma yoluna gitmektedir.

3. Offshore Finans Merkezlerinin Hukuki Koruma Yöntemlerinden Faydalanmak Amacıyla Tercih Edilmesi

a. Offshore Finans Merkezlerinde Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi

Offshore bölgelerde yapılan yatırımların korunma yöntemleri bu bölgelerde sağlanan gizlilik imkânlarıyla sınırlı değildir. Offshore bölgelerde kurulan şirketlere, bu şirketlerin varlıklarına, kişilerin hesap bilgilerine vs. yabancı mahkeme kararları neticesinde ulaşılabilmesi de oldukça önemlidir. Her bir offshore merkezde farklı hukuki düzenlemeler ya da fiili uygulamalar olsa da genel olarak, yabancı mahkeme kararlarından kaçınmak ve yabancı hukukların uygulanmasını engellemek amacıyla özel düzenlemeler yapılmaktadır. Bir başka ifadeyle, yabancı mahkeme kararlarının tanınmaması/tenfiz edilmemesi ya da yabancı devlet hukuklarının offshore bölgede etkili olamaması için önlemler alınmaktadır¹⁹. Böylece, yabancı mahkemelerce offshore şirketlerle ya da offshore merkezde bulunan varlıklarla borçlu arasındaki bağ tespit edilmiş olsa

¹⁸ Duff, s.3.

¹⁹ Rose-Marie Antoine, *Confidentiality In Offshore Financial Law*, Oxford University Press, 2002, s. 178.

bile, davacı bu kararı offshore merkezde tanıtıp tenfiz ettiremeyeceğinden bu karar onu amacına ulaştırmayacaktır.

Bu bölgelerde bir kararın tanınıp/tenfiz edilip edilmeyeceğine karar verilirken ise, örneğin; söz konusu şirket çok-uluslu bir şirketse, mahkemeler kararı veren yabancı mahkemenin yetkisini, ancak söz konusu şirketin yabancı mahkemenin yetkisi dâhilinde olduğu yabancı ülke sınırlarında bir “varlık” teşkil etmesi halinde kabul etmektedir. Başka bir ifadeyle, offshore devletin mahkemeleri yabancı mahkemenin verdiği kararın tenfiz edilip edilmeyeceğine karar verirken, kararı veren yabancı mahkemenin davaya bakmaya yetkili olup olmadığını değerlendirir ve şayet söz konusu şirket, bu yabancı mahkemenin bulunduğu yabancı devlet ülkesinde bir “varlık” teşkil etmişse, bu yabancı mahkemenin yetkili olduğunu kabul edecektir²⁰.

Bunun dışında, offshore bölgelerin gizlilik kuralları da yabancı mahkeme kararını tanıtıp tenfiz ettirmeye çalışan kişiler için engel oluşturabilir. Offshore merkezlerin yatırımcılar tarafından bu denli tercih edilmesinin başlıca sebepleri arasında da bu güvence vardır. Bazı offshore merkezlerde yabancı mahkeme kararlarının tanınmaması/tenfiz edilmemesine karşı alınan bu tutum yazılı hukuk kuralları haline de getirilmiştir. Örneğin; Cayman Adaları hukukuna bakacak olursak; 1996 Tarihli Yabancı Mahkeme Kararlarının Karşılıklı Tanınması Kanunu’na²¹

²⁰ Anglo Sakson hukukunu benimseyen offshore bölgelerde, bir şirketin yabancı bir devlet ülkesinde “varlık” teşkil edip etmediği, İngiliz Temyiz Mahkemesi’nin 1990 tarihli *Adams v. Cape Industries Plc.* kararında²⁰ esas alınan prensibe göre belirlenmektedir. Bu karara göre bir şirketin yabancı bir devlet ülkesinde “var olduğunun” kabul edilebilmesi için: a) Şirket yabancı ülkede sabit bir iş yeri sahip olmalıdır ve bu iş yeri aracılığıyla, belirli bir süredir (inandırıcı olması açısından) faaliyette bulunuyor olmalıdır; b) şirket ticari faaliyetlerini bu iş yeri aracılığıyla gerçekleştiriyor olmalıdır. Söz konusu davada ABD mahkemelerinin kararı şirketin ABD’de bir işyeri olmadığından, kararın usulüne uygun olarak alınmadığından bahisle, tanınmamıştır. Bkz. E. Edward Siemens, *Offshore Company Law, Academy and Finance*, 2009, s.115.

²¹ Kanununun tam metni için bkz. <http://www.btsb.ky/wp-content/uploads/Laws-in-Force/1997.pdf>

göre, Cayman Adalarında yabancı mahkeme kararları mütekabiliyet esasına göre tanınabilecektir. Ancak uygulamada yalnızca Avustralya'nın bazı eyaletleriyle mütekabiliyet olduğu kabul edilmiştir²². Bu sebeple Avustralya ve bazı Avustralya Eyaletleri dışında diğer yabancı devlet mahkemeleri tarafından verilen kararlar ancak Anglo Sakson hukuku prensiplerine göre tenfiz edilecektir. Yabancı hakem kararlarının tenfiz edilmesi açısından ise 1958 Tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında New York Sözleşmesi, Birleşik Krallık tarafından Cayman Adalarına da uygulanacak şekilde akdedildiğinden, bu sözleşme uygulama alanı bulacaktır.

b. Offshore Finans Merkezlerinde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması, tüzel kişinin hukuk ile bağdaşmayan amaçlar için kullanılması halinde, hukuki bağımsızlığının bertaraf edilmesi anlamına gelmektedir²³. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması esasen bir teoridir ve temeli tüzel kişilerin varsayımlardan ibaret olduğu düşüncesine dayanmaktadır²⁴. Tüzel kişilerin bağımsız birer hukuki kişiliğe sahip olması tüzel kişiler hukukunun temel prensiplerinden biridir. Buna göre tüzel kişi, kurucularından, üyelerinden, organlarını teşkil eden şahıslardan ayrı bir organizasyondur²⁵. Ancak bu prensip dokunulamaz değildir. Tüzel kişinin hukukun yasakladığı amaçları elde etmek amacıyla kullanılması halinde, tüzel kişinin oluşturduğu farazi

²²'Guide to Enforcement of Foreign Judgments In Cayman Islands', Çevrimiçi Kaynak: (https://www.multilaw.com/Multilaw/Documents/Enforcement_of_Foreign_Judgment/Cayman_Islands_-_Multilaw_enforcement_fundamental_principles.pdf), s.1.

²³ Uğur Büyükyılmaz, "Sermaye Şirketlerinde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması", Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2015, s. 10.

²⁴ Emre Esen, *Milletlerarası Özel Hukukta Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması* (Tüzel Kişilik Perdesi), Beta Yayınevi, 2012, s. Baskı, s. 1.

²⁵ Rona Serozan, *Tüzel Kişiler: Özellikle: Dernekler ve Vakıflar*, 2. Baskı, Filiz Kitabevi, 1994, s. 17; Esen, *Tüzel Kişilik Perdesi*, s. 8; İpek Sağlam, "Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanmasına Genel Bir Bakış", I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu, Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi*, İstanbul, Şubat 2008, s. 153; Büyükyılmaz, s. 3.

“perde” kaldırılarak tüzel kişinin arkasında yer alan gerçek ya da tüzel kişinin sorumluluğuna gidilebilmektedir.

Offshore merkezi devletlerin mahkemeleri kural olarak tüzel kişilik perdesinin kaldırılması taraftarı değildir; ancak bazı istisnai durumlarda perdenin kaldırılmasına hükmedebilmektedirler. Şirket hissedarlarının, yöneticilerinin ya da çalışanların; hileli bir davranışta bulunmak, bir kanun hükmünün uygulanmasından kaçınmak, bir yükümlülükten kaçınmak, ceza gerektiren bir suçtan korunmak veya bir kusuru aklamak amacıyla hareket ettiği hallerde offshore merkezi mahkemeleri perdenin kaldırılmasına hükmedebilmektedir²⁶. Çoğu offshore merkezde yatırımcıya tüzel kişilik perdesinin kaldırılmayacağına dair güvence verilmektedir²⁷. Bu husus da offshore merkezin tercih edilirliliğini arttıran bir faktördür.

c. *Forum Non Conveniens* Doktrini

Her devlet kendi mahkemelerinin hangi hallerde yetkili olduğunu ve olmadığını kendisi belirler. Dolayısıyla yabancılık unsuru içeren bir uyuşmazlıkta birden çok devlet mahkemesinin yetkili olması söz konusu olabilir. *Forum non conveniens* doktrini daha ziyade Anglo Sakson hukuk geleneğindeki ülkelerde kullanılan bir doktrindir²⁸. Buna göre, yabancılık unsuru içeren bir uyuşmazlık ile karşı karşıya gelen devlet mahkemesi, kendisinden daha yetkili bir devlet mahkemesinin bulunduğu ve uyuşmazlığa bu mahkemenin bakması gerektiğine karar verebilir²⁹.

²⁶ Siemens, s.84.

²⁷ OECD'nin 2001 Tarihli “Tüzel Kişilerin Yasadışı Amaçlarla Kullanılmasına” (Orijinal adıyla “Behind the Corporate Veil: Using Corporate Entities for Illicit Purposes”) dair Raporu için bkz. <https://www.oecd.org/daf/ca/43703185.pdf>.

²⁸ Sökmen Güler, s. 2631; Ekşi, *Milletlerarası Yetki*, s. 73-74; Aynı yönde görüş için bkz. Işıl Özkan/Uğur Tütüncübaşı, *Uluslararası Usul Hukuku*, Adalet Yayınevi, 2017, s.21; Gülören Tekinalp/ *Milletlerarası Özel Hukuk-Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları* (“Bağlama Kuralları” olarak anılacaktır), Vedat Yayıncılık, 13. Bs., 2020, s. 401.

²⁹ Yusuf Çalışkan, “Türk Tabiiyetinde Olan Kişiler İle İlgili Davalar Işığında Amerikan Milletlerarası Yargılama Hukukundaki Bazı Temel Kavramlar”, *TBB Dergisi*, Sayı: 62, 2006, s. 66; Ekin Sökmen Güler, “Forum Non Conveniens Doktrini ve Uluslararası Paralel Davalar”, *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof.

Başka bir ifadeyle; davaya bakan hakim daha yetkili bir devlet mahkemesinin varlığı sebebiyle kendi yetkisinden feragat etmektedir³⁰.

Anglo Sakson hukukunun benimsendiği offshore merkezlerde, offshore şirketlerin malvarlığını koruma yöntemi olarak, *forum non conveniens* doktrinine başvurulabilmektedir. Bu müesseseye, offshore şirket, ana şirketin bir şubesi şeklinde kurulduğunda ve bu şubenin yaptığı işlemlere karşı ana şirkete karşı dava açılmak istendiğinde de başvurulmaktadır; ancak bu halde de uyuşmazlığın offshore merkezden daha yakın irtibatlı olduğu bir devlet bulunduğu ve davanın orada görülmesinin daha uygun olduğu, başka bir ifadeyle offshore şirketin bulunduğu yer mahkemesinin yetkisinden bu sebeple feragat edildiğine hükmedilebilmektedir³¹. Daha sonra, *forum non conveniens* sebebiyle offshore merkez mahkemelerinde görülmeyen dava, diğer yetkili devlet mahkemesinde görülüp, karar offshore merkezde tanınmak istendiğinde ise bu kez de kararın tanınıp tenfiz edilmemesi ihtimal dahilindedir. Zira, bu merkezler gerek kanuni düzenlemeleriyle gerek fiili uygulamalarıyla, offshore şirket kurucularına maksimum korumayı sağlamak üzere dizayn edilmiş merkezlerdir.

Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan, C. 21, Özel S., 2019, s. 2631; Nuray Ekşi, *Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi*, 2. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2000, ("Milletlerarası Yetki" olarak anılacaktır.) s.60; Ergin Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, Beta Yayınevi, 22. Baskı, 2017, s.495; Ziya Akıncı, *Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Sözleşmesine Dayanan Yabancı Derdestlik*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2002, s. 27, s. Işıl Özkan, Adil Yargılanma Hakkı'nın Uluslararası Özel Hukuka Etkisi, *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, C. 19, Özel Sayı-2017, s. 1796; Özlem Canbeldek Akın, *Milletlerarası Derdestlik (Lis Pendens)*, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 124 vd.

³⁰ Tekinalp, Bağlama Kuralları, s. 401.

³¹ Siemens, s.116.

II. TÜRK MAHKEMELERİNİN OFFSHORE ŞİRKETLER ALEYHİNE AÇILACAK DAVALARDA MİLLETLERARASI YETKİSİ

A. GENEL OLARAK

Devletlerin offshore şirketlere karşı kendi vatandaşlarını koruma noktasında karşılaştığı en önemli sorun esasen vatandaşlarının haklarını kendi mahkemeleri önünde arayabilmesidir. Zira, yukarıda açıkladığımız üzere, offshore şirketlerin kuruldukları ülkelerin hukukları bu şirketlerin kurucularını azami düzeyde koruyabilmek üzere dizayn edilmiştir. Bu açıdan Türk vatandaşlarının offshore şirketi borçlulara karşı korunmasını sağlayabilmek için ilk adım olarak Türkiye Cumhuriyeti Devletinin mahkemelerinde kendilerine karşı dava açabilme, başka bir ifadeyle, Türk Cumhuriyeti Devleti mahkemelerinin bu davalara bakma yetkisi olmalıdır.

5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK)³² yabancı unsurlu davalarda Türk mahkemelerinin ne zaman yetkili ne zaman yetkisiz olacağı meselesini düzenleyen temel kanundur. MÖHUK md.40'ta Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisine ilişkin genel bir kural getirilmiştir. Buna göre, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, iç hukukun yer itibariyle yetki kurallarına göre belirlenmektedir. MÖHUK md.40 hükmünde yer alan genel yetki kuralının atıfta bulunduğu, iç hukuktaki yer itibariyle yetki kurallarını düzenleyen temel kanun ise 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK)³³ dur. Bunun dışında muhtelif kanunlarda ve Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu milletlerarası antlaşmalarda da yetki kuralları mevcuttur.

HMK md.6'da genel yetkili mahkemeye ilişkin bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre genel yetkili mahkeme, davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesidir. HMK md.6/II uyarınca, gerçek veya tüzel kişinin "yerleşim yeri", Türk Medeni Kanunu³⁴ (MK) hükümlerine göre belirlenir. Tüzel kişilerin yerleşim yeri

³² RG: 12.12.2007, Sayı: 26728.

³³ RG: 04.02.2011, Sayı: 27836.

³⁴ Türk Medeni Kanunu, Kanun Numarası: 4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001, RG 08.12.2001/24607.

ise MK md.51'e göre belirlenecektir. MK md.51'e göre tüzel kişilerin yerleşim yeri tüzel kişinin statüsünde belirtilen yerdir. Tüzel kişinin statüsünde yerleşim yeri belirtilmemişse, idari işlerinin yürütüldüğü yer tüzel kişinin yerleşim yeridir.

Şirketler bakımından Türk mahkemelerinin yetkisinin doğabilmesi için yerleşim yerinin, yani statülerindeki idare merkezinin Türkiye'de olması gerekmektedir. Şayet statülerinde idare merkezi belirtilmemişse, işlerin fiilen idare edildiği yer, yani fiili (gerçek) idare merkezi şirketin yerleşim yeri sayılacaktır. Fiili (gerçek) idare merkezi, şirketin esaslı işlerinin yürütüldüğü yerdir. Başka bir ifadeyle, fiili (gerçek) idare merkezi, şirketin yönetim kurulunun, denetim kurulunun, genel kurulunun toplandığı, şirketin muhasebesinin ve idaresinin yapıldığı yerdir³⁵. Statüde yer alan idare merkezi buna karine teşkil edecektir, ancak aksi her zaman ispat edilebilir. Doktrinde, bu konuda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşler; "genel kurulun yapıldığı yer gerçek idare merkezidir", "idare organının toplandığı yer gerçek idare merkezidir" ya da "her somut olayda göre fiili durum incelenmeli ve gerçek idare merkezi tespit edilmeli" şeklindedir³⁶. Günümüzde uluslararası ticaretin geldiği nokta ve çok uluslu şirketlerin faaliyetleri de düşünüldüğünde, her bir somut olayda, şirketin gerçek idare merkezinin tespit edilmesi gerektiği kanaatindeyiz³⁷.

HMK md.6'nın yanında, HMK'da ve sair kanunlarda bazı özel yetki kuralları da mevcuttur. Davacı, davayı isterse genel yetkili mahkemede, isterse özel yetkili mahkemede açabilir³⁸. Yetki kurallarından biri olan ve konumuz açısından da önem arz edebilecek olan md.9'daki düzenlemeye göre "Türkiye'de yerleşim yeri bulunmayanlar hakkında genel yetkili mahkeme, davalının Türkiye'deki mutad meskeninin bulunduğu yer mahkemesidir. Ancak, diğer özel yetki hâlleri saklı kalmak

³⁵ Tuğrul Arat, *Ticaret Şirketlerinin Tabiiyeti*, Sevinç Matbaası, Sevinç Matbaası, 1970, s. 83; Tekinalp, *Bağlama Kuralları*, s.76.

³⁶ Bkz. Arat, s.84.

³⁷ Musa Aygül, *Milletlerarası Özel Hukukta Şirketlere Uygulanacak Hukukun Tespiti*, Seçkin Yayıncılık, 2007, s.27.

³⁸ Çelikel/Erdem, s.570;

üzere, malvarlığı haklarına ilişkin dava, uyuşmazlık konusu malvarlığı unsurunun bulunduğu yerde de açılabilir.”

HMK md.9'a göre Türkiye'de yerleşim yeri bulunmayanlar hakkında genel yetkili mahkeme, davalının Türkiye'deki mutad meskeninin bulunduğu yer mahkemesidir; ancak doktrinde³⁹ tüzel kişilerin mutad

³⁹ İlyas Arslan, *Milletlerarası Özel Hukukta Mutad Mesken Kavramı* (“Mutad Mesken” olarak anılacaktır), On İki Levha Yayıncılık, 2014, s.166: “Mutad mesken için bir kimsenin oturma süresi ve oturma devamlılığı aranmakta, kişinin o yerde oturmaya yönelik iradesi dikkate alınmaktadır. İlgili kişinin o yere sosyal olarak uyum sağlaması, o yeri benimsemesi gerekmektedir. Oysa tüzel kişiler açısından böyle bir durum söz konusu olmaz. Tüzel kişilerin bir gerçek kişi gibi belirli bir sosyal ortama uyum sağlaması beklenemez. Belirli bir amacı gerçekleştirmek amacıyla kurulurlar ve kuruldukları andan itibaren bu amacı gerçekleştirmek için hareket ederler.”; “Tüzel kişilerin merkezinin bulunması sebebiyle onlarla her durumda ilişkilendirilen bir coğrafi yer de mevcut olacaktır. Dolayısıyla ikametgâh ve mutad mesken gibi kavramlar tüzel kişilere yabancıdır. Tüzel kişinin merkezi Türkiye'deyse o tüzel kişi Türk tabiiyetindedir; merkezi yurtdışında ise, yabancı bir tüzel kişiden bahsetmek gerekir. Yabancı bir tüzel kişi ise Türkiye'de dava açacak ya da takip yapacak olursa, MÖHUK md.48 uyarınca teminat göstermek zorundadır.” Bkz. Abdurrahim Karlı, *Medeni Muhakeme Hukuku*, Filiz Kitabevi, 5. Baskı, 2020, s.401, dn.821; Ceyda Süral, ‘Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisine Etkisi’, *TBB Dergisi*, 2012/100, Çevrimiçi: (http://portal.ubap.org.tr/App_Themes/Dergi/2012-100-1185.pdf), s. 172; Berk Demirkol, *Milletlerarası Yetki Anlaşmaları*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018, s. 12; Baki Kuru, *Medeni Usul Hukuku El Kitabı*, Cilt 2, Yetkin Yayınları, 2020, s. 1244-1245; Ramazan Arslan/ Ejder Yılmaz/ Sema Taşpınar Ayvaz/Emel Hanağası, *Medeni Usul Hukuku*, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, 2019, s. 534; Tekinalp, *Bağlama Kuralları*, s. 291 , “MÖHUK md. 24’te AB Hukukundan farklı olarak “yerleşim yeri” hukuku öngörülmüştür. Oysa AB hukukunda, Roma I Tüzüğü md. 4’te borçlar hukuku sözleşmeleri açısından işlem, karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni hukukuna tabi tutulmaktadır. Bu konuda MÖHUK’ta da mutad mesken kavramına yer verilmesi Komisyon’da görüşülmüş ve tartışmalar sırasında tamamen mutad meskene dönmek yerinde görülmemiştir. Çünkü tüzel kişiler için mutad mesken söz konusu değildir.” Özdemir Kocasakal’a göre de “...bir kişinin sosyal ilişkilerinin merkezi olarak tanımlanan mutad meskeninden tüzel kişiler açısından söz etmek mümkün değildir. MÖHUK md. 9/4’te yer alan idare merkezinin tüzel kişilerin mutad meskenine denk geldiğinin savunulması mümkün değildir. Zira bu madde gerçek kişiler açısından vatandaşlık kriterini benimsemektedir” Hatice Özdemir Kocasakal, “Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK md. 24 Çerçevesinde

meskeninden bahsedilemeyeceği, mutad mesken kavramının tüzel kişilere yabancı olduğu kabul edilmektedir⁴⁰. Nitekim; HMK md.84'ün gerekçesinde de mutad meskenin yalnızca gerçek kişilere ilişkin bir kavram olduğu, tüzel kişilerin ise sadece merkezlerinden söz edilebileceği ve onların merkezlerinin kuruluş belgelerinde gösterilmesinin zorunlu olduğu belirtilmiştir.

HMK md.9'un ikinci fıkrası ile ise davacılara bir anlamda ek bir imkân tanınmıştır. Buna göre diğer özel yetki hâlleri saklı kalmak üzere, malvarlığı haklarına ilişkin dava, uyuşmazlık konusu malvarlığının bulunduğu yerde de açılabilir. Başka bir ifadeyle; Türkiye'de yerleşim yeri bulunmayan davalının Türkiye'deki mutad meskeninin bulunduğu yer mahkemesi yerine, uyuşmazlık konusu malvarlığının bulunduğu yer mahkemesinde de dava açılabilir. 1086 Sayılı (mülga) HUMK md.16'da Türkiye'de yerleşim yeri olmayanlara karşı açılacak mal davalarının Türkiye'de sakın oldukları yerde ve bunlar Türkiye'de sakın değilse malının, ihtilafı şeyin veya varsa teminatının bulunduğu yerde açılabileceğini düzenlemiştir. HMK md. 9 uyarınca ise, diğer özel yetki halleri saklı kalmak üzere, malvarlığı haklarına ilişkin davalar, uyuşmazlık konusu malvarlığı unsurunun bulunduğu yerde açılacaktır. Dolayısıyla, bundan böyle yabancıların Türkiye'de herhangi bir malvarlığının bulunması kendisine karşı dava açılabilmesi için yeterli olmayacak, yetkiye esas teşkil eden

Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları", *MHB*, Yıl:30, Sayı:1-2, s. 56.

⁴⁰ Karşıt görüş için bkz. Emre Esen, "Hukuk Usulüne Dair La Haye Sözleşmesi Kapsamında Yabancı Tüzel Kişilerin Teminat Yükümlülüğünden Muafiyeti (La Haye Sözleşmesi)", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi –İnÜHFD-* Cilt: 9 Sayı:1 Yıl 2018, s. 15; Merve Acun Mekengeç, *Türk Hukuku'nda Teminat Gösterme Yükümlülüğü*, *MHB*, Yıl:37, Sayı:2, s. 8; Ayrıca Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında 593/2008 sayılı Tüzük (Roma I Tüzüğü) m. 19/1 ve Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında 864/2007 sayılı Tüzük (Roma II Tüzüğü) m.23 hükümlerinde de tüzel kişilerin mutad meskenine ilişkin düzenlemeler getirilmiştir. Roma I Tüzüğü md. 19'a göre tüzel kişiler için mutad mesken esas idare merkezidir. Şube, acente veya bir kuruluş tarafından kurulan akitlerde ilgili şube, acente veya kuruluşun bulunduğu yer mutad mesken olarak kabul edilecektir.

malvarlığının uyumsuzluk konusu ile ilgili olması gerekecektir. Bu değişikliğin sebebi, madde gerekçesinde Türk mahkemelerinin vermiş oldukları kararların yabancı ülkelerde tanınması ve tenfizi gerektiğinde aşkın yetki⁴¹ gerekçesiyle tanıma ve tenfiz talebinin reddinin engellenmesini sağlamak olarak ifade edilmiştir⁴².

6100 sayılı HMK ile getirilen düzenleme Türkiye’de yerleşim yeri bulunmayan borçlulara karşı alacaklıları savunmasız bıraktığı gerekçesiyle eleştirilmiştir⁴³. Bu düzenleme, konumuz açısından da önem arz etmektedir. Zira offshore şirketler, bu merkezlerin sağladığı hukuki korumadan maksimum düzeyde faydalanabilmek amacıyla, idare merkezlerini offshore merkezler bünyesinde bulundurmaktadır.

Offshore şirketler uygulamada offshore merkezdeki temsilcilikleri aracılığıyla işlem yapmaktadırlar. Bu temsilcilikler yönetim kurulu gibi hareket edip karar almaktadır. Şirket, şirketin gerçek hak sahipleri tarafından yönetildiği takdirde, kendi ülkesinde vergi ödemek zorunda kalabileceğinden, offshore şirketler uygulamada offshore merkezlerde kayıtlı bulunan temsilciliklerce yönetilmektedir. Ayrıca, kimliğinin gizli kalması, olası durumlarda gerçek hak sahibinin sorumlu tutulmaması açısından da şirketin gerçek menfaat sahibi tarafından yönetilmemesi tercih edilmektedir. Bu durumda gerçek şirket sahibi, şirketin temsilcisiymiş

⁴¹ Aşkın ya da aşırı yetki (*exorbitant jurisdiction*) bağlama noktasının ülkeyle olan ilişkiyi zayıf, geçici, tesadüfi ölçülerle kurması veya herhangi bir bağlantı aranmaması durumunda ortaya çıkar. Bkz. Ekşi, *Milletlerarası Yetki*, s.50-59 ve s.78-80; Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, s. 524 vd.; Vahit Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk*, Savaş Yayınevi, 6. Baskı, 2020, s. 129; Sıdika Ayşegül (Demir) İskenderoğlu, “Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi”, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çevrimiçi: (www.yoktez.gov.tr), s. 20: Aşırı yetki davacının menfaatine hizmet eder. Davalının menfaatini dikkate almaz.

⁴² Çelikel/Erdem, s.573; Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, s.466; Süral, s.208; “*Burada, malvarlığının bulunduğu yerde dava açılması imkanını tamamen ortadan kaldırmak yerine, malvarlığının değeri yönünden bir sınır çizilerek aşkın yetki endişesini bertaraf etmek daha uygun bir çözüm olacaktır.*”

⁴³ Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, s. 466; Çelikel/ Erdem, s. 573; Ejder Yılmaz, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınları*, 3. Baskı, 2017, s.336.

gibi gösterilip, işlemleri kendi yapması sağlanabilmektedir; ancak bu ihtimalde de tam bir gizlilik sağlanacağı söylenemez. Bunun yerine temsilci müdürün işleri aktif olarak yürütmesi ve temsilci müdür ile gerçek menfaat sahipleri arasında ayrıntılı bir anlaşma yapılması tercih edilmektedir. Diğer bir deyişle; offshore bölgelerde şirketlerin idaresi üçüncü kişiler tarafından gerçekleştirilmekte ve idareye ilişkin kararlar, offshore merkezdeki bu temsilcilik ofislerince alınmaktadır. Bu tarz şirketler Türkiye'deki ilişkilerini yönetmek, ticari faaliyet dışında haberleşme, ağırlama, irtibat sağlama, pazar araştırmasının yapılması, iş olanaklarının yakından takip edilmesi ve bu konuda şirket merkezine bilgi verilmesi gibi sosyal, kültürel ve iktisadi amaçlarla ise diğer yabancı şirketlerin yaptığı gibi, Türkiye'de irtibat büroları (*liaison office*)⁴⁴ kurmayı tercih etmektedirler.

HMK md.14/2'ye göre ise: *“Bir şubenin işlemlerinden doğan davalarda, o şubenin bulunduğu yer mahkemesi de yetkilidir. Özel hukuk tüzel kişilerinin, ortaklık veya üyelik ilişkileriyle sınırlı olmak kaydıyla, bir ortağına veya üyesine karşı veya bir ortağın yahut üyenin bu sıfatla diğerlerine karşı açacakları davalar için, ilgili tüzel kişinin merkezinin bulunduğu yer mahkemesi kesin yetkilidir.”* Bu düzenleme, Türkiye'de şubeleri aracılığıyla faaliyette bulunan yabancı şirketler açısından da uygulanacaktır; ancak⁴⁵, HMK md. 14 hükümünün uygulama alanı bulabilmesi için dava konusu uyuşmazlığın ya-

⁴⁴ İrtibat büroları 4875 Sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu'na (DYYK) (RG: 17.06.2003, Sayı: 25141) göre kurulmaktadır. DYYK md.3/h'e göre Hazine Müsteşarlığı, yabancı ülke kanunlarına göre kurulmuş şirketlere, Türkiye'de ticarî faaliyette bulunmamak kaydıyla irtibat bürosu açma izni vermeye yetkilidir. İrtibat bürolarının, yabancı sermaye mevzuatına göre ticari faaliyette bulunmaları yasaktır. İrtibat bürosu açılabilmesi için Ekonomi Bakanlığına bağlı Teşvik ve Uygulama ve Yabancı Sermaye Genel Müdürlüğü'nden alınması gerekmektedir. İrtibat büroları şube olarak kabul edilmemektedir. İrtibat bürolarının şubeden temel farkı, ticari faaliyette bulunamayan bir organizasyon türü olmasıdır. Bu sebeple ticaret siciline tescil edilmezler. Ayrıntılı bilgi için bkz. Hacı Kara, “Türk Hukukunda İrtibat Bürosu ve Özellikleri”, *İzmir Barosu Dergisi*, Eylül, 2018, s. 167-200.

⁴⁵ Şubenin bulunduğu yerde dava açılması, davanın şubeye karşı açılacağı anlamına gelmez. HMK md. 14 yalnızca bir yetki kuralı getirmektedir. Taraf ehliyeti hâlen şubenin bağlı olduğu tüzel kişiye aittir.

bancı şirketin Türkiye'deki şubesinin işlemlerinden doğmuş olması gerekmektedir⁴⁶. Şubenin bulunduğu yer mahkemesi sadece şubenin hukuki işlemlerinden doğan davalarda değil, aynı zamanda haksız fiil ve sebepsiz zenginleşmeden doğan davalar açısından da yetkilidir⁴⁷.

Bunun dışında, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK)⁴⁸'nin 103. ve 105. maddeleri de konuyla bağlantılı olarak incelenmesi gereken düzenlemelerdir. TTK md. 103'e göre "*Özel kanunlarda aksine düzenleme olmadıkça, sözleşmeleri yerli veya yabancı bir tacir hesabına ve kendi adına yapmaya sürekli olarak yetkili bulunanlar ile Türkiye Cumhuriyeti içinde merkez veya şubesi bulunmayan yabancı tacirler ad ve hesabına ülke içinde işlemlerde bulunanlar hakkında da*" acentelik hükümleri uygulanır. TTK md. 105 ile de acenteler ve TTK md. 103 gereğince acentelik hükümlerine tabi olanlar hakkında bir düzenleme getirilmiştir⁴⁹. Buna göre: "*Bu sözleşmelerden doğacak uyumsuzlıklardan dolayı acente, müvekkili adına dava açabileceği gibi, kendisine karşı da aynı sıfatla dava açılabilir*⁵⁰. *Yabancı tacirler adına acentelik*

⁴⁶ Ejder Yılmaz, s. 410; 2012 yılında yürürlükten kalkan Ecnebi Anonim ve Sermayesi Eshama Münkasım Şirketler ile Ecnebi Sigorta Şirketleri Hakkında Muvakkat Kanun (EŞHK)'da ise, tüzel kişilerin Türkiye'deki şube ve acentelikleri onların kanuni ikametgâhları sayılmaktaydı. Dolayısıyla, yabancı anonim ve sermayesi paylara bölünmüş şirketlere karşı açılan davalarda, bu şirketlerin şube veya acentelerinin bulunduğu yer mahkemesinin milletlerarası yetkiye sahip olacağı düzenlenmişti. Buna göre, yabancı anonim veya sermayesi paylara bölünmüş şirketlere karşı, bunların Türkiye'de bir şubesi ya da acentesi bulunması halinde, Türkiye'de bu şube veya acentenin bulunduğu yerde her türlü davayı açmak mümkündür; açılacak davanın şube veya acentenin işlemlerinden kaynaklanması da aranmamaktaydı.

⁴⁷ Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, s. 462; Süral, s.182; Bilge Umar, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, Yetkin Yayınları, 2. Baskı, 2014, s. 59.

⁴⁸ RG: 14.02.2011, Sayı: 27846

⁴⁹ TTK md. 103 ve md. 105 husumet ehliyetine ilişkin düzenlemelerdir; milletlerarası yetkiye ilişkin değil; Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, Beta Yayınevi, 7. Baskı, 2019, s. 155.

⁵⁰ Doktrinde bir görüşe göre, bu kural ile MÖHUK md.9'da getirilen tüzel kişilerin ehliyetinin idare merkezine tabi olması kuralına bir istisna getirilmektedir ve yabancı şirketler adına işlem yapanlara taraf ehliyeti bahsedilmektedir. Bkz. Şanlı, 154; Diğer bir görüşe göre ise, "...acentenin müvekkili adına dava açabilmesi

yapanlar hakkındaki sözleşmelerde yer alan, bu hükme aykırı şartlar geçersizdir⁵¹. Acentelerin ad ve hesabına hareket ettikleri kişilere karşı Türkiye’de açılacak olan davalar sonucunda alınan kararlar acentelere uygulanamaz.”

*ya da ona karşı dava açılabilmesi müvekkilin TTK md. 105/2’ e göre taraf ehliyeti elde etmesinden kaynaklanmaz.... Başka bir ifadeyle, TTK md. 105/2 ile acenteye tanınan, bir tür “kanunî temsil yetkisi” dir. Zira acentenin davada temsil yetkisi, bir kimsenin iradesinden kaynaklanmayıp kanunî bir hükümden doğmaktadır. Örneğin tüzel kişilerin kendilerini temsile yetkili organlar aracılığıyla davada temsil edilmesinde olduğu gibi, bir anonim şirkette yönetim kurulu veya limited şirkette şirket müdürü kanunî temsilci olarak nasıl ki taraf sıfatına, taraf ehliyetine ve dava ehliyetine sahip bir tüzel kişiliği davada temsil ediyorsa, acente de aynı şekilde taraf sıfatı, taraf ehliyeti ve dava ehliyetini haiz müvekkilini davada temsil etmektedir.... TTK md. 105/2’nin ikinci cümlesi, kanundan doğan temsil yetkisinin kullanılması içeriğiyle maddî milletlerarası özel hukuk kuralı niteliği taşımaktadır. Zira iç hukukta salt yabancı unsurlu hukukî ilişkileri düzenlemek üzere öngörölmüş bir düzenleme, maddî milletlerarası özel hukuk kuralı olarak nitelendirilmektedir” Bkz. Cemil Güner, “Türk Ticaret Kanunu’nun ‘Yabancı Tacirlerin Acentelerinin Davada Temsil Yetkisi’ ne İlişkin Hükümünün Milletlerarası Özel Hukuk Açısından Değerlendirilmesi”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi – İnÜHFD 10(2), (2019), s. 533-535; Diğer bir görüşe göre TTK md. 105/2 Avukatlık Kanununun saklı tuttuğu istisnalardan birini teşkil etmektedir. Başka bir ifadeyle, bir kişinin bir mahkemede temsili ancak avukat ile olabilir. Ancak Avukatlık Kanunu md. 35/4’e göre kanun ile ve açık olarak düzenlenmek şartıyla bu yetki başka şahıslara da tanınabilir. İşte TTK md. 105/2 de bu istisna kuralını getirmektedir. Arslan Kaya, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi-Birinci Kitap-Acentelik*, Beta Yayınevi, 2013, s. 57.*

⁵¹ Doktrinde bir görüşe göre, söz konusu hükmün aksi kararlaştırılmaz şekilde düzenlenmiş olması, MÖHUK’un belirlediği özel yetki kurallarınca yetkili bir Türk mahkemesinin bulunduğu haller bakımından adil yargılanma ve hukuki dinlenilme hakkına aykırılık teşkil edecektir. Zira bu halde acente yabancı tacir müvekkilini temsil ettiğinden dava dilekçesi müvekkile tebliğ edilemeyecek, müvekkilin bilgilendirilmemesi ihtimali doğacaktır. Hükmün amacı Türk vatandaşlarının mahkeme önünde hakkını arayabilmesini kolaylaştırmak iken, tarafların temel haklarını ihlal etme ihtimali doğmaktadır. Yazara göre söz konusu TTK md. 105/2 ve md. 105/3 kaldırılarak meselenin Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisine ilişkin bir düzenleme ile çözülmesi gerekmektedir. Düzenleme bu haliyle yabancı müvekkile karşı açılacak davalar bakımından, nerede ve kime karşı açılacağı hususunda belirsizliklere mahal verecek

Yabancı şirketlerin Türkiye’de açtığı irtibat büroları hakkında da, 6102 Sayılı TTK md.103’e göre acentelik hükümleri uygulanabilmektedir⁵². TTK md. 103’e göre sözleşmeleri yerli veya yabancı bir tacir hesabına ve kendi adına yapmaya sürekli olarak yetkili bulunanlar ile Türkiye

durumdadır. Bkz. Emre Külüşlü, *Milletlerarası Usul Hukuku Çerçevesinde Acentenin Müvekkilini Mahkemede Temsil Etme Yetkisi*, On İki Levha Yayınları, 2020, s. 62-64.

⁵² Yar. 15. HD, E. 2004/3652, K. 2005/634, T. 09.02.2005: “Türkiye Cumhuriyeti içinde merkez veya şubesi bulunmayan yabancı bir ticari işletme adına geçici de olsa yurt içinde işlem yapanlar hakkında “acentelik” hükümleri uygulanır. Bu yasal nedenle, yurt dışındaki yabancı şirkete izafeten yurt içinde işlem yapana karşı dava açılması olanaklıdır. Ancak, bu davada temsilci aleyhine değil, esas sözleşmede taraf olan firma aleyhine hüküm verilebilir (TTK. Madde 119-Yeni TTK md.105). İrtibat bürosu yetkilisine yahut yetkililerine verilen yetki çerçevesinde, yurt dışında yerleşik firmaların ticari faaliyetleri o firma adına irtibat bürosunca yürütülebilir. İrtibat bürosu yetkilisinin geçici yahut sürekli vekil yahut temsilci sıfatıyla temsil ettiği firma nam ve hesabına yurt içinde yaptığı arızı yani geçici muamelelerde dahi, “acentelik” hükümleri uygulanır ve bu hükümlerin uygulanması için de muamele yapanın “tacir” olması koşulu aranmaz...”; İstanbul 10. Asliye Ticaret Mahkemesi, 2017/288 E., 2019/4747 K., 29.05.2019 T.: “Davanın esasına girmeden önce, davalı şirketin Türkiye’de şirketinin bulunmayışı, acente veya yetkilisinin bulunmaması, bu kapsamda 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu’na ve buna bağlı olarak Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu Uygulama Yönetmeliği hükümlerine tabi olması ve taraflar arasındaki sözleşme görüşmelerinin davalı şirketin ...İrtibat Ofisi yetkilisi...aracılığıyla yürütülmüş olması göz önüne alındığında, **İrtibat Ofislerinin hukuki niteliği üzerinde kısaca durmak gerekmektedir.** 4875 Sayılı Kanun’un 3/h.maddesi uyarınca Türkiye’de şubesi bulunmayan yabancı sermayeli şirketlerin Türkiye’de irtibat büroları açabileceği düzenlemiş olup, bu konuda irtibat bürosu açma yetkisi müsteşarlığa bırakılmıştır. Gerek 4875 Sayılı Kanun’un 3/h.maddesi ve gerekse bu kanun maddesine göre çıkartılan yönetmelik hükümleri göz önüne alındığında, Türkiye’de şubesi bulunmayan yabancı ülke şirketlerinin Türkiye’de ticari faaliyette bulunmamak kaydıyla irtibat bürosu açabilecekleri düzenlemiştir. **Bu kapsamda davaya konu olayda davalı şirket adına ...’nin davacı ile sözleşme yapma yetkisinin ya da sözleşme görüşmeleri yapma yetkisinin bulunup bulunmadığını irdelemek gerekmektedir.** TTK 103/1-b maddesi uyarınca Türkiye Cumhuriyeti içinde merkez veya şubesi bulunmayan yabancı tacirler ad ve hesabına ülke içinde işlemde bulunanların, TTK 7. kısmında düzenlenen acentelik hükümlerine tabi olduğu düzenlenmiş

Cumhuriyeti içinde merkez veya şubesi bulunmayan yabancı tacirler ad ve hesabına ülke içinde işlemlerde bulunanlar hakkında da acentelik hükümleri uygulanır. Kanaatimizce offshore şirketlerin yukarıda açıkladığımız özellikleri dikkate alındığında, söz konusu düzenlemeler konumuz açısından oldukça önemli bir yere sahiptir. Zira kanun koyucunun amacı da esasen, yurt dışında bulunan yabancı şirketlerin Türkiye'deki acenteleri ile sözleşme yapan kişilerin, yabancı şirketlere karşı Türkiye'de yaptıkları sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklardan dolayı dava açmalarını kolaylaştırmak ve yabancı mahkemelerde dava açmak istediklerinde yaşayacakları zorlukların önüne geçmektir⁵³. Ancak, doktrinde kabul gören ve kanaatimizce de yerinde olan görüşe göre, söz konusu düzenleme bir yetki kuralı teşkil etmemektedir⁵⁴. Başka bir ifadeyle; bu düzenlemelerden, acente ve hakkında acentelik hükümleri uygulanan kişilere açılacak davalarda yer itibariyle yetkili mahkemenin tespiti mümkün değildir. Bunun için iç hukukun yer itibariyle yetki kurallarına başvurmak gerekecektir.

TTK md. 103'e dayanarak dava açılacak kişiler bakımından aranacak şartlar konusunda doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre, TTK md. 103'e dayanarak dava açılabilmesi için dava konusu uyuşmazlık ile temsilci arasında irtibat bulunması gerekmektedir. Bu görüşe göre; TTK md. 105 uyarınca, acenteye karşı, ancak müvekkilliği adına aracılık ettikleri ya da akdettikleri sözleşmelerden dolayı dava açılabilir ve TTK md. 103 gereğince bu madde de yabancı şirketler adına

bulunmaktadır'nin gerek 4875 Sayılı Kanun, gerekse TTK 103. maddesi uyarınca doğrudan doğruya sözleşme imzalama yetkisi olmasa da sözleşme görüşmeleri ya da ön görüşmelerini yapma yetkisinin bulunduğu, bu kapsamda ...'nin eylemlerinden kaynaklı özen yükümlülüğü kapsamında davacı bir zarara uğramış ise teorik olarak davalı şirketin Türkiye İrtibat Ofisi yetkilisi olan ...'nin eylemlerinden dolayı davalının sorumlu olduğunu söylemek mümkündür. Bu kapsamda davalının, ...'nin eylemlerinden davalı şirketin sorumlu olmadığı yönündeki iddialarına değeri verilmemiş ve davanın esasına girilmiştir."

⁵³ Güner, s.523.

⁵⁴ Güner, s.532; Şanlı, s. 155; Nomer'e göre ise, TTK md. 105 iç hukukta yer alan yetki kurallarından biridir. Zira yazar düzenlemeye iç hukukta yer yer itibariyle yetki kuralları arasında yer vermiştir. Bkz. Nomer *Devletler Hususi Hukuku*, s. 463.

Türkiye’de işlemler yaparak acenteye uygulanan hükümlere tabi olan kişilere de uygulanacağından, bu kişiler hakkında da dava konusu ile irtibat aranmalıdır⁵⁵. Bu görüşü savunanlar, Yargıtay 11. HD’nin bir kararını⁵⁶ emsal olarak göstermektedir. Bu kararda Mahkeme, yabancı bir şirketin acentesine karşı açılan davayı, uyuşmazlığın acentenin aracılık ettiği bir işlemde kaynaklanmamasından dolayı reddetmiştir. Söz konusu olayda Navi Star gemisinin bir römorka çarpması sonucu, dava Navi Star gemisinin sahibi yabancı şirketin acenteliğini yapmakta olan Abdullah Butros ve Oğulları Acenteliği’na açılmıştır.

Karşıt görüşe göre ise TTK md. 103/1-b’de “Türkiye Cumhuriyeti içinde merkez veya şubesi bulunmayan yabancı tacirler ad ve hesabına ülke içinde işlemlerde bulunanlar” denilmekle bu işlemler sınırlandırılmamış, sözleşme akdetmeleri şartı vb. aranmamıştır. Bu nedenle, her türlü işlem hakkında davada taraf olabilecekleri savunulmaktadır⁵⁷. Bu görüşü savunanlar da yukarıda bahsi geçen Yargıtay kararında yer alan karşı oy yazısını görüşlerini desteklemek üzere kullanmaktadır. Karşı oy yazısına göre; “ ... Davada adı geçen acenteye husumet düşmektedir. Şöyle ki, davalı donatan ile davada adı geçen acente arasında TTK’nın 116. maddesine uygun biçimde yapılmış bir acentelik sözleşmesi mevcut olduğu anlaşılmemekte ise de ... donatana izafeten kaptan tarafından verilen vekaletnameler içeriğinden bu acentenin gemi ve yükle ilgili her türlü işlemi yapmaya yetkili kılındığı anlaşılmaktadır ... Yine TTK’nın 117/3. maddesine göre TC içinde merkez veya şubesi olmayan yabancı ticari işletmeler nam ve hesabına memleket içinde muamelede bulunanlar hakkında bu fasıl hükümleri yani acenteyi düzenleyen hükümler uygulanır. O halde, bu kişiler hakkında TTK’nın 119. maddesinin uygulanması ve dolayısıyla acenteye karşı dava açılacağına kabulü gerekir. Burada dikkat edilecek bir husus TTK’nın 116. maddesi gereğince bir sözleşme ile tayin edilmiş acente hakkında dava açılabilmesi için onun, uyuşmazlık çıkan sözleşmeyi akdetmiş veya akdinde aracılık etmiş olması gerektiği halde, TTK’nın 117 /3. maddesinde yaptığı veya aracılık ettiği sözleşmelerden bahsedilmemekte, yabancı işletme adına muamele yapmış bulunması yeterli sayılmaktadır. Olayda davalı donatan bir yabancı ticari işletmedir. Türkiye’de merkez veya şubesi yoktur. Ancak

⁵⁵ Şanlı, s. 154.

⁵⁶ 11. HD, E. 893, K.1015, T. 24.02.1984.

⁵⁷ Ekşi, Milletlerarası Yetki, 113.

sözü edilen vekaletnameler içeriğine göre, davada adı geçen acentenin işbu yabancı ticari işletme nam ve hesabına muamelelerde bulunmaya yetkili olduğu ve bazı muameleler yaptığı anlaşılmaktadır. Nitekim adı geçen acente, İskenderun Liman Müdürlüğü'ne ... gemi yükleme ve boşaltma talepnameşi, manifesto ve tercümeleleri ile gemiye ilişkin kargo planlarını vermiş hatta çarpma olayı ve dava ile ilgili işlemler yapmış, teminat karşılığında ihtiyati tedbiri de kaldırmıştır. Bu durumda yabancı donatan (ticari işletme) nam ve hesabına Türkiye'de muamelelerde bulunmuş olan işbu acenteye, TTK'nın 117/3 ve 119. maddeleri. .. gereğince, donatana izafeten husumet düşeceğinden hükmün husumetten bozulması tarafımızdan kabul edilmemiştir." Esasen karşı oy yazısı da davalı ile yabancı şirket arasında belirli bir irtibatın/temsil ilişkisinin aranması gerektiğini destekler niteliktedir; ancak bir acentelik sözleşmesinin aranması gerektiği savunulmuştur. Kanaatimizce de bu görüş yerindedir. Zira aksi takdirde bu getirilen düzenlemenin amacına aykırı olacaktır⁵⁸.

Yapılan işlemin bir defaya mahsus ya da başka bir ifadeyle süreklilik arz etmeyen/arizi⁵⁹ bir iş olmasının bu hükmün uygulanmasına

⁵⁸ Yar. 13. HD., 2014/86 E., 2014/18284 K., 09.06.2014 T. : "Bu durumda uyuşmazlıkta öncelikle çözülmesi gereken husus davalının pasif husumet ehliyetinin bulunup bulunmadığı noktasında toplanmaktadır. 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanun'unun 103/1-b bendinde Türkiye Cumhuriyeti içinde merkez veya şubesi bulunmayan yabancı tacirler ad ve hesabına ülke içinde işlemlerde bulunanların acentelik hükümlerine tabi olduğu düzenlenmiştir. Davacı yan sözleşmenin düzenlenmesi ve feshi sırasında davalı ile muhatap olduğunu belirtmiştir. Ayrıca dosya kapsamında incelenen belgelerde davalı .. Denizcilik AŞ ile gemi sahibi ... S. A arasında davalının işe başlama tarihinin bildirilmesi hususunda yazışma yapıldığı ve Liman Başkanlığı'na bildirimde bulunduğu bu nedenlerle davalının gemi adamı kontratının tesisinde aracılık ettiği anlaşılmaktadır. Öyleyse Mahkemece 6102 sayılı TTK kapsamında, davalının gemi sahibi ve donatanı ... S.A'nın acentesi olduğu ve pasif husumet ehliyeti bulunduğu kabulü ile..."

⁵⁹ "Geçicilik/arizilik ile kastedilen, taraflar arasında sürekli bir sözleşme ilişkisinin bulunmadığı hallerde, müvekkil adına ve hesabına yapılan bir veya birden fazla işlemdir. Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde merkez veya şubesi bulunmayan yabancı tacirler ad ve hesabına ülke içinde geçici nitelikte işlemlerde bulunanları, müvekkille sürekli bir sözleşme ilişkisi ile bağlı olmayan, müvekkilin münferit işlemlerini yürütenler şeklinde anlamak gerekir." Ozan Can, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Acentelikle İlgili Hükümlerinin Değerlendirilmesi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yıl 2012, Cilt: 18 , Sayı 2, s. 89.

engel olup olmadığı konusunda da doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Ancak baskın olan ve katıldığımız görüşe göre, TTK md. 103/b hükmüne göre işlemlerde bulunma durumunun tek bir işe ilişkin olması halinde dahi prensip olarak acentelik hükümleri tatbik edilecektir⁶⁰. Zira aksi takdirde, bu hükmün düzenlenmesinin amacına ters düşecek bir sonuca ulaşılabacaktır. Şayet bu kişiler sürekli olarak yabancı şirket adına işlemlerde bulunuyor ise zaten bu kişiler acentelik sıfatını kazanacaktır⁶¹.

Kanun koyucu burada, Türkiye Cumhuriyeti'nde merkezi veya şubesi olmayan, ancak acenteleri ya da onlar adına işlem yapan vekil ya da temsilcileri aracılığıyla Türkiye'de faaliyette bulunan şirketlere karşı dava açılabilmesi olanağını getirmiş ve Türk vatandaşlarını korumayı hedeflemiştir⁶². Bu durum, aynı zamanda, yabancı bir devlet mahkemelerinde alınan kararın Türkiye'de tanınması ve tenfizi ihtiyacının da önüne geçmektedir⁶³. Offshore şirketlerin kurulduğu merkezlerin, offshore şirketlerin menfaatlerini maksimum düzeyde koruyacak şekilde dizayn edilmiş olduklarını da dikkate aldığımızda, bu düzenleme oldukça önem taşımaktadır diyebiliriz.

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, bu düzenlemelerden acente ve hakkında acentelik hükümleri uygulanan kişilere açılacak davalarda yer itibariyle yetkili mahkemenin tespiti mümkün değildir. Bunun için iç hukukun yer itibariyle yetki kurallarına başvurmak gerekecektir. Buna göre öncelikle HMK md. 6'ya göre genel yetkili mahkeme olan "davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesi" yetkilidir. Dolayısıyla acenteye karşı dava açılması durumunda acentenin yerleşim yeri mahkemesi yetkili sayılacaktır. Acente gerçek kişi ise "yerleşim yeri mahkemesi", tüzel kişi ise "kuruluş belgesinde gösterilen yerleşim yeri mahkemesi, kuruluş belgesinde (ana statü) yerleşim yeri

⁶⁰ Kaya, s.31; Şaban Kayıhan, *Türk Ticaret Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu Işığında Türk Hukukunda Acentelik Sözleşmesi*, Umuttepe Yayınları, Güncellenmiş 5. Baskı, 2018, s. 79; Ekşi, *Milletlerarası Yetki*, s. 109; Karşıt görüş için bkz. Turgut Kalpsüz, Müvekkillerine İzaften Acentalara Karşı Dava Açılması ve Takip Yapılması, *BATİDER*, 1983, C: 13, S:1, s. 12.

⁶¹ Kayıhan, s. 80; Ekşi, *Milletlerarası Yetki*, s. 109.

⁶² Şanlı, s. 154; Kayıhan, s. 78; Güner, s. 535.

⁶³ Güner, s. 524.

gösterilmemişe işlerinin yürütüldüğü yer (idare merkezi) mahkemesi” yetkili kabul edilir. Ayrıca TTK md. 105/2 uyarınca acentenin davada temsil yetkisini kullanabilmesi için uyuşmazlığın bir sözleşmeden doğması gerektiğinden, HMK md. 10 uyarınca “sözleşmenin ifa edileceğı yer mahkemesi” de yetkili sayılır⁶⁴. Aynı şekilde yabancı tacirler adına ve hesabına işlem yapan kişilerin yerleşim yeri mahkemesi ve sözleşmenin ifa edileceğı yer mahkemesi de yetkili olacaktır.

Davalı offshore şirketin Türkiye’de irtibat bürosu ya da TTK md. 103 ve 105’teki şartları sağlayarak onun ad ve hesabına hareket eden bir kişi bulunmuyor ise, HUMK md.16’daki düzenlemenin değıştirilerek, HMK md.9’daki sınırlandırılmış yetki kuralının getirilmesi sebebiyle, söz konusu uyuşmazlık şirketin Türkiye’de bulunan malvarlığından (şayet varsa) kaynaklanmıyorsa, alacaklının Türkiye’de dava açabileceğı yetkili bir mahkeme bulunmaması ihtimali doğmaktadır.

Yukarıda da bahsettiğimiz üzere, HMK md.6’nın yanında, HMK’da ve diğer muhtelif kanunlarda bazı özel yetki kuralları getirilmiştir. Örneğın; HMK md.16’da, haksız fiilden doğan davalarda, haksız fiilin işlendiğı veya zararın meydana geldiğı yahut gelme ihtimalinin bulunduğu yer ya da zarar görenin yerleşim yeri mahkemesi de yetkili kılınmıştır. Dolayısıyla, dava konusu uyuşmazlık sözleşmeden doğan bir uyuşmazlık ise, HMK md.10 gereğı, genel mahkemenin yanında, sözleşmenin ifa edileceğı yer mahkemesi de yetkili olacaktır. Haksız fiilden doğan bir dava mevcut ise bu takdirde haksız fiilin işlendiğı veya zararın meydana geldiğı yahut gelme ihtimalinin bulunduğu ya da zarar görenin yerleşim yeri mahkemesi de yetkili olacaktır.

İflas davalarında ise İcra ve İflas Kanunu (İİK)⁶⁵ md.154’e göre, yetkili mahkeme, borçlunun muamele merkezinin bulunduğu yerdeki ticaret mahkemesidir⁶⁶. Muamele merkezi yurtdışında olan yabancı şirket-

⁶⁴ Güner, s. 533.

⁶⁵ RG: 19.06.1932, Sayı: 2128.

⁶⁶ Ejder Yılmaz, *İcra ve İflas Kanunu şerhi*, Yetkin Yayınları, 2016, s. 852, yazara göre bu yetki kuralı kamu düzenindedir ve yetki sözleşmesi ile değıştirilemez; Ramazan Arslan/ Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz/Emel Hanağası,

ler hakkındaki iflas davaları, bunların Türkiye'deki şubelerinin bulunduğu yerdeki mahkemede, eğer birden çok şubeleri bulunuyorsa merkez şubenin bulunduğu yerdeki mahkemede açılır⁶⁷.

İcra ve İflas Hukuku, Yetkin Yayınları, 5. Baskı, 2019, s. 453. Yazarlara göre söz konusu yetki kuralı kesin yetki kuralıdır. Ayrıca bkz. İstanbul BAM . 17. HD. 2019/1907 E., 2020/979 K., 04.06.2020 T.: "...Davalılar vekili, müvekkili şirketlerin yurt dışında (British Virgin Island) bulunan şirketler olduğunu, yurt dışında bulunan gerçek veya tüzel kişiler hakkında Türkiye sınırları içindeki yargı organlarının İflas yoluyla takip yapılması ve iflas davası açılmasının kesinlikle caiz olmadığını, İİK 154. maddede, İflas yoluyla takipte yetkili merciinin borçlunun muamele merkezinin bulunduğu mahaldeki icra dairesi olduğunu belirtildiğini, iflas davasının mutlaka borçlunun muamele merkezinin bulunduğu yer ticaret mahkemesinde açılacağını, mahkemenin yetkisinin kamu düzenine ilişkin olduğunu, mahkemenin yetkisizliğini resen dikkate alacağını, ... Davacı vekilince "...borçlu offshore şirketlerinin muamele merkezlerinin tespit edilmediğini, muamele merkezlerinin vergi cenneti adalar olmayıp, fiilen sevk ve idare edildikleri İstanbul olduğunu, delillerinin değerlendirilmediğini, her iki borçlu off-shore şirketin İngiliz Virgin Adalarında kurulu uluslararası ticaret şirketi olduğunu, davalı ... her iki offshore şirketin %100 sermayesine sahip tek yetkili temsilcisi olduğunu, adreslerinin göstermelik olduğunu, Hazine ve Maliye Bakanlığı Vergi Denetim Kurulu Başkanlığı İstanbul Büyük Ölçekli Mükellefler Grup Başkanlığı tarafından hazırlanan 31.10.2018 tarihli Vergi tekniği raporunda, borçlu...’ün borçlu offshore şirketlerinden ... dava dışı ... Ltd. Şti ile olan ticari ilişkisinin tespit edildiğini, TTK 103 madde gereğince İstanbul Mahkemelerinin yetkili olduğunu, müvekkilini, offshore şirketlerin vekilliklerinden azlinde dahi adres olarak İstanbul’u gösterdiğini, borçlu şirketlerin muamele merkezlerinin Türkiye olduğunu tespiti ile iflaslarına karar verilmesini,..." talep edilmiştir,..." Mahkeme ise davacının, davalının TTK md. 103 uyarınca acentelik hükümlerine tabi olacak şahıslardan olduğu yönündeki iddiası ve davalı şirketin merkezinin yurtdışında olduğuna ve Türkiye’de iflas davası açılmayacağına dair itirazlar hakkında açıkça bir değerlendirmede bulunmamış, ancak diğer davalı gerçek kişi açısından bir değerlendirme yapmış ve zımni olarak davalı offshore şirket vekilinin beyanlarının yerinde olduğuna karar vermiştir.

⁶⁷ Türk mahkemelerinin yerel ve milletlerarası yetkisini tesis eden bu düzenlemelerin münhasır nitelikte olduğu savunulmaktadır. Başka bir ifade ile muamele merkezi ya da şubelerinin muamele merkezi Türkiye’de bulunan yerli ve yabancı şirketler hakkında iflas davaları, İİK md.154’te öngörülen mahkemede açılmak zorundadır; bu mahkemeler münhasır yetkilidir. Bkz. Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, s.431. Karşıt görüş için bkz. Ali Önal, "Yabancı Unsurlu İflâs

Yukarıdaki açıklamalarımız ışığında Türk mahkemelerinin offshore şirketler hususunda milletlerarası yetkisine ilişkin karşımıza şöyle bir tablo çıkmaktadır: öncelikle, offshore şirket aleyhine, genel yetkili mahkeme olan yerleşim yeri mahkemesinde dava açılabilmesi mümkün müdür? Başka bir ifadeyle; offshore şirketin statüsündeki idare merkezi ya da gerçek idare merkezi Türkiye’de midir, bunu tespit etmek gerekecektir. Daha önce de ayrıntılı bir şekilde anlattığımız üzere, bu tip şirketlerin Türkiye’de bir idare merkezi tesis etmesi ihtimali oldukça düşüktür, zira bu başlı başına offshore şirket kurulmasının altında yatan amaca ters düşecektir. Ancak, Türkiye’de bir irtibat bürosu aracılığıyla ilişkiler kurmakta iseler, bu halde bu irtibat bürosu acentelik hükümlerine tabi olacak ve böylece bu büronun bulunduğu yer mahkemesi offshore şirket aleyhine açılacak davada yetkili olacaktır. HMK, MÖHUK ve diğer kanunlarda yer alan özel yetki kurallarına göre Türkiye’de yetkili bir mahkeme tesis edilebiliyorsa, dava bu mahkemede açılacaktır; ancak, bu düzenlemelerin kapsamına girmeyen bir uyuşmazlık olduğunda ya da öngörülen bağlama noktaları Türkiye’de bulunmuyorsa bu halde yine Türkiye’de yetkili bir mahkeme tesis edilememesi durumu ile karşı karşıya kalınabilir.

HMK md.9’a göre offshore şirketin Türkiye’de malvarlığı varsa ve bu malvarlığı uyuşmazlık konusu ile bağlantılı ise, bu malvarlığının bulunduğu yerde de dava açılacaktır. Kanaatimizce, offshore şirket

Davalarında Türk Mahkemelerinin Yetkisi Sorunu”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 2899-2900: “Türkiye’de muamele merkezi bulunmayan, ancak bir takım mal ve hakları bulunan borçlunun alacaklıları, yabancı bir mahkemeden iflâs kararı almaları halinde, bu kararı Türkiye’deki mal ve haklar bakımından da geçerli hâle getirmek istemeleri en doğal haklarıdır. Alacaklıların yabancı mahkemeden almış oldukları iflâs kararını Türkiye’de geçerli kılmalarının yöntemi de kararın tenfiz edilmesi ile mümkündür. Bu durumda alacaklıların karşısına çıkacak olan iflâs kararları hakkındaki, MÖHUK md. 54’ten kaynaklanan Türk mahkemelerinin münhasır yetkili olacağı itirazı geçerli olmayacaktır...münhasır yetki kurallarının konuluş amacından hareketle İİK md. 154 ifadesinde yalnızca Türkiye’de başlatılacak olan iflâs takipleri kastedilmektedir. Bu nedenle Türkiye ile ilgisi bulunmayan alacaklılar bu hükme dâhil değildir. İİK md. 154’te belirtilmeyen ilgili alacaklıların korunması, alacaklarını almaları iflâs hukukunda var olduğunu kabul ettiğimiz eşitlik ve evrensellik prensiplerinin de gereğidir.”

aleyhine dava açılmak istendiğinde uyuşmazlık konusu ile bağlantılı bir malvarlığı Türkiye’de bulunmuyorsa, alacaklıların Türkiye’de başvurabileceği yetkili bir mahkeme tesis edilememiş olacağından, söz konusu yeni düzenleme, halihazırda birçok avantajdan yararlanmakta olan offshore şirketler karşısında alacaklıları zor durumda bırakacak ve bu anlamda boşluğa sebep olacaktır. Bu aşamada bu boşluğun “kamu düzeni istisnası” ile doldurulup doldurulamayacağı tartışma konusu olabilir.

B. İSTİSNAİ DURUMLARDA TÜRK MAHKEMELERİNİN MİLLETLERARASI YETKİSİ

Doktrinde bazı yazarlar, iç hukukun yer itibariyle yetki kuralları uyarınca yetkili bir Türk mahkemesi tesis edilemediği takdirde, istisnai olarak, kamu düzenine dayanarak yetkili bir Türk mahkemesi tesis edilebileceği görüşünü savunmaktadır⁶⁸. Yukarıda izah edildiği üzere offshore şirketler söz konusu olduğunda yetkili bir Türk mahkemesinin tesis edilememesi ihtimali oldukça yüksektir. Bu durumda istisnai olarak Türk mahkemelerinin yetkili olup olamayacağını tartışmamız yerinde olacaktır.

5718 sayılı MÖHUK yürürlüğe girmeden önce, Yargıtay muhtelif kararlarında, özellikle nafaka ve velayete ilişkin davalarda Türk mahkemelerinin kamu düzeni gereği yetkili olduğuna hükmetmiştir⁶⁹. Bu kararlardan ilki nafakaya ilişkindir⁷⁰. Söz konusu Hukuk Genel Kurulu kararına konu olan olayda, davacı yaşlı ve çalışamayacak durumda olması sebebiyle aylık 400 liralık nafakanın davalıdan (oğlundan) alınarak verilmesi talebiyle Türk mahkemelerinde dava açmıştır. Davalı ise, her iki tarafın da İngiliz vatandaşı olduğunu ve yürürlükte bulunan Muvakkat Kanun’unun 4. maddesine⁷¹ göre iki yabancı arasındaki aile hukuku meselele-

⁶⁸ Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, s.480; Çelikel/Erdem, s.562, Cemile Demir Gökyayla, *Milletlerarası Özel Hukukta Vesayet*, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 10, Sayı: 1, Ocak 2011, s. 414.;

⁶⁹ Yar. 2. HD., 02.07.1973 Tarihli Kararı.

⁷⁰ HGK, 2/804 E., 553 K., 22.11.1967 T.

⁷¹ Madde 4: *Tebaaı ecnebiyeye müteallik ve emvali gayrimenkuleye aait bilcümle deavi ile mevaddı sairei hukukiye ve ticariye ve cezaiye davaları tebaai osmaniye alakadar olmasa dahi, mehakimi Devleti Aliyede, kavânin ve Nizamât ve usulü Osmaniyyeye tevfiikan rüyet olunur. Şu kadar ki, gayrimüslim tebaai ecnebiyeye müteallik olup da*

rinin kendilerinin muvafakati olmadan Türk mahkemelerinde görülemeyeceğini iddia etmiştir. Davaya bakan Sulh Hukuk Mahkemesi de davayı haklı bularak davayı reddetmiştir. Bunun üzerine dosyaya bakan üst mahkeme, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi ve ısrarı üzerine dosyaya bakan Hukuk Genel Kurulu ise nafaka talebinin aile hukukuna ilişkin olduğunu, ancak Türk kamu düzenini yakından ilgilendirdiğini, zira davacının sefalete düşmesi halinde Türk kamu yardım kurumlarının kendisine bakmak zorunda kalacağını bu sebeple Türk mahkemelerinin davaya bakması gerektiğini ileri sürmüştür.

Kararın verildiği dönemde, Hukuk Genel Kurulu'nun söz konusu kararı bazı açılardan eleştirilmiştir. Öncelikle, Muvakkat Kanun md.4'ün tüm aile hukuku meselelerini kapsayacak şekilde yorumlanması eleştirilmiştir⁷². Bu görüşe göre 4. madde yalnızca sayılan meseleler açısından uygulanmalıdır. Bunun yanında nafakanın artık özel hukuk karakterli, iki taraf arasındaki bir ilişki olduğu savunulmaktadır. Ancak nafaka borcunun ifa edilmemesinin birtakım müeyyidelere bağlanmış olması, özel bir önem verilmesi onun kamu hukukunu yakından ilgilendirmesinden kaynaklandığı da kabul edilmektedir. Buna göre; nafaka bir alacak hakkıdır ve açılacak dava da bir eda davasından ibarettir. Her hâlikarda 4. madde kapsamına girmeyecek, bir hukuk davası olarak nitelendirilecek ve Türk mahkemelerinin yetkisi dahilinde olacaktır. Ayrıca, bahse konu olayda kamu düzeni gereği bir Türk mahkemesinin yetkili kılınmasının pratikte bir faydası olmayacağı, aksine faydadan çok mahsur doğuracağı, zira şayet davalının Türkiye'de bir malvarlığı yok ise bu

akit ve feshi nikah ve teoriki ebdan ve ubüvvet ve nesep ve tebenni gibi hukuku aileye ve rüşt ve mezuniyet ve hacir ve vesayet gibi ehliyet ve emvali menkuleye ait vasiyet ve terekelere müteallik bulunan davaların, mahakimi Osmaniyede rüyet edilebilmesi trafeynin birriza müracaatine veya tebaai osmaniye'nin alakadar bulunmasına veyahut mehakimi osmaniye'de derdesti rüyet deaviye müteferri olmasına mütevakıftır. Ve bu surette, intizamı ammei devlete mugayir olmamak şartıyla alakadarının hükümeti metbuaları kavaninine ve ihtilafı kavanin halinde hukuku hususiyei düvel kavaidine tevfi kan muamele olunur.

⁷² Nomer, *Yabancılar Arasındaki Nafaka Davalarında Türk Mahkemelerinin Yetkisi* ("Nafaka" olarak anılacaktır), XXXIV, (1969) 1-4, İHFM, s.640.

dava ile beklenen sonucun elde edilemeyeceği ve yabancı bir ülkede tenfiz edilmesi talep edildiği takdirde yetkisiz mahkemeden alınan bir karar olduğu gerekçesi ile reddedileceği savunulmuştur⁷³.

Yargıtay'ın Muvakkat Kanun döneminde verdiği diğer bir karar ise velayete ilişkindir. Bu kararda da Yargıtay Muvakkat Kanun md.4'te davanın Türkiye'de görülebilmesi için aranan taraf rızasının dava konusu olayda aranmayacağını, zira velayetin kamu düzeninden olduğuna ve Türk mahkemelerinde görülmek zorunda olduğuna karar vermiştir: *"Türk mahkemelerini yetkili kılacakları uyumsuzluklar açıklanmıştır. Bunlar kamu düzenini ilgilendirmeyen davalar ... [dır]. Velayet müessesesi ise ahkâmı şahsiye ile alakalı olmakla beraber, kamu düzeni ile doğrudan doğruya ilişkisi bulunduğundan Türk hakim ve mahkemesi velayet konusundaki anlaşmazlığı çözmekle görevlidir"*⁷⁴.

Her iki kararda da esasen Yargıtay, o dönemde yürürlükte olan kanunda düzenlenen taraf rızası şartının aranması veya aranmaması üzerine bir ayrıma gitmek amacıyla kamu düzenini kullanmıştır. Başka bir ifadeyle, Yargıtay bu kararlarda kamu düzeni ya da imkânsızlık gerekçesini bir prensip olarak uygulamamış; yalnızca dava konusu olaylarda kamu düzenini ilgilendiren yönler olduğunu ifade ederek, rıza şartının aranmasını bertaraf etmiştir. Bu dönemde Yargıtay'ın bu yönde kararlar almasının kanunun yetersizliğinden kaynaklandığı, başka bir ifadeyle mecburiyetten olduğu da ifade edilmektedir⁷⁵.

Günümüz şartlarında, 5718 Sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonraki dönemde de kamu düzeni gereği, yer itibariyle yetki kurallarına göre yetkili bir Türk mahkemesi bulunmamasına rağmen, her somut olayda titizlikle, ayrı ayrı incelenmek ve nadiren uygulanmak şartıyla bugün için de kamu düzeni gereği Türk mahkemelerinin yetkili kabul edilerek davaya bakabileceği bazı yazarlarca kabul edilmektedir⁷⁶. Bu yazarlarca kamu düzeni istisnasının işletilebilmesi söz konusu olsa dahi Türk

⁷³ Nomer, *Nafaka*, s. 645.

⁷⁴ Ekşi, *Yetki*, s. 146.

⁷⁵ Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, s. 479.

⁷⁶ Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, s.480; Çelikel/Erdem, s.562; Demir Gökyayla, s.414.

hukukunda kamu düzeni gereği Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin hangi hallerde tesis edilebileceği belirli değildir. Bu sebeple, her somut olayda dava konusunun Türkiye ile yeterli bağlantısının olup olmadığı incelenmelidir. Daha ziyade kişiler hukukuna ilişkin meselelerde uygulanabilir olduğu ifade edilmektedir⁷⁷. Ancak ne gibi durumlarda bu yola başvurulabileceğine dair herhangi bir örneğe rastlanmamıştır.

Karşıt görüře⁷⁸ göre ise, kamu düzeni istisnasının yetki tesis etme vasıtası olarak kullanılması bir prensip olarak uygulanamaz. Bu görüşe göre; MÖHUK'un getirdiği düzenleme, yabancılık unsuru içeren özel hukuka ilişkin her türlü işlem ve ilişkide, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini sağlayacak şekildedir. MÖHUK'ta yer alan bağlama noktalarının söz konusu yabancılık unsuru taşıyan ilişkinin Türkiye ile olan bağlantısını yeterli derecede sağladığı kabul edilmiştir. Bunun yanında, kamu düzeni sebebiyle Türk mahkemelerinin yetkisinin kabul edilmesi Anayasa'ya da aykırı görülmüřtür⁷⁹.

Bu başlık altında *forum necessitatis* prensibinden de bahsetmemiz yerinde olacaktır. *Forum necessitatis* prensibi davacının yurtdışında başvurabileceği herhangi bir elverişli mahkeme bulunmaması sebebiyle, başvurduğu ülke mahkemesinin yetkili kabul edilmesi anlamına gelen bir prensiptir⁸⁰. "Mecburi yetki"⁸¹ ya da istisnai yetki⁸² olarak da ifade edil-

⁷⁷ Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, s. 480.

⁷⁸ Ekşi, *Milletlerarası Yetki*, s. 150; Doğa Elçin, "Vesayet ve Kısıtlılık Kararı Verilmesine veya Sona Ermesine ve Vesayetin Yürütülmesine Uygulanacak Hukuk, Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi ve Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 67 (2) 2018, s.316, İlyas Arslan, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Milletlerarası Özel Hukuka Etkisi ("AİHS" olarak anılacaktır.)*, Adalet Yayınevi, 2019, s.375.

⁷⁹ Ekşi, *Milletlerarası Yetki*, s.150.

⁸⁰ Arslan, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Milletlerarası Özel Hukuka Etkisi*, s.292.

⁸¹ Ayşe Elif Ulusu Karataş, "Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair 1996 Tarihli Lahey Sözleşmesi ve Türk Milletlerarası Özel Hukukuna Etkisi", *MHB*, Cilt: 37, Sayı: 2, s. 934.

⁸² Öztürk Necla/Yarar Güven/Arslan Şule, "Avrupa Birliği Konseyi 2016/1104 Sa-

mektedir. Bazı devlet hukukları, tarafların birtakım engeller sebebiyle yabancı ülke mahkemelerine başvuramaması durumunda kendi mahkemelerini yetkili kılmaktadır. Bu prensibin amacı davacının hak arama özgürlüğünü korumaktır⁸³. Bazı hukuk sistemlerinde *forum necessitatis*'in adil yargılanma hakkına dayandığı, hatta AİHS md. 6 tarafından mecburi olarak dayatıldığı, bazı hukuk sistemlerinde ise uluslararası hukukun genel ilkelerinden biri olan ihkak-ı haktan imtina yasağına dayanılarak böyle bir prensibin benimsendiği belirtilmektedir⁸⁴.

Bu prensibin hangi şartlarda uygulanabileceği, kabul edildiği her ülke hukukunda farklı şekilde düzenlenmiştir. Ancak temel olarak iki şartın varlığının arandığı söylenebilir⁸⁵. Bunlar; davacının yurtdışındaki mahkemelere başvurusunun önünde hukuki veya fiili engellerin bulunması ve başvuru yapılan ülke ile belirli bir bağlantısının olması şartlarıdır⁸⁶.

Fiili engellere örnek olarak savaş hali, sel, deprem gibi afetler, davacının yabancı ülkeye gitmesi halinde hayati tehlikeyle karşılaşacak

yılı Tüzük Hükümleri Çerçevesinde Kayıtlı Birliktelik Kurmuş Çiftlerin Malvarlığına Uygulanacak Hukuk", Yetkili Mahkeme ve Tanıma-Tenfiz Meseleleri, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi –İÜHFD-* Cilt:8 Sayı:2, Yıl 2017.
 "Avrupa Birliği Konseyi 2016/1104 Sayılı Tüzük Hükümleri Çerçevesinde Kayıtlı Birliktelik Kurmuş Çiftlerin Malvarlığına Uygulanacak Hukuk, Yetkili Mahkeme ve Tanıma-Tenfiz Meseleleri", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi –İÜHFD-* Cilt:8 Sayı:2 Yıl 2017, s. 13.

⁸³ Öztürk/Yarar/Arslan, s. 13, dn. 32.

⁸⁴ İlyas Arslan, "COVID-19 Salgını Nedeniyle Yabancı Devlet Mahkemelerine Başvurulamayan Hallerde Mücbir Sebep Olgusuna İstinaden Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisinin Tesisi Mümkün Müdür?", *Lexpera Blog*, (Çevrimiçi), <https://blog.lexpera.com.tr/covid-19-salgini-nedeniyle-turk-mahkemelerinin-milletlerarasi-yetkisinin-tesisi-mumkun-mudur/#fnref41>.

⁸⁵ Paul David Mora, "Universal Civil Jurisdiction and Forum Necessitatis: The Confusion of Public and Private International Law in *Naft-Liman v. Switzerland*", *Neth Int Law Rev* 65, 2018, s. 179; Arslan, *AİHS*, s. 371.

⁸⁶ Nuyts, "Study On Residual Jurisdiction (Review of the Member States' Rules concerning the "Residual Jurisdiction" of their courts in Civil and Commercial Matters pursuant to the Brussels I and II Regulations", (Çevrimiçi), http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_residual_jurisdiction_en.pdf, s. 64 vd.; İsviçre Devletler Özel Kanunu'ndaki düzenleme hakkında bilgi için bkz. Ekşi, *Milletlerarası Yetki*, s. 151.

olması vb. gösterilmektedir⁸⁷. Kendisine başvuru yapan yabancı mahkemenin yetkisizlik kararı verecek veya vermiş olması veya tarafların başvurduğu yabancı mahkemenin adil bir yargılama yapmayacak/yapamayacak olması⁸⁸ ya da yabancı ülke mahkemesince verilecek olan kararın tanınmayacak/tenfiz edilmeyecek olması hallerinin de hukuki engellerden olduğu belirtilmektedir⁸⁹.

Forum necessitatis prensibinin uygulanabilmesi için aranan diğer şart ise başvuru yapılan ülke ile belirli bir irtibatın bulunması şartıdır. Ancak bu irtibatın ne şekilde sağlanmış sayılacağına dair açık düzenlemelere rastlanmamaktadır⁹⁰. Daha ziyade yeterli bağlantı, yeterli ilişki vb. esnek ifadelerle yer verildiği görülmektedir⁹¹. Zira katı şartlar getirilmesi, başvuru yapılan ülke mahkemesinin halihazırda olağan yetki kurallarına göre yetkili kabul edilemediği düşünüldüğünde, *forum necessitatis* prensibinin kabul edilme amacıyla çelişmiş olacaktır. Ancak literatürde, *forum necessitatis* prensibinin adalete erişimin önündeki engellerin kaldırılması amacıyla kabul edildiği ve bunu suiistimal edecek şekilde kullanılmaması gerektiği vurgulanmaktadır. Bu prensibin suiistimal edilmesi adil yargılanma hakkının ihlal edilmesine sebebiyet verebilir.

C. OFFSHORE ŞİRKETLER AÇISINDAN DEĞERLENDİRME

Türk usul hukukunda mahkemelerin yetkisinin ancak kanunlarla belirlenebileceği Anayasal bir prensip olarak kabul edilmektedir⁹². Bu prensibin de adil yargılanma hakkını güvence altına aldığı ifade edilmektedir. Türk usul hukukuna göre mahkemelerin yetkisinin kesinlik ve

⁸⁷ Arslan, *AIHS*, s. 371.

⁸⁸ İpek Sarıöz, *AIHS ve AIHM Kararlarının da İncelenmesi Suretiyle Adil Yargılanma Hakkının Türk Milletlerarası Usul Hukuku Üzerindeki Etkileri*, On İki Levha Yayınları, 2018, s. 320.

⁸⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Arslan, *AIHS*, s. 372.

⁹⁰ Chilenye Nwapi, "Jurisdiction by Necessity and the Regulation of the Transnational Corporate Actor", *Utrecht Journal of International and European Law*, 30(78), s. 34.

⁹¹ Nuyts, s.66; Arslan, *AIHS*, s. 373.

⁹² Nomer, *Yabancı Mahkeme İlamlarının Tenfizinde Mahkemenin Yetkisi ve Kamu Düzeni*, s. 569.

öngörülebilirliği yetkide kanunilik⁹³ olarak ifade edilen bu prensip ile güvence altına alınmaktadır. Bu prensip gereği Türk mahkemelerinin hangi şartlar altında yetkili kabul edilebileceği ancak kanunla belirlenir; takdire dayalı ve siyasi yönü ağır basan değerlendirmelerle, mahkeme kararlarıyla, doktrin görüşleriyle Türk mahkemelerinin yetkisi tesis edilemez⁹⁴.

Her ne kadar doktrinde, her somut olayda, kamu düzeninin gerektirdiği hallerde yetkili bir Türk mahkemesi tesis edilebileceği savunulsa da Anayasa'daki kanunilik ilkesi ve uluslararası hukuk kuralları dikkate alındığında, yazılı olmayan, belirsiz ve yoruma dayalı kurallar yoluyla yetkili mahkeme tesis edilmesi mümkün görünmemektedir. Özellikle de irade serbestisinin egemen olduğu ticari ilişkiler söz konusu olduğunda, Türk hukukunun yazılı yetki kurallarına göre yetkili bir mahkeme bulunamaması üzerine kamu düzeni istisnasına başvurulması kanaatimizce kabul görmeyecektir. İç hukukun yer itibarıyla yetki kuralları mümkün olduğunca, her türlü ihtimal göz önünde bulundurularak düzenlenmeye çalışılmıştır. Özellikle milletlerarası ticaret alanında değişen şartlar bazı ihtimallerde yetkili bir Türk mahkemesinin tesis edilmesine olanak sağlamıyor olabilir. Yukarıda detaylı olarak anlattığımız üzere, faaliyette buldukları ülkenin hukukuna tabi olmamak üzere "dizayn edilen" offshore şirketler aleyhine Türk mahkemelerinde dava açılmaması ihtimali doğabilir. Ancak bu halde dahi, kanaatimizce mevcut mevzuatımız çerçevesinde kamu düzeni, mücbir sebep ya da *forum necessitatis* prensibi gereği bir Türk mahkemesinin yetkisi kabul edilmeyecektir⁹⁵.

⁹³ Ekşi, *Milletlerarası Yetki*, s. 248.

⁹⁴ Ekşi, *Milletlerarası Yetki*, s. 248.

⁹⁵ Karşıt görüş için bkz. Gülin Güngör, *Türk Milletlerarası Özel Hukuku*, Yetkin Yayınları, 2021, s. 243. Yazara göre, yabancı mahkemeye başvuru konusunda hukuki veya fiili imkânsızlık bulunan hallerde Türk mahkemelerinin yetkisini düzenleyen bir yetki kuralı bulunmamakla birlikte, bu hallerde Türk mahkemelerinde dava açılabilmesi kabul edilmelidir. Aksini kabul etmek insan haklarının ihlali anlamına gelecektir. Yazar bunun kabulünün AİHS md.6 anlamında adaletin sağlanması için bir ihtiyaç olduğunu savunmaktadır; Tekinalp'e göre ise, Türk kanun koyucu *forum necessitatis* prensibine karşı bir tavır içinde olmadığını MÖHUK md.41'i düzenleyerek ortaya koymuştur. MÖHUK md. 41 uyarınca "*Türk vatandaşlarının kişi hâllerine ilişkin davaları, yabancı ülke*

Esasen kamu düzeni ya da forum necessitatis prensiplerinin kabul edildiği hallerde dahi, daha ziyade aile ve şahsın hukukunu ilgilendiren ve savaş, afet, salgın vb. imkansızlıklar ya da kişinin aşırı zorluk yaşayacağı ya da imkânı olsa dahi ülkeyi terk etmesinin mümkün olmadığı hallerde adil yargılanma hakkının korunması amacı ön plana çıkmaktadır. Hal böyle iken kanaatimizce, kamu düzeni gerektirdiği için bir offshore şirkete karşı, Türk hukukunda yer alan yetki kuralları gereğince yetkili bir Türk mahkemesi tesis edilemediği takdirde, Türk mahkemeleri önünde dava açılmaz. Şayet bu tip şirketlere karşı Türk vatandaşlarının korunması amaçlanıyorsa, bu takdirde bazı hukuk sistemlerinde olduğu gibi, bu tip şirketlere ilişkin bir takım kriterler belirlenerek yetki kuralları getirilmelidir. Ancak, kanaatimizce buna ihtiyaç olmayacaktır. Zira yukarıda izah ettiğimiz üzere Türkiye Cumhuriyeti'nde merkezi veya şubesi bulunmayan offshore şirketler aleyhinde dava açılmak istendiğinde TTK md. 103 uyarınca yetkili bir şahıs tespit edilerek bunların yerleşim yerindeki mahkemede dava açılacaktır. Söz konusu düzenleme Türk vatandaşlarını özellikle offshore şirketlere karşı dava açacakları durumlarda karşılaşacakları zorluklara karşı koruyabilecek niteliktedir.

III. OFFSHORE ŞİRKETLERİN TEMİNAT GÖSTERME YÜKÜMLÜLÜĞÜ ve YABANCI MAHKEME KARARLARININ TANINMASI ve TENFİZİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Offshore Şirketlerin Teminat Gösterme Yükümlülüğü

1. Genel Olarak

Yürürlükte olan mevzuatımız bakımından, yabancılik unsuru

mahkemelerinde açılmadığı veya açılmadığı takdirde Türkiye'de yer itibariyle yetkili mahkemede,..." görülebilecektir. Buna göre diğer çaresizlik hallerinde de kıyasen bu prensip uygulanabilir. Ancak yazar hangi şartlarda uygulanabileceğine dair herhangi bir ayrıntıya değinmemiştir. Bkz. Tekinalp, *Bağlama Kuralları*, s. 402. Kanaatimizce bu görüş isabetli değildir. Zira burada kanun koyucu bu kuralı kanun hükmü haline getirmiştir ve bu halde artık söz konusu yetki kuralı kanunilik prensibine uygun hale gelmiştir.

içeren davalarda teminat yükümlülüğünü⁹⁶ düzenleyen iki ayrı kanun mevcuttur. Bunlardan birincisi 2011 yılında yürürlüğe giren 6100 sayılı HMK'dır; ikincisi ise 2007 yılında yürürlüğe giren 5718 sayılı MÖHUK'tur.

HMK md.84/1-a'ya göre “Türkiye’de mutad meskeni olmayan Türk vatandaşının dava açması, davacı yanında davaya müdahil olarak katılması veya takip yapması” halinde yargılama giderlerini karşılayacak uygun bir teminat göstermesi gerekmektedir. Anlaşıldığı üzere madde Türk vatandaşı⁹⁷ olup Türkiye’de mutad meskeni bulunmayan gerçek kişiler için getirilmiştir. Yabancı bir tüzel kişinin Türkiye’de dava açması, davaya katılması ya da icra takibi başlatması halinde teminat yatırmak durumunda kalıp kalmayacağı ise HMK md.84’e değil, MÖHUK md.48’e tabi olacaktır⁹⁸.

HMK md.84’ün gerekçesinde mutad meskenin sadece gerçek kişilere ilişkin bir kavram olduğu, tüzel kişilerin ise sadece merkezlerinden söz edilebileceği ve onların merkezlerinin kuruluş belgelerinde gösterilmesinin zorunlu olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla mutad mesken kavramının tüzel kişilere yabancı olduğu ifade edilmiştir⁹⁹. Ancak, kanaatimizce, esasen HMK md.84’ün tüzel kişiler açısından uygulanmamasının

⁹⁶ Teminat yükümlülüğü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Turgut Turhan, “Davacının veya Davaya Katılanın Teminat Gösterme Yükümlülüğü”, *Prof. Dr. Osman F. Berki’ye Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları*, Ankara 1977; Zeynep Çalışkan, *Milletlerarası Usul Hukukunda Teminat*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013; Uğur Tütüncübaşı, ‘Milletlerarası Usul Hukukunda Teminat Gösterme Yükümlülüğü’, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:12, Sayı: 2, 2010.

⁹⁷ Tüzel kişilerin “vatandaşlığından” bahsedilip bahsedilemeyeceği konusunda literatürde yer alan tartışmalar için bkz. Emre Esen, *La Haye Sözleşmesi*, s. 7-10.

⁹⁸ Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özeker, *Medeni Usul Hukuku*, Yetkin Yayınları, 8. Baskı, 2020, s. 248-249.

⁹⁹ Kuru, s. 1244-1245; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayyavaz/Hanağası, *Medeni Usul Hukuku*, s. 534; İlyas Arslan, *Mutad Mesken*, s. 141: “Mutad mesken için bir kimsenin oturma süresi ve oturmanın devamlılığı aranmakta, kişinin o yerde oturmaya yönelik iradesi dikkate alınmaktadır. İlgili kişinin o yere sosyal olarak uyum sağlaması, o yeri benimsemesi gerekmektedir. Oysa tüzel kişiler açısından böyle bir durum söz konusu

sebebi mutad mesken kavramının tüzel kişilere yabancı bir kavram oluşu değil, maddede mutad meskeni Türkiye’de olmayan “Türk vatandaşları” açısından bir düzenleme getirilmiş olmasından kaynaklanmaktadır. Zira, mutad mesken kavramı tüzel kişilere yabancı bir kavram da değildir¹⁰⁰.

Yabancı tüzel kişiler bakımından MÖHUK md.48’in tatbik edilmesinin asıl sebebi; yabancılık vakiasına bağlı bir teminat yükümlülüğü öngörmesidir. Başka bir ifadeyle, bir tüzel kişinin mutad meskeni (idare merkezi) yabancı ülkedeyse o tüzel kişi yabancı bir tüzel kişi kabul edilecek ve MÖHUK md. 48’e göre teminat yükümlülüğü olup olmadığı incelenecektir.

olmaz.”; Karşlı, s.401, dn.821: “Tüzel kişilerin merkezinin bulunması sebebiyle onlarla her durumda ilişkilendirilen bir coğrafi yer de mevcut olacaktır. Dolayısıyla ikametgâh ve mutad mesken gibi kavramlar tüzel kişilere yabancıdır. Tüzel kişinin merkezi Türkiye’deyse o tüzel kişi Türk tabiiyetindedir; merkezi yurtdışında ise, yabancı bir tüzel kişiden bahsetmek gerekir. Yabancı bir tüzel kişi ise Türkiye’de dava açacak ya da takip yapacak olursa, MÖHUK md.48 uyarınca teminat göstermek zorundadır.”; Süral, s. 172; Tekinalp, Bağlama Kuralları, s. 291 (?), “MÖHUK md. 24’te AB Hukukundan farklı olarak “yerleşim yeri” hukuku öngörülmüştür. Oysa AB hukukunda, Roma I Tüzüğü md. 4’te borçlar hukuku sözleşmeleri açısından işlem, karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni hukukuna tabi tutulmaktadır. Bu konuda MÖHUK’ta da mutad mesken kavramına yer verilmesi Komisyon’da görüşülmüş ve tartışmalar sırasında tamamen mutad meskene dönmek yerinde görülmemiştir. Çünkü tüzel kişiler için mutad mesken söz konusu değildir.”

¹⁰⁰ Merve Acun Mekengeç, s. 8; Esen, La Haye Sözleşmesi, s. 15; Ayrıca Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında 593/2008 sayılı Tüzük (Roma I Tüzüğü) m. 19/1 ve Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında 864/2007 sayılı Tüzük (Roma II Tüzüğü) m.23 hükümlerinde de tüzel kişilerin mutad meskenine ilişkin düzenlemeler getirilmiştir. Roma I Tüzüğü md. 19’a göre tüzel kişiler için mutad mesken esas idare merkezidir. Şube, acente veya bir kuruluş tarafından kurulan akitlerde ilgili şube, acente veya kuruluşun bulunduğu yer mutad mesken olarak kabul edilecektir. Karşıt görüş için bkz. Özdemir Kocasakal, s. 56. Yazara göre bir kişinin sosyal ilişkilerinin merkezi olarak tanımlanan mutad meskeninden tüzel kişiler açısından söz etmek mümkün değildir. Yazara göre, MÖHUK md. 9/4’te yer alan idare merkezinin tüzel kişilerin mutad meskenine denk geldiğinin savunulması mümkün değildir. Zira bu madde gerçek kişiler açısından vatandaşlık kriterini benimsemektedir.

MÖHUK md.48'e göre "Türk mahkemesinde dava açan, davaya katılan veya icra takibinde bulunan yabancı¹⁰¹ gerçek ve tüzel kişiler¹⁰², yargılama ve takip giderleriyle karşı tarafın zarar ve ziyanını karşılamak üzere mahkemenin belirleyeceği teminatı göstermek zorundadır. Mahkeme, dava açanı, davaya katılanı veya icra takibi yapanı karşılıklılık esasına göre teminattan muaf tutar." Davalının ya da kendisine karşı takibe girilenin vatandaşlığı önemli değildir.

Öyleyse, MÖHUK md.48'e göre belirlememiz gereken iki temel husus bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, Türk hukukuna göre hangi tüzel kişilerin yabancı sayıldığı; ikincisi ise teminattan muafiyetin ne şekilde sağlanacağıdır.

Tüzel kişilerin tabiiyetinin tespitinde kullanılan üç temel kriter mevcuttur: tüzel kişinin kurulduğu devletin tabiiyetine sahip olacağı anlamına gelen "kuruluş yeri kriteri"¹⁰³; tüzel kişinin idare merkezinin bulunduğu devletin tabiiyetine sahip olacağı anlamına gelen "idare merkezi

¹⁰¹ Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 367: "Yabancılar açısından ise Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunu'nun 48'inci maddesinde, karşılıklılık bulunmamak kaydıyla, Türkiye'de dava açmaları halinde teminat yatırmaları öngörülmüştür. İlgili hüküm dikkate alındığında, yabancıların Türkiye'de inuit meskeninin olup olmaması veya ödeme güçlüğü içerisinde bulunup bulunmaması aranmamaktadır. Kanaatimizce, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde düzenlenen mahkemeye erişim hakkı yalnızca vatandaşlara değil, herkese tanınması gereken bir hak olduğu için, Türkiye'de inuit meskeni bulunan ve ödeme güçlüğü içinde olmayan (dolayısıyla davalının muhtemel giderlerini güvence altına alma ihtiyacının olmadığı durumda) yabancıdan, salt yabancı olması sebebiyle teminat istenmesi, mahkemeye erişim hakkının orantısız sınırlaması olur."

¹⁰² Yalnız tüzel kişiliğe sahip yabancılar değil, aynı zamanda kendi idare merkezlerinin bulunduğu yer hukukuna göre tüzel kişiliği olmayan fakat davada taraf olma ve dava ehliyetine sahip kişi ve mal toplulukları da teminat göstermekle mükelleftir. Bkz. Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, s.480.

¹⁰³ Buna göre, tüzel kişi, kurulduğu devletin tabiiyetindedir. Kuruluş yeri sistemi, birçok açıdan eleştirilmektedir. Bu eleştirilerden en önemlisi, bu sistemin yatırımcılar tarafından kolaylıkla suiistimal edileceğidir. Başka bir ifadeyle, tüzel kişilere bu kritere göre tabiiyet atfedilmesi, 'kanuna karşı hile' yapılmasına olanak vermesi sebebiyle eleştirilmektedir. Yalnızca yatırımcının iradesine dayanılarak, şirketin gerçekten faaliyette bulunacağı değil, yatırımcı için

kriteri"¹⁰⁴ ve tüzel kişinin, fiilen ve hukuken kontrolünü elinde bulunduran kişilerin tabiiyetinde sayılması anlamına gelen "kontrol kriteri"¹⁰⁵. Türk hukukunda bir tüzel kişinin yabancı olup olmadığının tayininde, kuruluş yeri ve idare merkezi kriterlerinin iç içe geçmiş şekilde birlikte uygulandığını söyleyebiliriz. Zira Türk Ticaret Kanunu'nun ilgili hükümlerine göre, Türkiye'de bir şirket kurulabilmesi için, şirketin idare merkezi olarak Türkiye'de bir yer gösterilmesi ve şirketin bu yerdeki ticaret siciline tescil edilmesi şarttır. Buna göre, idare merkezi olarak yabancı bir ülkenin gösterildiği bir şirketin Türk hukukuna göre kurulması mümkün bulunmadığı gibi; yabancı bir ülkede kurulan bir şirketin idare merkezi olarak Türkiye'de bir yeri göstermesi de bu şirketi Türk şirketi haline getirmeyecektir. Aynı durum dernekler ve vakıflar açısından da geçerlidir. Dolayısıyla, Türk hukukuna göre kurulmamış olan ve idare merkezi de Türkiye dışında bulunan tüzel kişiler "yabancı" kabul edilecektir.

Türk hukukunda tüzel kişilerin tabiiyetinin tespiti hususunda açık bir hüküm mevcut değildir. Bu sebeple, ticaret şirketlerinin tabiiyeti Türk hukukunda muhtelif kanunlarda yer alan hükümlerden hareket edilerek tespit edilebilir.

en avantajlı olacak ülkede kurulması sakıncalı görülmektedir. Tabiiyet bağının kurulabilmesi için şirket ile devlet arasında gerçek bir bağın bulunması gerektiği savunulmuştur. Nitekim uygulamada görülmektedir ki, bu sistemin uygulandığı ülkeler çok fazla sayıda şirketin odağı halindedir. Özellikle offshore şirketlerin kurulması bakımından oldukça elverişli bir sistemdir. Bkz. Paschalis Paschalidis, *Freedom of Establishment and Private International Law For Corporations*, Oxford University Press, 2012, s. 12; Diğer taraftan, açık ve basit olması, kurucuların iradesine önem vermesi, gerçek kişilere tabiiyet verilmesindeki sisteme yakın oluşu sebebiyle tercih eden yazarlar da bulunmaktadır. Bkz. Arat, s. 67-68.

¹⁰⁴ Buna göre şirket, işlerinin yönetildiği ülkenin tabiiyetindedir. Bazı husus sistemlerinde bu idare merkezinin gerçek idare merkezi olması aranmaktadır; Bu kriter, bazı yazarlarca tabiiyetinin kazanılacağı devletle daha ciddi bir bağlantının aranıyor olması sebebiyle daha tercihe şayan görülmüştür. Bkz. Arat, s. 79.

¹⁰⁵ Bu kriterler konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Arat, s. 63-99; Işıl Egemen Demir, *ICSID Tahkiminde Kişi Bakımından Yetki*, Filiz Kitabevi, 2014, s.125 vd.

Bu hususta ilk olarak, 5718 Sayılı MÖHUK md.9'dan bahsetmek isabetli olacaktır. Tüzel kişilerin hak ve fiil ehliyetine uygulanacak hukuku düzenleyen MÖHUK md.9, tüzel kişilerin tabiiyetinin tespitinde de referans noktası olabilir. Söz konusu düzenleme doğrudan tüzel kişilerin tabiiyetini düzenlememektedir; ancak, öncelikle gerçek kişilerin milli hukukuna atıf yapılması, ardından ise tüzel kişilerin hak ve fiil ehliyetine uygulanacak hukukun nasıl tespit edileceğine ilişkin bir düzenleme getirilmesi sebebiyle, başka bir ifadeyle kanunun düzenlenme şekline göre, gerçek kişilerdeki "milli hukukun" karşılığı olarak tüzel kişilerde "idare merkezinin" esas alındığı söylenebilir¹⁰⁶. Başka bir ifadeyle, maddede ilk önce gerçek kişilerin milli hukukuna atıf yapılması, ardından ise tüzel kişiler için "idare merkezi" bağlama noktasının tesis edilmiş olması, tüzel kişilerin tabiiyetinin tespitinde de idare merkezi kriterinin esas alınması hususunda referans olabilir¹⁰⁷.

Tüzel kişilerin tabiiyetinin tespiti hususunda referans alabileceğimiz diğer bir düzenleme ise 2012 yılında yürürlükten kalkan 1330 tarihli EŞHK'dır¹⁰⁸. Mülga EŞHK md.1'de "yabancı ülkelerde kurularak" Türkiye'de şube veya acente açmak suretiyle faaliyet göstermek isteyen yabancı şirketlerin faaliyete başlamadan önce yapmaları gereken işlemler ve ibraz etmeleri gereken belgeler tespit edilmiştir. Bu hükümden, yabancı ülkelerde kurulan şirketlerin Türk şirketi olmadığı sonucuna varabilmekteyiz; ancak md.1'in devamında "şirket idare merkezinin bulunduğu yer hukukuna uygun olarak kurulduğunu ispat etmek zorundadır" denilmekle, kuruluş yeri sisteminin değil, idare merkezi sisteminin kabul edildiği anlaşılmaktadır¹⁰⁹. Zira kuruluş yeri sistemi, yani şirketin tabiiyetini belirlemek için şirketin kurulduğu yer esas alınacak olsaydı, bu şirketlerin faaliyete geçmeden önce tabiiyetlerine ilişkin Ticaret Bakanlığı'na

¹⁰⁶ Demirkol, Paravan Şirketler, s.331, dn.99.

¹⁰⁷ Demirkol, Paravan Şirketler, s.331, dn.99.

¹⁰⁸ EŞHK 2012 yılında yürürlükten kalkmış olsa da uzun yıllar yürürlükte kalmıştır. Bu sebepten ötürü gerek doktrin gerek Yargıtay kararları açısından önemi göz önünde bulundurulduğunda ilgili hükümlerin incelenmesinin yararlı olacağı kanaatindeyiz.

¹⁰⁹ Aygül, s.36.

bildirimde bulunmaları şartı aranmazdı¹¹⁰. Aynı kanunun 15'inci maddesine göre ise esas muamelelerini Türkiye'de gerçekleştiren yabancı anonim ve sermayesi paylara bölünmüş şirketlerin, kanunun yayını tarihinden itibaren üç ay içinde Türk şirketine dönüştürülmesi gerektiği, aksi takdirde idarelerinin kapatılacağı düzenlenmiştir¹¹¹. Başka bir ifadeyle, şirket esas muamelelerini Türkiye'de gerçekleştiriyor ise ya Türk şirketine dönüştürülecektir (Türk Ticaret Siciline tescil edilerek¹¹²) ya da şubeleri kapatılacaktır.

Türk hukukunda ticaret şirketlerinin tabiiyetinin tespiti hususunda faydalandığımız diğer bir kanun ise 6102 sayılı TTK'dır. TTK md. 40'a¹¹³ göre merkezi Türkiye'de olan ticari işletmeler Türk Ticaret Siciline

¹¹⁰ Arat, s.103; İlhan Yılmaz, *Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID*, Beta Yayınevi, 2004, s. 109: "Türk hukukuna göre Türkiye'de kurulan bir şirketin ana sözleşmesindeki merkezi de Türkiye'de olacağından, Türk şirketlerinin vatandaşlığını belirlemede kuruluş yerinin esas alınması yeterli olacaktır."

¹¹¹ Vahit Doğan, *Türk Vatandaşlık Hukuku*, Savaş Yayınevi, Güncellenmiş 16. Baskı, 2019, s.223, dn. 183.

¹¹² Arat, s.108: "Bir şirketin Türk tabiiyetinde sayılması için onun Türk kanunlarına göre kurulmuş ve tüzel kişilik kazanmış bir şirket olması yeterli değildir. Böyle bir şirketin merkezinin de Türkiye'de bulunması lazım gelmektedir. Bu hususun tespiti bakımından ise, mukaveledeki merkez, ancak vakıalar onun farazi bir idare merkezi olduğunu göstermedikçe göz önünde tutulacak, aksi takdirde "gerçek idare merkezi" önem kazanacaktır".

¹¹³ (1) Her tacir, ticari işletmenin açıldığı günden itibaren on beş gün içinde, ticari işletmesini ve seçtiği ticaret unvanını, işletme merkezinin bulunduğu yer ticaret siciline tescil ve ilan ettirir; (2) Her tacir kullanacağı ticaret unvanını ve bunun altına atacağı imzayı notere onaylattırdıktan sonra sicil müdürlüğüne verir. Tacir tüzel kişi ise, unvanla birlikte onun adına imzaya yetkili kimselerin imzaları da notere onaylatılarak sicil müdürlüğüne verilir; (3) Merkezi Türkiye'de bulunan ticari işletmelerin şubeleri de buldukları yerin ticaret siciline tescil ve ilan olunur. Ticaret unvanına ve imza örneklerine ilişkin birinci ve ikinci fıkra hükümleri bu işletmelere de uygulanır. Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça merkezin bağlı olduğu sicile geçirilen kayıtlar şubenin bağlı bulunduğu sicile de tescil olunur. Ancak, bu hususta şubenin bulunduğu yer sicil müdürlüğünün ayrı bir inceleme zorunluluğu yoktur; (4) Merkezleri Türkiye dışında bulunan ticari işletmelerin Türkiye'deki şubeleri, kendi ülkelerinin kanunlarının ticaret unvanına ilişkin hükümleri saklı kalmak

tescil edilir ve merkezi Türkiye dışında bulunan ticari işletmelerin Türkiye'deki şubeleri yerli işletmeler gibi tescil olunur.

Ticaret Sicili Yönetmeliği'nin¹¹⁴ Yabancı Bir İşletmenin Merkezinin Türkiye'ye Taşınması başlıklı 115. maddesine¹¹⁵ göre ise bir işletmenin merkezinin yabancı devletten Türkiye'ye taşınması halinde tescil isteğine onun yabancı devlet hukukuna uygun olarak kurulduğunu gösteren ve o devletin ticaret sicili tarafından verilmiş veya sicil teşkilatı yok ise yetkili makamı tarafından verilmiş olan yetkili Türk makamlarınca onaylanmış bir vesikanın eklenmesi gerekmektedir. Diğer işlemler merkezi Türkiye'de bulunan işletmenin merkezlerinin tescili hakkındaki hükümlere tâbidir. Madde, sicil memuruna, bilhassa işletmenin Türk Kanunu hükümlerince tescilinin mümkün olup olmadığını araştırma görevi vermiş

şartıyla, yerli ticari işletmeler gibi tescil olunur. Bu şubeler için yerleşim yeri Türkiye'de bulunan tam yetkili bir ticari mümessil atanır. Ticari işletmenin birden çok şubesi varsa, ilk şubenin tescilinden sonra açılacak şubeler yerli ticari işletmelerin şubeleri gibi tescil olunur.

¹¹⁴ RG: 27.01.2013, Sayı: 28541.

¹¹⁵ (1) Bir ticari işletmenin veya bir ticaret şirketinin merkezinin Türkiye'ye taşınması halinde, bir ticari işletmenin veya bir ticaret şirketinin tescili için gerekli olan belgelerden başka, başvurulmuş müdürlüğe aşağıdaki belgeler verilir: a) Merkezi Türkiye'ye taşınan ticari işletmenin veya ticaret şirketinin yabancı memleket kanununa uygun olarak mevcut bulunduğunu gösteren ve o ülkenin ticaret sicili tarafından verilmiş olan veya sicil teşkilatı yok ise yetkili makamı tarafından verilmiş olan belge ve Türkçe çevirisi, b) Merkez değişikliğinin kendi hukukuna uygun olduğuna ilişkin yurtdışındaki yetkili makamdaki alınan belge ve Türkçe çevirisi, c) Merkezi nakledilen ticari işletme ticaret şirketi ise, Türk hukukuna uyarlanmış şirket sözleşmesi ve Türkçe çevirisi, ç) Merkezini taşıyacak şirketin tescili izne bağlı ise, ilgili kurumdan alınan izin yazısı. (2) Birinci fıkranın (a), (b) ve (c) bentlerinde sayılan belgelerin, 32nci maddenin ikinci fıkrasında belirtilen şekilde onaylanmış olması gerekir. (3) Merkezini Türkiye'ye taşıyan işletmelerin tescili için, Türkiye'de bulunan işletmelerin tescili hakkındaki hükümler uygulanır. Merkezini Türkiye'ye taşıyan ticaret şirketlerinin tescilinde ise kuruluşa ait hükümler uygulanır. Müdürlükler; bu tescil sırasında, merkezi Türkiye'ye taşınan ticari işletmenin Türk hukukuna göre örgütlenerek faaliyet göstermesinin mümkün olup olmadığını, merkezini taşıyan ticaret şirketi ise şirket sözleşmesinin Türk hukukuna uygun olup olmadığını veya uyarlanıp uyarlanmadığını araştırmakla yükümlüdür.

tir. Maddenin 2. fıkrasında ise, merkezi yabancı devletten Türkiye'ye taşınmış olan bir tüzel kişinin memurlukça tescilinde kuruluşa ait işlemlerin gerçekleştirileceği düzenlenmiştir.

Anonim şirketlere ilişkin düzenleme getiren TTK md.354'e göre ise, "...şirketin kuruluşunu izleyen otuz gün içinde şirketin merkezinin bulunduğu yer ticaret siciline tescil edilir." TTK md.355'e göre ise "Şirket Ticaret Siciline Tescil ile tüzel kişilik kazanır." TTK md.336'ya göre anonim şirketlerin esas sözleşmesinde şirket merkezinin gösterilmesi gerekmektedir. Limited şirketler için de aynı düzenleme TTK md. 576'da getirilmiştir.

TTK'nun saydığımız hükümlerini değerlendirdiğimizde, ancak merkezi Türkiye'de bulunan şirketlerin Ticaret Siciline tescil edilebileceği sonucuna ulaşabiliriz. Başka bir ifadeyle "yabancı" bir şirketin idare merkezi Türkiye'de olamaz. Bu merkezin ise farazi bir merkez değil, gerçek bir merkez olması gerektiği kabul edilmektedir¹¹⁶ ve hatta şayet sicile tescil edilmek istenen şirket merkezi gerçek durumu yansıtmıyorsa sicil memurunun tescili reddetmesi gerektiği kabul edilmektedir¹¹⁷.

4875 Sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu (DYK) md.2/a'ya göre ise, yabancı ülke kanunlarına göre kurulan tüzel kişiler yabancı yatırımcı olarak kabul edilmektedir. DYK'nun yabancı tüzel kişinin tabiiyetinin tespiti bakımından, kurulduğu yeri, başka bir deyişle, kuruluş yeri kriterini esas aldığını söyleyebiliriz¹¹⁸.

¹¹⁶ Arat, s.107-108; Aygül, s.35; Doğan, *Vatandaşlık*, 223.

¹¹⁷ TTK md. 32 (mülga TTK md.34): "(1) Sicil müdürü tescil için aranan kanuni şartların var olup olmadığını incelemekle yükümlüdür; (2)Tüzel kişilerin tescilinde, özellikle şirket sözleşmesinin, emredici hükümlere aykırı olup olmadığı ve söz konusu sözleşmenin kanunun bulunmasını zorunluluk olarak öngördüğü hükümleri içerip içermediği incelenir; (3)Tescil edilecek hususların gerçeği tam olarak yansıtılmaları, üçüncü kişilerde yanlış izlenim yaratacak nitelik taşımamaları ve kamu düzenine aykırı olmamaları şarttır."

¹¹⁸ Faruk Kerem Giray, *Milletlerarası Yatırım Tahkiminde Kamulaştırmadan Doğan Tazminat ve Tazminatın Hesaplanmasında Kullanılan Yöntemler*, Beta Yayınevi, 2. Baskı 2013, s.31.

Son olarak, Tapu Kanunu¹¹⁹ md.35'e baktığımızda ise, yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan ticaret şirketlerinin taşınmaz edinebileceği düzenlemiştir. Yani, Tapu Kanunu'na göre yabancı ticaret şirketleri Türkiye'de, Türk hukukuna göre kurulmayan şirketlerdir. Tapu Kanunu'nun da kuruluş yeri kriterini esas aldığını söyleyebiliriz.

Görüldüğü üzere, tüzel kişilerin tabiiyetinin tespiti hususunda açık bir düzenleme olmasa da gerek yürürlükten kalkan EŞHK'ya göre gerek yürürlükteki TTK'ya göre ve saydığımız diğer düzenlemelere göre, MÖHUK md.9/4'teki düzenleme ile paralel olarak, tüzel kişilerin tabiiyetinin tespitinde idare merkezi esas alınmaktadır¹²⁰. Buna göre idare merkezi yabancı bir ülkede bulunan tüzel kişiler yabancı, idare merkezi Türkiye'de bulunanlar Türk tüzel kişisi sayılacaktır¹²¹. Bazı yazarlara göre¹²² Türk hukukunda şirketlerin tabiiyeti hususunda kuruluş yeri ve idare merkezi kriterleri birlikte aranmaktadır. İdare merkezi Türkiye'de olmayan şirketlerin Türk Ticaret Siciline kaydedilemeyeceği düşünüldüğünde bu görüş de yerindedir; ancak Türk hukukundaki muhtelif düzenlemeler incelendiğinde bir Türk şirketini yabancı bir şirketten ayıran kriter idare merkezinin Türkiye'de olmasıdır.

Esas alacağımız idare merkezi ise gerçek idare merkezidir¹²³. Şirketin gerçek idare merkezi, şirketin esaslı işlerinin yürütüldüğü yerdir.

¹¹⁹ 2644 Sayılı Tapu Kanunu, RG: 29.12.1934, Sayı: 2892.

¹²⁰ Doktrinde genel kabul gören görüş de bu yöndedir. Bkz. Arat, s.108; Tekinalp, *Vatandaşlık*, s.573; Doğan, *Vatandaşlık*, s. 223; Gülin Güngör, *Tabiiyet Hukuku*, Yetkin Yayınları, 8. Baskı, 2020, s.257; Aysel Çelikel/ Günseli Öztekin Gelgel, *Yabancılar Hukuku*, Beta Yayınevi, Yenilenmiş 25. Baskı, 2020, s. 35; Giray, s. 33; Aksi görüş için bkz. Erdoğan Moroğlu, "Anonim Ortaklıkların Tabiiyeti ve Tanınması", Ergin Nomer'e Armağan, *MHB*, 2002/2, s. 416, yazara göre anonim ortaklıkların tabiiyetlerinin belirlenmesinde kuruluş yeri teorisi kabul edilmeli ve anonim şirketler hangi devletin kanunlarına göre kurulup tüzel kişilik kazandılar ise, o devletin tabiiyetinde sayılmalılar.

¹²¹ Şanlı, s. 172; Tütüncübaşı, s.202.

¹²² Esen, *1954 Tarihli La Haye Sözleşmesi*, s. 2, dn.1.

¹²³ Şirket ana sözleşmesindeki idare merkezi gerçek duruma tekabül etmediği takdirde, hemen her hukuk sisteminde şirkete tabiiyet verilmesinde gerçek idare merkezi esas alınmaktadır; Tüzükteki idare merkezi hakikate uyduğu

Başka bir ifadeyle gerçek idare merkezi, şirketin yönetim kurulunun, denetim kurulunun, genel kurulunun toplandığı, şirketin muhasebesinin ve idaresinin yapıldığı yerdir¹²⁴. Statüde yer alan idare merkezi, bu bakımdan karine teşkil edecektir ancak aksi her zaman ispat edilebilir. Bu durumda, şayet şirket esaslı sayılacak işlerini farklı ülkelerde gerçekleştiriyorsa gerçek idare merkezinin tespiti güçleşecektir. Özellikle, günümüzde çok uluslu şirketlerin birden çok ülkede faaliyet gösterdiği, hatta şirket idaresinin elektronik haberleşme araçlarıyla gerçekleştirildiği de düşünüldüğünde gerçek idare merkezinin tespiti daha da zor bir hale gelmektedir.

Türk hukukuna göre hangi şirketlerin Türk şirketi¹²⁵ sayılmadığı yukarıdaki esaslara binaen tespit edildikten¹²⁶ sonra, Türkiye’de dava

takdirde dikkate alınır. Şirketin merkezinin hakikiliğinin tespitinde kanuni bir hüküm yoksa fiili vakıalar dikkate alınmalıdır. Bkz. Işıl Özkan, *Devletler Özel Hukukunda İkametgâh, Mutad Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi*, Natürel Yayınevi, 2003, s.79.

¹²⁴ Arat, s. 83; Tekinalp, *Bağlama Kuralları*, s.93.

¹²⁵ Hem sermaye şirketleri için hem şahıs şirketleri için geçerli olan bir kuraldır. Bkz. Aygül, s.37.

¹²⁶ Mevzuatımızda bir tüzel kişinin tabiiyeti konusunda tereddüt yaşanması halinde nasıl bir çözüm yolu izlenmesi gerektiğine dair bir düzenleme mevcut değildir. Ancak 1988 yılında verilmiş bir Yargıtay kararı mevcuttur. (Yar. 11. HD, 1988/2779 E., 1988/8004 K., 29.12.1988 T.) Buna göre: “...*Davacı vekili; müvekkili anonim şirketin Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre kurulduğunu, idare heyeti ile merkezinin de İstanbul’da olduğunu, ancak çoğu idari makamlar tarafından uyrukluk (tabiiyet) konusunda zorluklarla karşılaştığını ve yabancı şirket muamelesi gördüğünü belirterek müvekkilinin Türk tabiiyetinde bir şirket olduğunun tesbitine karar verilmesini talep etmiştir. ... Tartışılması gereken sorun, tüzel kişiliğe haiz bir anonim şirketin uyrukluğu konusunda çıkacak uyuşmazlığın adli yargıda mı yoksa, idari yargıda mı çözümleneceği hususudur. Bir ülkenin ekonomik yapısında büyük rol oynayan tüzel kişiliği haiz ticaret şirketleri ve özellikle anonim şirketler bakımından da o ülkede egemenlik hakkını kullanan devletin o şirketin uyrukluğu yönünden aynen gerçek kişilerde olduğu gibi tasarrufta bulunması o devletin en doğal haklarından birisi olması gerekir. İşte devletin bu nevi tasarrufları da aynen gerçek kişilerde olduğu gibi kamu hukuku alanına giren idari tasarruflardan olduğunun kabulü doğaldır. Nitekim, tüzel kişiliği haiz anonim şirketlerin gerek kuruluşları (TTK. nun 280), gerekse ana sözleşme değişiklikleri (TTK. nun 386), öncelikle idari bir organ*

açan, davaya katılan ya da icra takibi başlatan yabancı şirketin teminattan muaf olup olamayacağı sorusuna cevap verilmesi gerekir. Zira MÖHUK md.48/2'ye göre Türk mahkemesi, dava açan, davaya katılan ya da icra takibi başlatan yabancı kişiyi karşılıklılık esasına göre teminattan muaf tutar. Maddede özellikle akdi, kanuni ya da fiili karşılıklılık aranmadığı için, Türkiye ile yabancı şirketin tabiiyetinde olduğu devlet arasında kanuni, fiili ya da akdi karşılıklılıktan herhangi biri varsa yabancı şirket teminattan muaf tutulacaktır¹²⁷. İlgili yabancı devlette Türk davacıya, davaya katılana ya da icra takibi yapana kendi vatandaşlarına uyguladığına benzer ve yakın bir muamele gösterilmesi, teminat konusunda karşılıklılığın gerçekleşmesini temin eder¹²⁸.

Ne var ki bir önceki başlıkta yer verdiğimiz esaslar çerçevesinde bir şirketin Türk şirketi olmadığına tespiti, bu şirketin tabiiyetinin de tespit edilmiş olacağı anlamına gelmemektedir. Bu itibarla, bir yabancı şirket bakımından teminattan muafiyetin söz konusu olup olmayacağına belir-

olan Ticaret Bakanlığının idari tasarruf niteliğinde bulunan iznine tabi kılınmış bulunmaktadırlar. O halde, gerçek kişilerde olduğu gibi, tüzel kişilik sahibi olan anonim şirketlerde, uyrukluk uyuşmazlıklarının çözümünde Türk Vatandaşlık Kanunu hükümlerinin kıyasen uygulanması, hem kamu hukuku tasarrufu niteliği bakımından uygun düşecek, hem de uyruk konusunda çeşitli yargı organları arasında farklı kararların çıkması sakıncası önlenmiş olacaktır. Gerçek kişiler yönünden konuyu düzenleyen 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununun 40 ve 41. maddeleri hükümlerine göre, idari makamlarca vatandaşlık konusunda verilecek kararlara karşı idari yargı yoluna başvurulacağı hükme bağlandıktan sonra, idari yargı dışındaki bir yargı organı önünde vatandaşlık konusunda bir sorun çıkması halinde, bu hususun öncelikle ilgili bakanlıktan sorulması gerektiği, bakanlığın cevabına karşı idari yargı yoluna başvuru hallerde ise, bu hususun ön sorun olarak beklenmesi gerektiği ve idari yargının bu hususu kesin olarak karara bağlayacağı açıkça hükme bağlanmış bulunmaktadır. O halde, tüzel kişiliği haiz bir ticari şirketin tabiiyetinin bulunduğu yasalarca da kabul edilmiş bulunmasına ve fakat bu nevi şirketlerin uyrukluğuna bağımsız olarak düzenleyen bir yasa da bulunmamasına, gerçek kişiler ile tüzel kişiler arasında farklı bir çözüm tarzını gerektirecek bir neden de bulunmadığına göre, gerçek kişilere ilişkin Türk Vatandaşlık Kanununun yukarıda anılan hükümlerinin kıyas yolu ile uygulanması gerektiği kabul edilmelidir.”

¹²⁷ Çelikel/ Erdem, s.676, Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, s. 500.

¹²⁸ Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, s.482.

lenebilmesi için, bu şirketin tabiiyetinde olduğu ve dolayısıyla Türkiye ile arasında karşılıklılığın aranacağı devletin tayini gerekmektedir.

Vatandaşlık hukukunun en temel prensiplerinden birine göre, her devlet kimin kendi vatandaşı olduğunu, kendi koyduğu kurallar çerçevesinde bizzat tayin eder¹²⁹. Tüzel kişilerin tabiiyetinin tayini bakımından da bu prensibin kıyasen uygulanması düşünülebilir. Böylece, bir şirketin bir devletin tabiiyetinde bulunup bulunmadığı, bu devletin hukukuna göre tayin edilmek suretiyle problem çözülebilecektir.

Bunun dışında, Türkiye'nin çeşitli devletlerle yaptığı ve teminat yükümlülüğünden muafiyet içeren iki veya çok taraflı uluslararası sözleşmeler¹³⁰ de bu konuda belirleyici rol oynayabilir. MÖHUK md.1/2'ye göre Türkiye'nin taraf olduğu antlaşmalar saklı tutulduğu için, bir yabancı şirketin teminattan muaf olup olmadığı konusunda öncelikle uluslararası antlaşmalara bakılması gerekmektedir. Bu antlaşmalarda, âkit devletler, hangi kriterleri taşıyan tüzel kişileri kendi tabiiyetlerinde kabul ettiklerini ve dolayısıyla hangi şirketlerin bu teminat muafiyetinden yararlanabileceğini bizzat düzenlemektedir.

Türkiye'nin taraf olduğu çok taraflı milletlerarası antlaşmalardan ilki 1954 tarihli Hukuk Usulüne Dair La Haye Antlaşması'dır¹³¹. Antlaşmaya Türkiye¹³² ile birlikte 47 devlet taraftır¹³³. Antlaşmanın 17. maddesine göre "Akit Devletlerden birinde ikamet eden ve diğer devlet mahkemeleri huzurunda davacı veya müdahil olarak bulunan akit bir devle-

¹²⁹ Nomer, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (Vatandaşlık), Filiz Kitabevi, 27. Baskı, 2020 s.5; Erdem, s.5; Güngör, *Tabiiyet Hukuku*, s.13; Çelikel/ Öztekin Gelgel, *Yabancılar Hukuku*, s. 34; Giray, s. 23; Rona Aybay/Nimet Özbek/Gizem Ersen Perçin, *Vatandaşlık Hukuku*, Siyasal Kitabevi, 2019, s. 13.

¹³⁰ Türkiye'nin taraf olduğu, teminattan muafiyet öngören milletlerarası sözleşmelerin listesi için bkz. Aysel Çelikel / Cemal Şanlı / Emre Esen: *Türk Milletlerarası Özel Hukuk Mevzuatı*, Beta Yayınevi, 18. Baskı, 2020.

¹³¹ Convention on Civil Procedure, 01.03.1954. Antlaşma metni için bkz. (http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text).

¹³² RG: 23.05.1973, Sayı: 14194.

¹³³ Antlaşmaya taraf olan devletlerin tam listesi için bkz. (http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status).

tin vatandaşlarından¹³⁴, yabancı olmaları veya o memlekette ikametgâh veya meskenleri bulunmaması sebebiyle, ne isim altında olursa olsun, herhangi bir teminat veya depozito istenemez.” Antlaşmanın ilk metninde teminattan muaf olmanın şartı “akit devlet vatandaşı” olmaya ya da “akit devletlerden birinde ikamet etmeye” bağlanmıştır.

Bu anlaşma uluslararası sosyo-ekonomik ve ticari gelişmeler karşısında eksik ve yetersiz kaldığından, 1980 yılında Uluslararası Adaletle

¹³⁴ 2013 senesine kadar bu konuda Türk hukukunda herhangi bir tartışma olmasına karşın, Yargıtay 2013 ve 2016 yıllarında verdiği iki kararda (Yar. 12. HD., 2013/17436 E., 2013/24686 K., 02.07.2013T., Yar. 12. HD., 2015/26555 E., 2016/3489 K., 11.02.2016 T.) 1954 Tarihli Anlaşmanın tüzel kişilere teminattan muafiyet sağlamayacağına karar vermiştir. Yargıtay kararlarında özetle, 1954 Tarihli Anlaşmanın 17. maddesinde akit devlet “vatandaşından” bahsedildiğini, ancak tüzel kişilerin “vatandaşlığından” söz edilemeyeceğini, ayrıca 1980 Tarihli Uluslararası Adaletle Erişim Hakkında La Haye Sözleşmesi’nde ise bu maddeye tekabül eden maddeye “tüzel kişiler de dahil” ibaresinin eklendiğini, bu nedenle 1954 Tarihli Sözleşme’nin 17. maddesinin tüzel kişileri kapsamadığının kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Ancak, kanaatimizce, Yargıtay’ın verdiği her iki karar da isabetsizdir. Bahsi geçen Yargıtay kararlarının değerlendirmesi için bkz. Emre Esen, La Haye Sözleşmesi; Yargıtay 12. HD. daha sonra aksi yönde bir karar vermiştir (E. 2017/8463 K. 2017/15601 T. 14.12.2017). Kanaatimizce de isabetli olan kararda şu ifadeler yer almaktadır: *“Her ne kadar borçlu tarafından dosyaya sunulan, 1954 tarihli sözleşmenin 17. maddesinde, tüzel kişilerle ilgili olarak, 25.10.1980 tarihinde imzaya açılan ve Türkiye Cumhuriyeti tarafından 07.07.2004 tarihinde imzalanan, ancak henüz yasalaşmayan “Adaletle Uluslararası Erişim Hakkında Sözleşme’nin” 14/1. maddesi ile; “Bir akit devlette mutat meskeni olup, diğer bir akit devletin mahkemelerinde açılmış davalarda, davacı veya müdahil olarak bulunan kişilerden (tüzel kişiler de dahil), sırf yabancı uyruklu olmaları veya davaların açıldığı devlette ikamet etmemeleri yada mutat meskenlerinin olmamaları sebebiyle her ne isim altında olursa olsun herhangi bir teminat, kefalet yada depozito istenemez” şeklinde değişikliğin yapılması sonucu, sözleşmenin ilk halinin tüzel kişileri kapsamadığına ilişkin Dairemizce kararlar verilmiş ise de, anılan kararlar maddi hataya müstenit olup, yabancılık muafiyetine ilişkin 1954 tarihli sözleşmenin 17. maddesinin uygulanmasında gerçek ya da tüzel kişi ayrımı bulunmamaktadır.”*

Erişim Hakkında La Haye Sözleşmesi¹³⁵ akdedilerek, teminat muafiyetinin kapsamı genişletilmiş ve bir Akit Devlette mutad meskeni bulunan kişilerin de teminat muafiyetinden yararlanmaları imkânı getirilmiştir¹³⁶. Ancak Türkiye henüz Sözleşme'nin yürürlüğe girmesi için gereken şartları yerine getirmemiştir¹³⁷. Sonuç olarak, La Haye Antlaşmaları ve bahsettiğimiz Rapor ve Protokol hükümleri de dikkate alındığında, Türk hukukuna göre Türk şirketi sayılmayan, diğer bir ifadeyle idare merkezi Türkiye dışında bulunan yabancı tüzel kişilerin akit bir Devlet vatandaşı olup olmadığını tespit etmek gerekir. Zira Türk hukukunda Türk olmayan şirketlerin belirlenmesi açısından idare merkezi kriteri esas alınmıştır.

¹³⁵ Convention on International Access to Justice, 25.10.1980. Antlaşma metni için bkz. (http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text).

¹³⁶ Adalete Uluslararası Erişim Hakkında Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun Tasarısı ve Gerekçesi için bkz. (<http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0271.pdf>). Antlaşmaya taraf olan devletler listesi için bkz. (http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status); Antlaşma, bu Antlaşmaya taraf olan Devletler ile 1954 tarihli Hukuk Usulüne Dair Antlaşmaya taraf olan devletler arasında, 17. ve 26. maddelerinin yerini almak üzere düzenlenmiştir.

¹³⁷ Uluslararası Adalete Erişim Antlaşması md.14'e göre: "*Bir Akit Devlette mutad meskeni olup, diğer bir Akit Devletin mahkemelerinde açılmış davalarda, davacı veya müdahil olarak bulunan kişilerden (tüzel kişiler de dahil) sırf yabancı uyruklu olmaları ya da davanın açıldığı Devlette ikamet etmemeleri ya da mutad meskenleri olmaması sebebiyle, her ne isim altında olursa olsun herhangi bir teminat, kefalet ya da depozito istenemez.*" Maddede kişilerin "mutad meskeni" kriteri esas alınmış ve buna tüzel kişilerin de dâhil olduğu belirtilmiştir; ancak tüzel kişilerin mutad meskeninin nasıl tespit edileceğine dair açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Buna göre, bu mesele davanın açıldığı devlet hukukuna göre çözümlenecektir. Explanatory Report on the 1980 Hague Access to Justice Convention, 1983. Rapor için bkz. (http://www.hcch.net/index_en.php?act=publications.details&pid=2948); Bunun yanında, bu Antlaşma'da bu hususa ilişkin açık bir düzenleme olmamasına karşın, 1971 tarihli Hukukî ve Ticarî Konularda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine Dair La Haye Sözleşmesine Ek Protokol par.5'e göre "bir şirketin ikametgâhı ya da mutad meskeni, şirketin merkezinin (seat), kuruluş yerinin (place of incorporation) ya da iş merkezinin (principal place of business) bulunduğu yerdir".

La Haye Antlaşmalarına göre taraf devlet hukukuna bırakılan mutad mesken kavramının Türk hukukuna göre tüzel kişinin gerçek idare merkezine tekabül ettiği kabul edilmektedir. Türk hukukunda tüzel kişilerin mutad meskeninden bahsedilemeyeceğini daha önce ifade etmiştik. Bununla birlikte, örneğin MK md.51’de tüzel kişilerin yerleşim yerinden bahsedilmektedir. MK md.51 uyarınca bir tüzel kişinin yerleşim yeri, kuruluş belgesinde başka bir hüküm bulunmadıkça işlerinin yönetildiği yerdir. HMK md.84’ün gerekçesinde de mutad meskenin yalnızca gerçek kişilere özgü olduğu, tüzel kişilerin yalnızca merkezlerinden bahsedilebileceği ve bu merkezin kuruluş belgesinde gösterilmesi gerektiği belirtilmiştir. Başka bir ifadeyle tüzel kişinin yerleşim yeri, işlerinin gerçekten yönetildiği fiilî idare merkezidir¹³⁸. Türkiye bunun dışında çok sayıda iki taraflı adli yardım, ikamet veya dostluk antlaşmaları akdetmiştir ve bu antlaşmalarda teminata ilişkin hükümlere yer verilmiştir¹³⁹. Bu antlaşmalarda teminattan muafiyetin hangi tüzel kişiler için öngörüldüğünü tespit etmemiz isabetli olacaktır. Bu Antlaşmalar incelendiğinde çoğunda ortak olarak görülebilecek kriter “Merkezi Akit Devletlerden birinde bulunmak ve bu Devletin mevzuatı uyarınca teşekkül etmiş bulunmak” kriteridir¹⁴⁰. Burada da Türk hukukunda benimsenen idare merkezi sistemi-

¹³⁸ Kenan Tunçomağ, ‘İkametgâh’, *İÜHFEM*, Cilt: 26, Sayı: 1-4; Yıl: 1960, s. 181-182; Süha Tanrıver, *Medeni Usul Hukuku, Cilt 1, Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması*, Tümüyle Gözden Geçirilmiş, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Yetkin Yayınları, 2. Baskı, 2018, s. 235; Gülşah Vardar Hamamcıoğlu, *Türk Medeni Kanunu’na Göre Yerleşim Yeri*, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2009, s. 121.

¹³⁹ Bu Antlaşmaların tam listesi için bkz. Şanlı, s.182.

¹⁴⁰ Bkz. Türkiye Cumhuriyeti ile Tunus Cumhuriyeti Arasında Hukuki ve Ticari Konularda Adli Yardımlaşmaya Dair Sözleşme md. 2: “Merkezleri her iki devletten birinde olan ve bu devletin mevzuatı uyarınca teşekkül etmiş bulunan tüzel kişiler, kendilerine uygulanabildiği ölçüde bu sözleşmenin hükümlerine tabidirler.”; Türkiye Cumhuriyeti İle Arnavutluk Cumhuriyeti Arasında Hukuki, Ticari ve Cezai Konularda Adli Yardımlaşma Sözleşmesi’ne göre: “Âkit taraflardan birinde merkezi olan ve bu tarafın mevzuatına uygun biçimde kurulmuş tüzel kişiler işbu sözleşmenin hükümlerinden uygulan-

nin etkili olduğunu söyleyebiliriz. Zira anlaşıldığı üzere, akdedilen antlaşmalarda, genel olarak, tüzel kişilerin yalnızca diğer Akit Devlet mevzuatına göre kurulmuş olması yeterli sayılmayıp, şirket merkezinin de o devlet ülkesinde bulunması aranmıştır.

2. Offshore Şirketler Açısından Değerlendirme

Offshore merkezlerin bir kısmı bağımsız devletler bir kısmı ise birden çok bölgesel birime ayrılmış olduğunu söyleyebileceğimiz bağım-

bildiği ölçüde yararlanabilirler.”; Türkiye Cumhuriyeti ile Azerbaycan Cumhuriyeti Arasında İmzalanan Hukuki ve Ticari Konularda Adli İşbirliği Antlaşması md.3: “Akit taraflardan birinin ülkesinde idare merkezi bulunan ve bu akit tarafın mevzuatına uygun olarak kurulmuş tüzel kişiler, işbu antlaşmanın hükümlerinden yararlanma hakkına sahip olacaklardır.” Türkiye Cumhuriyeti ve Çin Halk Cumhuriyeti Arasındaki Hukuki, Ticari ve Cezai Konularda Adli Yardımlaşma Antlaşması md. 16: “Hükmi şahıslar 1, 14 ve 15 inci maddelerin hükümleri, akit taraflardan her birinin mevzuatı gereğince teşekkül eden hükmi şahıslar hakkında da uygulanacaktır.”; Türkiye Cumhuriyeti ile Gürcistan Cumhuriyeti Arasında Hukuki, Ticari ve Cezai Konularda Adli Yardımlaşma Antlaşması md. 3: “Akit taraflardan birinde merkezi olan ve bu tarafı mevzuatına uygun biçimde kurulmuş tüzel işbu antlaşmanın hükümlerinden uygulanabildiği ölçüde yararlanabilirler.”; Türkiye Cumhuriyeti İle Hırvatistan Cumhuriyeti Arasında Hukukî ve Ticari Konularda Adli İşbirliği Antlaşması md. 3: “Akit Taraflardan Birinde İş Yeri Merkezi Olan Ve Bu Tarafın Mevzuatına Uygun Biçimde Kurulmuş Tüzel Kişiler Kamu Düzenine Aykırı Olmadığı Takdirde, İşbu Antlaşmanın Hükümlerinden Yararlanma Hakkına Sahip Olacaklardır.”; Türkiye İle Mısır Arasında Hukuki Ticari Konularda Adli Yardım Sözleşmesi md.2: “Akit taraflardan birinde iş yeri merkezi olan ve bu tarafın mevzuatına uygun biçimde kurulmuş tüzel kişiler kamu düzenine aykırı olmadığı takdirde, işbu antlaşmanın hükümlerinden yararlanma hakkına sahip olacaklardır.”; Türkiye İle Hindistan Arasında Hukuki ve Ticari Konularda Adli Yardım Sözleşmesi md.2: “Bu antlaşmanın amaçları bakımından: a. “şahıslar” deyimini her milliyetten, gerçek ve tüzel kişiler anlamına gelecek ve kapsayacaktır.”; Türkiye Cumhuriyeti İle Ukrayna Arasında Hukukî Konularda Adli Yardımlaşma ve İş Birliği Antlaşması md. 3: “Akit tarafların birinin ülkesinde yönetim merkezi olan ve bu akit tarafın mevzuatına uygun olarak kurulmuş tüzel kişiler, işbu antlaşmanın hükümlerinden yararlanma hakkına sahip olacaktır.”

sız devletlerin birimleridir. Bağımsız Devlet konumunda olan offshore merkezlerin tabiiyetinde olan şirketlerin teminat yükümlülüğünden muaf olup olmadığını belirlemek için, söz konusu Devlet ile Türkiye arasında teminat yükümlülüğüne ilişkin olarak kanuni, akdi ya da fiili karşılıklılık olup olmadığını tespit etmemiz gerekir. Ancak, daha önce de belirttiğimiz gibi offshore merkezlerin büyük çoğunluğu bağımsız devletlerin bölgesel birimleri niteliğindedir. Örneğin; idare merkezi Birleşik Krallık'ın denizaşırı topraklarından olan İngiliz Virgin Adalarında bulunan, yani Türkiye'de idare merkezi bulunmayan, bir yabancı şirketin teminat yükümlülüğünden muaf olup olmadığını tespit ederken, hangi Devlet ile Türkiye arasında karşılıklılık olup olmadığını belirleyeceğimiz sorusu gündeme gelir.

Birleşik Krallık'ın hem denizaşırı toprakları hem de Birleşik Krallık'a bağlı devletlerin (*crown dependencies*) çoğu oldukça çok rağbet gören offshore merkezlerdir. Bu bölgelerin her biri kendi hukuk sistemlerine, yasama, yürütme, yargı organlarına sahiptir; ancak dış ilişkiler ve savunma bakımından Birleşik Krallık'a bağlıdır. Bağımsız hukuk sistemleri olmasına karşın uluslararası alanda bağımsız Devletler olarak tanınmamaktadırlar ve milletlerarası anlaşma akdetme yetkileri yoktur. Birleşik Krallık'ın açıkça yetki verdiği haller dışında, milletlerarası antlaşmalara taraf olamazlar¹⁴¹. Birleşik Krallık bir milletlerarası antlaşmaya taraf olurken, antlaşmanın denizaşırı toprakları ya da bağlı bölgeleri de kapsayacak şekilde imza edilip edilmeyeceğine karar vermek için, öncelikle bu birimlerden onay alınması gerekmektedir. Başka bir ifadeyle, bu bağlı bölgeler açıkça antlaşmaya taraf olmak istediklerini beyan etmedikçe, antlaşma onlara teşmil edilemez. Öyleyse, bu bölgelerden birinin tabiiyetinde bulunan bir yabancı şirket söz konusu olduğunda hukuki ve fiili karşılıklılık açısından bu bölgesel birimin bağımsız bir hukuk sistemi olduğundan bu bölge ile Türkiye arasında kanuni ya da fiili karşılıklılık

¹⁴¹ Guidelines On Extension Of Treaties To Overseas Territories, bkz. (<https://www.gov.uk/government/publications/guidelines-on-extension-of-treaties-to-overseas-territories>); Fact Sheet On The UK's Relationship With The Crown Dependencies, bkz. (https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/185870/crown-dependencies.pdf), s.2; Birleşik Krallık, vergi Antlaşmaları yapımları konusunda yetki tanımıştır.

olup olmadığını tespit etmemiz gerekecektir. Ancak akdi karşılıklılık açısından bir değerlendirme yapmamız gerektiğinde, bu bölgeler kendi adına milletlerarası antlaşmalara taraf olamadığından, Birleşik Krallık ile Türkiye arasında teminattan muafiyete ilişkin bir iki taraflı antlaşma olup olmadığını tespit etmemiz ve bu antlaşmanın da şirketin tabiiyetinde olduğu offshore bölgesine -Birleşik Krallık bölgesel birimine- teşmil edilip edilmediğini belirlememiz gerekir. Bunun dışında Türkiye'nin taraf olduğu, teminat yükümlülüğüne ilişkin hükümler getiren çok taraflı antlaşmalar açısından da aynı yol izlenmelidir¹⁴².

Birleşik Krallık örneği üzerinden yaptığımız açıklamalar, benzer yapıdaki offshore merkezler için de aynı şekilde uygulanacaktır¹⁴³. Mahkeme, teminattan muafiyete sebep olacak fiili, kanuni ya da akdi karşılıklılık tespit ettiği takdirde offshore bölgelerde kurulan bu yabancı şirketler, Türkiye'de dava açarken, davaya müdahil olurken ya da icra takibi başlatırken teminat göstermek mecburiyetinde kalmayacaktır¹⁴⁴.

¹⁴² Türkiye'nin taraf olduğu 1954 Tarihli Hukuk Usulüne Dair La Haye Antlaşması tüzel kişilere de uygulanmaktadır. Birleşik Krallık bu Antlaşmaya taraf değildir; Hukuk Usulüne Dair Antlaşmaya taraf olan ve Antlaşmanın teşmil edildiği offshore merkezlerin tam listesi için bkz. Süheyla Ahsen Dişli, Milletlerarası Özel Hukukta Offshore Şirketler, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, EK-2, s.169.

¹⁴³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Süheyla Ahsen Dişli, s. 27 vd.

¹⁴⁴ Yar. 12. HD., 2009/220 E., 2009/9766 K., "İcra takibini yapan alacaklı şirket İngiliz Virgin Adaları uyrukludur. 28.6.1932 tarih ve 2045 Sayılı Kanun ile onaylanarak yürürlüğe girmiş olan 28.11.1931 Tarihli "Türkiye Cumhuriyeti ile İngiltere Hükümeti arasında mün'akit Müzaheretü Adliye Mukavelenamesi" nin 12 ve 13. maddelerine göre; gerek gider ve gerekse harç tediyeşi hakkında, taraf devletler vatandaşları (şirketleri) teminat göstermekten istisna edildikleri gibi, akit devlet tebaasına müsavî bir muameleden faydalanacakları kabul edilmiştir. Bu sözleşmenin eki bulunan imza protokolüne merbut liste gerek Türkiye gerekse Virgin Adaları tarafından imzalanmıştır. Bu durumda açıklanan anlaşma uyarınca alacaklının mensubu olduğu ülke ile Türkiye arasında teminat gösterme yükümlülüğünden muafiyet bulunduğu kabulü gerekir."; Yar. 12. HD., 2009/1664 E., 2009/21905 K., 09.11.2009 T.: "...O halde, Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü'nden Türkiye Cumhuriyeti ile İngiltere Hükümeti arasında imzalanan 28.11.1931 tarihli

SONUÇ

Çalışmamızda offshore şirketlerin “ticari faaliyetlerini yürüttüğü ülke veya ülkeler dışında bir ülkede (genellikle bir vergi cennetinde) kayıtlı şirketler olduklarını, genellikle yurtdışında pazarlama, uluslararası nakliye ve vergisel amaçlar için kullanıldıklarını, şirketin kuruluşu ve kaydı için yalnızca temel gereklilikleri yerine getiren şirketler olduklarını ve fiili ticari faaliyetlerini farklı bir ülkede yönettiklerini açıkladık ve Türkiye’de faaliyet gösteren çok sayıda offshore şirket olduğunu, özellikle Türk vatandaşlarının da bu yolu tercih ettiğini ifade ettik.

Çalışmamızın esas konusu ise bu şirketlere karşı Türkiye’de dava açılıp açılmayacağı meselesidir. Offshore şirketler hususunda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisine ilişkin karşımıza şöyle bir tablo çıkmaktadır: öncelikle, offshore şirket aleyhine, genel yetkili mahkeme olan yerleşim yeri mahkemesinde dava açılabilmesi mümkün müdür? Başka bir ifadeyle; offshore şirketin statüsündeki idare merkezi ya da gerçek idare merkezi Türkiye’de midir, bunu tespit etmek gerekecektir. Bu tip şirketlerin Türkiye’de bir idare merkezi tesis etmesi başlı başına offshore şirket kurulmasının altında yatan amaca ters düşeceğinden genel yetkili mahkemede dava açılabilmesi mümkün görünmemektedir. Ancak, Türkiye’de bir şube, acente ya da TTK md. 103 uyarınca acentelik hükümlerine tabi olacak şekilde offshore şirket ad ve hesabına işlemlerde bulunan kişiler ya da irtibat bürosu bulunuyor ise, bunların yerleşim yerinin bulunduğu yer mahkemesi offshore şirket aleyhine açılacak davada yetkili olacaktır. Kanun koyucunun Türkiye Cumhuriyeti’nde merkezi veya şubesi olmayan yabancı tacirlere karşı Türk vatandaşlarının hakkını korumaya yönelik olarak getirdiği bu düzenleme offshore şirketlere karşı Türk vatandaşlarını büyük ölçüde koruyacak niteliktedir.

HMK, MÖHUK ve diğer kanunlarda yer alan özel yetki kurallarına göre Türkiye’de yetkili bir mahkeme tesis edilebiliyorsa, dava bu

adli yardım sözleşmesinin 17. maddesi gereği muafiyetin, Cayman Adalarını kapsayacak şekilde ek bir protokolün (teşmil işleminin) yapılıp yapılmadığının sorularak neticesine göre bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme sonucu istemin reddi doğru değildir...”

mahkemede açılabilir; ancak, bu düzenlemelerin kapsamına girmeyen bir uyuşmazlık olduğunda ya da öngörülen bağlama noktaları Türkiye’de bulunmuyorsa bu halde yine Türkiye’de yetkili bir mahkeme tesis edilememesi durumu ile karşı karşıya kalınabilir.

HMK md.9’a göre offshore şirketin Türkiye’de malvarlığı varsa ve bu malvarlığı uyuşmazlık konusu ile bağlantılı ise, bu malvarlığının bulunduğu yerde de dava açılabilir. Kanaatimizce, offshore şirket aleyhine dava açılmak istendiğinde uyuşmazlık konusu ile bağlantılı bir malvarlığı Türkiye’de bulunmuyorsa, alacaklıların Türkiye’de başvurabileceği yetkili bir mahkeme tesis edilememiş olacağından, söz konusu düzenleme, halihazırda birçok avantajdan yararlanmakta olan offshore şirketler karşısında alacaklıları zor durumda bırakacak ve bu anlamda bir boşluğa sebep olacaktır. Bu durumda oluşan boşluğun kamu düzeni ya da *forum necessitatis* prensibi ile doldurulup doldurulamayacağı tartışma konusu olabilir; ancak Türk usul hukukunda yetkide kanunilik prensibi geçerlidir. Bu prensip gereği Türk mahkemelerinin hangi şartlar altında yetkili kabul edilebileceği ancak kanunla belirlenir; takdire dayalı ve siyasi yönü ağır basan değerlendirmelerle, mahkeme kararlarıyla, doktrin görüşleriyle Türk mahkemelerinin yetkisi tesis edilemez. Yukarıda detaylı olarak anlattığımız üzere, faaliyette buldukları ülkenin hukukuna tabi olmamak üzere “dizayn edilen” offshore şirketler aleyhine Türk mahkemelerinde dava açılmaması ihtimali doğabilir. Ancak bu halde dahi, kanaatimizce mevcut mevzuatımız çerçevesinde kamu düzeni, mücbir sebep ya da *forum necessitatis* prensibi gereği bir Türk mahkemesinin yetkisi kabul edilmeyecektir. Şayet bu tip şirketlere karşı Türk vatandaşlarının korunması amaçlanıyorsa ise, bu takdirde bazı hukuk sistemlerinde olduğu gibi, bu tip şirketlere ilişkin birtakım kriterler belirleterek yetki kuralları getirilmelidir.

Offshore şirketlerin Türkiye’de bir dava açması, davaya katılması ya da icra takibi yapması halinde teminat gösterme yükümlülüğü bulunup bulunmayacağı konusu da çalışmamızın bir bölümünü oluşturmaktadır. Offshore merkezlerin bir kısmı bağımsız devletler bir kısmı ise birden çok bölgesel birime ayrılmış olduğunu söyleyebileceğimiz bağımsız devletlerin birimleridir. bağımsız devlet konumunda olan offshore merkezlerin tabiiyetinde olan şirketlerin teminat yükümlülüğünden

muaf olup olmadığını belirlemek için, söz konusu devlet ile Türkiye arasında teminat yükümlülüğüne ilişkin olarak kanuni, akdi ya da fiili karşılıklılık olup olmadığını tespit etmemiz gerekir. Ancak, daha önce de belirttiğimiz gibi offshore merkezlerin büyük çoğunluğu bağımsız devletlerin bölgesel birimleri niteliğindedir. Örneğin, idare merkezi Birleşik Krallık'ın denizaşırı topraklarından olan İngiliz Virgin Adalarında bulunan, başka bir ifadeyle; Türkiye'de idare merkezi bulunmayan, bir yabancı şirketin teminat yükümlülüğünden muaf olup olmadığını tespit ederken, hangi devlet ile Türkiye arasında karşılıklılık olup olmadığını belirleyeceğimiz sorusu gündeme gelir. Bu durumda bu merkezlerin, bağımsız hukuk sistemleri olup olmadığı, kendi adlarına milletlerarası anlaşmalara taraf olup olmadıklarına, baka bir ifadeyle milletlerarası anlaşma akdetme yetkileri olup olmadığına bakmamız gerekecektir. İki taraflı anlaşmalar açısından da çok taraflı anlaşmalar açısından da aynı yöntemin izlenmesi gerekecektir. Bu açıdan şirketin bir offshore şirket olmasının veya olmamasının herhangi bir yabancı şirketten farkı yoktur; şirketin kurulduğu yer bakımından özellik arz eden bir durum ortaya çıkmaktadır.

ZUSAMMENFASSUNG

In unserer Arbeit haben wir zum Ausdruck gebracht, dass Briefkastengesellschaften Unternehmen sind, die ihren rechtlichen Unternehmenssitz nicht am Ort ihrer Verwaltung haben (in der Regel in einem Steuerparadies), dass sie grundsätzlich für Marketing-, internationale Transport- und Steuerzwecke im Ausland verwendet werden, dass sie als Unternehmen nur die grundlegenden Anforderungen für eine Gründung und Registrierung des Unternehmens erfüllen und dass sie ihre eigentliche Geschäftstätigkeit in einem anderen Land haben. Auch haben wir ausgeführt, dass es in der Türkei viele aktiv tätige Briefkastengesellschaften gibt und dass vor allem auch türkische Bürger sich für diesen Weg entscheiden.

Das Hauptthema unserer Arbeit ist die Frage, ob diese Unternehmen in der Türkei verklagt werden können oder nicht. Im Hinblick auf die internationale Zuständigkeit der türkischen Gerichte beim Thema Briefkastengesellschaft ergibt sich folgende Frage: Ist es zunächst überhaupt möglich, dass eine Klage gegen die Briefkastengesellschaft am zuständigen Gericht, also dem Gericht, an dem sie ihren Sitz hat, erhoben werden kann? Anders gesagt: Es ist erforderlich zu bestimmen, ob sich der tatsächlich eingetragene Verwaltungssitz der Briefkastengesellschaft in der Türkei befindet oder nicht. Dass solche Briefkastengesellschaften allein schon die Errichtung eines Verwaltungssitzes in der Türkei vornehmen, deutet auf den sich dahinter versteckenden Sinn und Zweck hin und ermöglicht eine Klageerhebung beim zuständigen Gericht. Falls sich in der Türkei jedoch eine Niederlassung, eine Agentur oder den Agenturhaftungen unterfallende Personen im Sinne des Art. 103 des türkischen Handelsgesetzbuch befinden, die im Namen und im Auftrag für die Briefkastengesellschaft tätig sind, oder falls ein Auskunftsbüro besteht, wird dies alles das Gericht, an dem die Briefkastengesellschaft ihren Sitz hat, dazu berechtigen eine Klage gegen diese zu erheben.

Nach den bestehenden besonderen Zuständigkeitsregelungen im türkische Zivilprozessgesetz, im türkische Gesetz Nr. 5718 über das internationale Privat- und Zivilverfahrensrecht und in anderen Gesetzen kann – sofern ein zuständiges Gericht in der Türkei errichtet werden kann die Klageerhebung vor diesem Gericht erfolgen. Falls jedoch ein nicht diesen Regelungen unterfallender Streitfall vorliegt oder falls die notwendigen Voraussetzungen in der Türkei nicht

erfüllt werden, dann kann es dazu kommen, dass kein zuständiges Gericht in der Türkei eingerichtet werden kann.

Sofern eine Briefkastengesellschaft Vermögenswerte in der Türkei besitzt und diese mit einer Streitfrage in Verbindung stehen, kann nach Art. 9 des türkischen Zivilprozessgesetz eine Klage auch an dem Ort erhoben werden, an dem sich diese Vermögenswerte befinden. Falls gegenüber der Briefkastengesellschaft eine Klage erhoben werden soll und sich keiner der im Streitgegenstand thematisierten Vermögenswerte in der Türkei befindet, dann werden unserer Meinung nach aufgrund des Umstandes, dass es für die Gläubiger kein zuständiges türkisches Gericht gibt, diese im Vergleich zu den privilegierten Briefkastengesellschaften stark benachteiligt und sich überlassen. Dies führt wiederum zu einer Gesetzeslücke. Dies führt zur strittigen Frage darüber, ob eine analoge Anwendung des Grundsatzes der öffentlichen Ordnung oder des forum necessitatis-Prinzips vorgenommen werden darf. Jedoch ist zu beachten, dass im türkischen Verfahrensrecht in Bezug auf die Zuständigkeit das Fesetzlichkeitsprinzip Anwendung findet. Nach diesem Prinzip können die Zuständigkeiten der türkischen Gerichte nur anhand von Gesetzen bestimmt werden. Die Zuständigkeit kann wiederum nicht anhand von Ermessensentscheidungen, politisch motivierten Einschätzungen, Gerichtsentscheidungen oder durch Lehrmeinungen bestimmt werden. Folglich kann sich für die Briefkastengesellschaften - die wie zuvor oben ausführlich beschrieben worden ist - nur deshalb gegründet werden, um dem Recht des Landes, in dem sie tätig sind, nicht zu unterliegen – der Vorteil ergeben, dass eine Klageerhebung vor einem türkischen Gericht nicht möglich ist. Aber auch in diesem Fall, wird unserer Meinung nach aufgrund der bestehenden gesetzlichen Bestimmungen die Zuständigkeit eines türkischen Gerichts nach dem Grundsatz der öffentlichen Ordnung, der höheren Gewalt oder des forum necessitatis-Prinzips nicht anerkannt. Falls jedoch die Türkei ihre Einwohner vor solchen Unternehmen beschützen möchte, dann können diesbezüglich, wie es auch in anderen Rechtssystemen üblich ist, einige Kriterien festgelegt werden, sodass Zuständigkeitsregelungen geschaffen werden können.

Des weiteren besteht ein Teil unserer Arbeit darin die Frage zu klären, ob Briefkastengesellschaften in der Türkei dazu verpflichtet sind Sicherheiten zu hinterlegen, falls sie eine Klage erheben, an einem Verfahren teilnehmen oder eine Zwangsvollstreckung durchführen möchten. Der Sitz einiger Briefkastengesellschaften befindet sich in souveränen Staaten. Einige andere wiederum sind

Teile von souveränen Staaten, die in mehrere regionalen Einheiten gegliedert sind. Um festzustellen, ob Unternehmen, die in Offshore Gebieten der Staatsangehörigkeit von souveränen Staaten unterliegen, von einer Pflicht zur Hinterlegung von Sicherheiten befreit sein können, müssen wir diesbezüglich die Gesetze, die Verträge oder faktische Gefälligkeiten zwischen dem in Betracht kommenden Staat und der Türkei miteinander vergleichen. Wie wir zuvor bereits erwähnt haben, befindet sich der Sitz vieler Briefkastengesellschaften in souveränen Staaten, die in mehrere regionale Einheiten gegliedert sind. Zum Beispiel unterstehen die Britischen Jungferninseln als Überseegebiet der Souveränität des Vereinigten Königreichs. Diese Konstellation führt vor, dass bei der Beurteilung der Frage, ob ein ausländisches Unternehmen ohne Hauptverwaltungssitz in der Türkei von einer Pflicht zur Hinterlegung von Sicherheiten befreit werden kann oder nicht, der Umstand berücksichtigt werden muss, ob zwischen diesem Staat und der Türkei Vereinbarungen bestehen. In diesem Fall ist zu prüfen, ob die Staaten, in denen sich die Hauptsitze befinden, über ein unabhängiges Rechtssystem verfügen und ob sie in ihrem eigenen Namen an internationalen Abkommen beteiligt sein dürfen. Mit anderen Worten, ob sie zum Abschluss von internationalen Abkommen ermächtigt sind. Diese Vorgehensweise muss sowohl bei bilateralen als auch bei multilateralen Abkommen angewandt werden. In dieser Hinsicht macht es keinen Unterschied, ob es sich bei dem Unternehmen um eine Briefkastengesellschaft handelt oder nicht. Vielmehr ist entscheidend, wo sie gegründet worden ist.

KISALTMALAR CETVELİ

BAM	: Bölge Adliye Mahkemesi
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
Bkz.	: Bakınız
dn.	: Dipnot
D.E.Ü.	: Dokuz Eylül Üniversitesi
E.	: Esas
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu,
ICSID	: International Centre for Settlement of Investment Disputes
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İÜHF	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İn.ÜHFD	: İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
K.	: Karar
md.	: Madde
MHB	: Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
MK	: Medeni Kanun
MÖHUK	: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
No./no.	: numara
OECD	: Organisation for Economic Co-operation and Development
Par.	: Paragraf
RG	: Resmi Gazete
s.	: sayfa

T.	: Tarih
TBB.	: Türkiye Barolar Birliği
T.C.	: Türkiye Cumhuriyeti
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
v.	: versus
vd.	: ve devamı
Vol.	: Volume
Y.	: Yıl
Yar.	: Yargıtay
YGHK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

KAYNAKÇA

- Acun Mekengeç Merve, "Türk Hukuku'nda Teminat Gösterme Yükümlülüğü", *MHB*, Yıl:37, Sayı:2, s.1-41.
- Akın Özlem Canbeldek, *Milletlerarası Derdestlik (Lis Pendens)*, On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Akıncı Ziya, *Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Sözleşmesine Dayanan Yabancı Derdestlik*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2002.
- Antoine R-M, *Trusts and Related Tax Issues in Offshore Financial Law*, Oxford University Press, 2005.
- Arat Tuğrul, *Ticaret Şirketlerinin Tabiiyeti*, Sevinç Matbaası, 1970.
- Arslan İlyas, *Milletlerarası Özel Hukukta Mutad Mesken Kavramı*, On İki Levha Yayıncılık, 2014.
- Arslan İlyas, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Milletlerarası Özel Hukuka Etkisi*, Adalet Yayınevi, 2019.
- Arslan İlyas, "COVID-19 Salgını Nedeniyle Yabancı Devlet Mahkemelerine Başvurulamayan Hallerde Mücbir Sebep Olgusuna İstinaden Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisinin Tesisi Mümkün Müdür?," *Lexpera Blog*, (Çevrimiçi), <https://blog.lexpera.com.tr/covid-19-salgini-nedeniyle-turk-mahkemelerinin-milletlerarası-yetkisinin-tesisi-mumkun-mudur/#fnref41>.
- Arslan Ramazan/Yılmaz Ejder/Taşpınar Ayvaz Sema/Hanağası Emel, *Medeni Usul Hukuku*, 5. Baskı, 2019.
- Arslan Ramazan/Yılmaz Ejder/Taşpınar Ayvaz Sema/Hanağası Emel, *İcra ve İflas Hukuku*, Yetkin Yayınları, 5. Baskı, 2019.
- Arsantaş Mete, "Milletlerarası Özel Hukukta İstinabe", Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2010.
- Atalı Murat/Ermenek İbrahim/Erdoğan Ersin, *Medenî Usûl Hukuku*, Yetkin Yayınları, 2. Baskı, 2019.
- Aybay Rona/ Özbek Nimet/ Ersen Perçin Gizem, *Vatandaşlık Hukuku*, Siyasal Kitabevi, 1. Baskı, 2019.
- Aygül Musa, *Milletlerarası Özel Hukukta Şirketlere Uygulanacak Hukukun Tespiti*, Seçkin Yayıncılık 2007.

- Büyükyılmaz Uğur, Sermaye Şirketlerinde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2015, (Çevrimiçi), <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi>.
- Can Ozan, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Acentelikle İlgili Hükümlerinin Değerlendirilmesi, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Yıl: 2012, Cilt: 18, Sayı: 2, s.81-96.
- Çalışkan Yusuf, "Türk Tabiiyetinde Olan Kişiler İle İlgili Davalar Işığında Amerikan Milletlerarası Yargılama Hukukundaki Bazı Temel Kavramlar", *TBB Dergisi*, Sayı: 62, 2006.
- Çalışkan Zeynep, *Milletlerarası Usul Hukukunda Teminat*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013.
- Çelikel Aysel /Erdem Bahattin Bahadır, *Milletlerarası Özel Hukuk*, Beta Yayınevi, 16. Baskı, 2020.
- Çelikel Aysel/Öztekin Gelgel Günseli, *Yabancılar Hukuku*, Beta Yayınevi, 25. Baskı, 2020.
- Çelikel Aysel/Şanlı Cemal/Esen Emre, *Türk Milletlerarası Özel Hukuk Mevzuatı*, Beta Yayınevi, 18. Baskı, 2020.
- Demir Gökyayla Cemile, Milletlerarası Özel Hukukta Vesayet, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 10, Sayı: 1, Ocak 2011, s.403-427.
- Demir İskenderoğlu Sıdika Ayşegül, "Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi", Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2008, (Çevrimiçi), <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi>.
- Demirkol Berk, "Yatırım Tahkiminde Paravan Şirketlerin Yol Açtığı Yetki Sorunları", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 2012, Cilt: 28, Sayı:3, 301-357.
- Demirkol Berk, *Milletlerarası Yetki Anlaşmaları*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018.
- Dişli Süheyla Ahsen, *Milletlerarası Özel Hukukta Offshore Şirketler*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2013, (Çevrimiçi), <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi>.
- Doğan Vahit, *Türk Vatandaşlık Hukuku*, Savaş Yayınevi, Güncellenmiş 16. Baskı, 2019.
- Doğan Vahit, *Milletlerarası Özel Hukuk*, Savaş Yayınevi, 6. Baskı, 2020.
- Duff David G, "Responses to Tax Treaty Shopping: A Comparative Evaluation", (Çevrimiçi), <<https://ssrn.com/abstract=1688689>>

- Egemen Demir Işıl, *ICSID Tahkiminde Kişi Bakımından Yetki*, Filiz Kitabevi, 2014.
- Ekşi Nuray, *Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi* (Milletlerarası Yetki), Beta Yayıncılık, 2. Baskı, 2000.
- Elçin Doğa, *Vesâyet ve Kısıtlılık Kararı Verilmesine veya Sona Ermesine ve Vesâyetin Yürütülmesine Uygulanacak Hukuk, Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi ve Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması*, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 67 (2), 2018, s. 279-354.
- Erdem Bahattin Bahadır, *"Milletlerarası Özel Hukukta İstinabe"*, *MHB*, Yıl: 1989, Cilt: 9, Sayı:2, s.121 - 133.
- Erdem Bahattin Bahadır, *Türk Vatandaşlık Hukuku*, Beta Yayınevi, 7. Baskı, 2019.
- Erdos Eva, *"Tax Optimization, Tax Avoidance or Tax Evasion? Contributions To The Offshore Companies' Legal Background"*, *Curentul Juridic, The Juridical Current, Le Courant Juridique*, Petru Maior University, Faculty of Economics Law and Administrative Sciences and Pro Iure Foundation, Vol. 42, Çevrimiçi: (https://old.upm.ro/facultati_departamente/ea/RePEc/curentul_juridic/rcj10/recjurid103_4F.pdf Erişim 15.11.2012)
- Esen Emre, *"Hukuk Usulüne Dair La Haye Sözleşmesi Kapsamında Yabancı Tüzel Kişilerin Teminat Yükümlülüğünden Muafiyeti"*, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi –İnÜHFD-* Cilt:9 Sayı:1,Yıl: 2018, s. 1-26.
- Esen Emre, *"Milletlerarası Özel Hukukta Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması"* (Tüzel Kişilik Perdesi), Beta Yayınevi, 2012, 1. Baskı, s. 1.
- "Fact Sheet On The UK's Relationship With The Crown Dependencies"* <https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/185870/crown-dependencies.pdf>
- Giray Faruk Kerem, *Milletlerarası Yatırım Tahkiminde Kamulaştırmadan Doğan Tazminat ve Tazminatın Hesaplanmasında Kullanılan Yöntemler*, Beta Yayınevi, 2. Baskı, 2013.
- "Guidelines on Extension of Treaties to Overseas Territories"* <<https://www.gov.uk/government/publications/guidelines-on-extension-of-treaties-to-overseas-territories>>, Erişim: 25 Ağustos 2020
- Güner Cemil, *Türk Ticaret Kanununun "Yabancı Tacirlerin Acentelerinin Davada Temsil Yetkisi" ne İlişkin Hükmünün Milletlerarası Özel Hukuk Açısından Değerlendirilmesi*, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi – İÜHFD* 10(2), 2019, s.521-538.

Güngör Gülin, *Tabiiyet Hukuku*, Yetkin Yayınları, 8. Baskı, 2020.

Güngör Gülin, *Türk Milletlerarası Özel Hukuku*, Yetkin Yayınları, 2021

Hoşyumruk Şennur, Vergi Cennetleri, Tercihli Vergi Rejimleri ve Zarar Verici Vergi Rekabetinin OECD Ülkeleri ve Türkiye Açısından Değerlendirilmesi, Eskişehir Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Doktora Tezi), <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi>, 2003

Kalpsüz Turgut, Müvekkillerine İzaften Acentalara Karşı Dava Açılması ve Takip Yapılması, *BATİDER*, 1983, C: 13, S:1

Kara Hacı, Türk Hukukunda İrtibat Bürosu ve Özellikleri, *İzmir Barosu Dergisi*, Eylül, 2018.

Karasu Gülçin, “Küreselleşmenin Vergileme Alanında Yarattığı Sorunlar: Vergi Rekabeti, Vergi Cennetleri ve Türkiye”, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2006, (Çevrimiçi), <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi>.

Karsan M. Erol, Vergi Kaçırma ve Vergiden Kaçınma ile Mücadelede Uluslararası İşbirliği Maliye ve Gümrük Bakanlığı Yayınları, 1984.

Karslı Abdurrahim, *Medeni Muhakeme Hukuku*, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, 2020.

Kaya Arslan, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi-Birinci Kitap-Acentelik*, Beta Yayınevi, 2013.

Kayıhan Şaban, *Türk Ticaret Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu Işığında Türk Hukukunda Acentelik Sözleşmesi*, Umuttepe Yayınları, Güncellenmiş 5. Baskı, 2018.

Kiendl Krišto, Ivana/ Thirion, Elodie, An Overview of Shell Companies In the European Union, EPRS | European Parliamentary Research Service, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/627129/EPRS_STU\(2018\)627129_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/627129/EPRS_STU(2018)627129_EN.pdf).

Külüşlü Emre, *Milletlerarası Usul Hukuku Çerçevesinde Acentenin Müvekkilini Mahkemede Temsil Etme Yetkisi*, On İki Levha Yayınları, 2020.

McGauran Katrin, Ending Regulatory Avoidance Through The Use Of Letterbox Companies, **European Economic, Employment and Social Policy – N° 3/2020**, **Permanent link:** <https://www.etui.org/publications/policy-briefs/european-economic-employment-and-social-policy/ending-regulatory-avoidance-through-the-use-of-letterbox-companies>.

- Mora Paul David, "Universal Civil Jurisdiction and Forum Necessitatis: The Confusion of Public and Private International Law in Naït-Liman v. Switzerland", *Netherlands International Law Review*, Vol. 65, No: 2, 2018, s. 155-183.
- Moroğlu Erdoğan, Anonim Ortaklıkların Tabiiyeti ve Tanınması, *Ergin Nomer'e Armağan*, MHB, Yıl: 2002, Cilt:22 , Sayı: 2, s. 413 - 420.
- Nikiéma Suzy H., "Best Practices Definition of Investor", Best Practice Series, 2012, (Çevrimiçi), <iisd.org/sites/default/files/publications/best_practices_definition_of_investor.pdf>
- Nomer Ergin, *Türk Vatandaşlık Hukuku (Vatandaşlık)*, Filiz Kitabevi, 27. Baskı, 2020.
- Nomer Ergin, *Devletler Hususi Hukuku*, Beta Yayınevi, 22. Baskı, 2017.
- Nomer Ergin, Yabancılar Arasındaki Nafaka Davalarında Türk Mahkemelerinin Yetkisi, XXXIV (1969) 1-4 *İHFM*,
- Nuyts Arnaud, "Study on Residual Jurisdiction (Review of the Member States' Rules concerning the "Residual Jurisdiction" of their courts in Civil and Commercial Matters pursuant to the Brussels I and II Regulations", (Çevrimiçi), <http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_residual_jurisdiction_en.pdf>
- Nwapi C., Jurisdiction by Necessity and the Regulation of the Transnational Corporate Actor, *Utrecht Journal of International and European Law*, 30(78), s.24-43.
- Önal Ali, Yabancı Unsurlu İflâs Davalarında Türk Mahkemelerinin Yetkisi Sorunu, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 2881-2907.
- Öz Semih, *Uluslararası Vergi Rekabeti ve Vergi Cenneti*, Maliye ve Hukuk Yayınları, 2005.
- Özdemir Kocasakal Hatice, "Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK md. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları", *MHB*, Yıl:30, Sayı:1-2, s.27-62.
- Özkan Işıl, *Devletler Özel Hukukunda İkametgah, Mutad Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi*, Naturel Yayınevi, 2003.
- Özkan Işıl, Adil Yargılanma Hakkı'nın Uluslararası Özel Hukuka Etkisi, *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, C. 19, Özel Sayı-2017, s. 1767-1834.

- Özkan Işıl/ Tütüncübaşı Uğur, *Uluslararası Usul Hukuku*, Adalet Yayınevi, 2017
- Öztürk Necla/Yarar Güven/Arslan Şule, "Avrupa Birliği Konseyi 2016/1104 Sayılı Tüzük Hükümleri Çerçevesinde Kayıtlı Birliktelek Kurmuş Çiftlerin Malvarlığına Uygulanacak Hukuk", Yetkili Mahkeme ve Tanıma-Tenfiz Meseleleri, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi –İÜHFD-* Cilt:8 Sayı:2, Yıl 2017.
- Palan Ronen/ Murphy Richard/Chavagneux Christian, *Tax Havens: How Globalization Really Works*, Cornell University Press, 2010.
- Paschalis Paschalidis, *Freedom of Establishment and Private International Law For Corporations*, Oxford University Press, 2012.
- Pekcanıtez Hakan/Atalay Oğuz/Özekes Muhammed, *Medeni Usul Hukuku*, Yetkin Yayınları, 8. Baskı, 2020.
- Sağlam İpek, "Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanmasına Genel Bir Bakış", I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi*, 2008.
- Serozan Rona, *Tüzel Kişiler : Özellikle : Dernekler ve Vakıflar*, Filiz Kitabevi, 2. Baskı, 1994.
- Siemens Edward E, *Offshore Company Law*, Academy and Finance, 2009.
- Sökmen Güler Ekin, "Forum Non Conveniens Doktrini ve Uluslararası Paralel Davalar", *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan, C. 21, Özel S., 2019, s.2629-2658.
- Süral Ceyda, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisine Etkisi" (2012) 26, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 167-216.
- Şanlı Cemal, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, Beta Yayınevi, 7. Baskı, 2019.
- Şanlı Cemal/ Esen Emre/ Ataman Fıganmeşe İnci, *Milletlerarası Özel Hukuk, Vedat Kitapçılık*, 5. Baskı, 2020.
- Tanrıver Süha, *Medeni Usul Hukuku, Cilt 1, Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması*, Yetkin Yayınları, 2. Baskı, 2018.
- Tekinalp Gülören, "Türk Hukukunda Ortaklıkların Vatandaşlığı", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin 50. Yıl Armağanı - Cumhuriyet Döneminde Hukuk*, İstanbul Üniversitesi, 1973.
- Tekinalp Gülören, *Milletlerarası Özel Hukuk-Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları*, Vedat Yayıncılık, 13. Baskı, 2020.

- Tunçomağ Kenan, "İkametgâh", *İÜHFM*, Cilt: 26, Sayı: 4-5, Yıl: 1961, s. 153- 184.
- Turhan Turgut, "Davacının veya Davaya Katılanın Teminat Gösterme Yükümlülüğü", *Prof. Dr. Osman F. Berki' ye Armağan*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1977.
- Tütüncübaşı Uğur, 'Milletlerarası Usul Hukukunda Teminat Gösterme Yükümlülüğü', *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:12, Sayı: 2, 2010, s. 183-223.
- Ulus Karataş Ayşe Elif, Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair 1996 Tarihli Lahey Sözleşmesi ve Türk Milletlerarası Özel Hukukuna Etkisi, *MHB*, Cilt: 37, Sayı: 2, 911-1003.
- Umar Bilge, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, Yetkin Yayınları, 2. Baskı, 2014.
- Vardar Hamamcıoğlu Gülşah, *Türk Medeni Kanunu'na Göre Yerleşim Yeri*, On İki Levha Yayıncılık, 2009.
- Vern Krishna, "Treaty Shopping and the Concept of Beneficial Ownership in Double Tax Treaties" (2009) 19, *Canadian Current Tax*.
- Vogel Klaus, "Double Tax Treaties and Their Interpretation" (1986) 4, *Berkeley Journal of International Law*, Vol:4, No:1, 1986.
- Yetkiner Erkan, "Vergi Cennetleri ve Yabancı Sermaye'nin Vergi Cenneti Ülkeleri Seçme Nedenleri", *Vergi Sorunları Dergisi*, Sayı: 235, 2001.
- Yılmaz Cem Adil, "Vergi Planlaması Türk Vergi Mevzuatı ve Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşmaları Kapsamında Değerlendirilmesi", İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (Çevrimiçi), <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi>, 2007.
- Yılmaz Ejder, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, Yetkin Yayınları, 3. Baskı, 2017.
- Yılmaz İlhan, *Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID*, Beta Yayınevi, 2004.

ÇEVİRİLER/ÜBERSETZUNGEN

Alman Federal Mahkemesi 4. Hukuk Dairesi'nin Sorumluluk Sigortacısının Rücû Talebine Uygulanacak Hukuk ve Yabancı Hukukun Muhtevasının Tespitine İlişkin 18.03.2020 Tarih ve IV ZR 62/19 Sayılı Kararı*

Çev. / Übersetzt von

Araş. Gör. Halil Alperen IŞIK**

Halk Adına

Hüküm

IV ZR 62/19

İlan Tarihi:

18 Mart 2020

Heinekamp

Denetmen

(Mahkeme Kaleminde

Zabıt Katibi sıfatıyla)

Hukukî Uyuşmazlıkta

Referans (Nachschlagewerk): Evet

Alman Federal Mahkemesi'nin Hukuk Davalarındaki Kararları (BGHZ)¹: Hayır

Alman Federal Mahkemesi'nin Sistemik Derlemesi (BGHR)²: Evet

* Karar için: <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&az=IV%20ZR%2062/19&nr=105087>. (Erişim Tarihi: 29.11.2020).

** Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi (haisik@ybu.edu.tr- ORCID: 0000-0003-4189-2781).

¹ Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (Alman Federal Mahkemesinin özel hukuka ilişkin kararlarının Carl Heymanns Verlag GmbH tarafından yayınlanan sistematik derlemesi).

² Bundesgerichtshofes- Rechtsprechung (Alman Federal Mahkemesinin özel

593/2008 sayılı Akdî Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Tüzüğü³ (Roma I) m. 7/II, m. 7/IV-b, m. 7/V, m. /VI, m. 15;

864/2007 sayılı Akitdışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Tüzüğü⁴ (Roma II) m.19;

2009/138 / EC sayılı sayılı Sigorta ve Reasürans İşlerine Başlanması ve Yürütülmesi hakkında Avrupa Konseyi ve Parlamentosu Direktifi⁵ m. 13/XIII-b, m. 310 ve Ek VII;

Medeni Kanuna Giriş Kanunu⁶ (Alman Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu) m. 46d;

Medeni Usûl Kanunu⁷ 293. Paragraf

hukuk, usûl hukuku, ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukukuna ilişkin kararlarının Carl Heymanns Verlag GmbH tarafından yayınlanan sistematik derlemesi).

- ³ Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I). Tüzük için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008R0593&from=DE> (Erişim Tarihi: 29.11.2020).
- ⁴ Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom II). Tüzük için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32007R0864&from=DE> (Erişim Tarihi: 29.11.2020).
- ⁵ Richtlinie 2009/138/EG des Europäischen Parlaments Und Des Rates vom 25. November 2009 betreffend die Aufnahme und Ausübung der Versicherungs- und der Rückversicherungstätigkeit (Solvabilität II). Direktif için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009L0138&from=DE> (Erişim Tarihi: 29.11.2020).
- ⁶ Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (EGBGB). Çevirenin notu: Söz konusu Kanun, Medeni Kanuna Giriş Kanunu adını taşısa da Alman hukukundaki kanunlar ihtilâfi kurallarının yer aldığı bir Kanun olması nedeniyle "Alman Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu" olarak da çevirilebilir. Kanun için bkz. <https://www.gesetze-im-internet.de/bgbeg/EGBGB.pdf> (Erişim Tarihi: 29.11.2020).
- ⁷ Zivilprozessordnung (ZPO). Kanun için bkz. <https://www.gesetze-im-internet.de/zpo/ZPO.pdf> (Erişim Tarihi: 29.11.2020).

1. Litvanyalı motorlu taşıt sorumluluk sigortacısının, Litvanya'da trafik siciline kayıtlı motorlu bir araçla alkolün etkisi altındayken Almanya'da kaza yapan sürücüye karşı ileri sürdüğü rücû talebine Litvanya hukukunun uygulanması (hakkında).
2. Alman duruşma hâkimi tarafından yabancı hukukun hatalı değerlendirme ile tespiti (hakkında)

BGH⁸, 18 Mart 2020 tarihli karar - IV ZR 62/19 – Berlin Eyalet Yüksek Mahkemesi⁹

Berlin Eyalet Mahkemesi¹⁰

Alman Federal Mahkemesi'nin 4. Hukuk Dairesi'nin Başkan Hâkim Mayen, üyeler Hâkim Felsch ve Hâkim Prof. Dr. Karczewski, Hâkim Dr. Brockmöller ve Hâkim Dr. Götz ile teşekkül eden heyeti, 21 Şubat 2020'ye kadar lahikaların sunulabileceği ve ZPO § 128/II'ye göre yürütülen yazılı yargılama çerçevesinde,

Davalının temyizi üzerine, Berlin Eyalet Yüksek Mahkemesi 22. Hukuk Dairesi'nin 18 Şubat 2019 tarihli kararının, temyiz eden davalının aleyhine olduğu ölçüde bozulmasını,

Bozma kapsamında, konunun yeniden müzakere edilmesi, karara bağlanması ve temyiz masrafları hakkında da karar verilmesi için dosyanın istinaf mahkemesine geri gönderilmesine hükmedilmesini

Haklı bulmuştur.

Hukukî mesele olarak

Olay

- 1 Litvanya'da yerleşik bir sorumluluk sigortacısı olan davacı, sorumluluğunu müştereken sigortaladığı davalı sürücüye karşı, trafik kazasından sonra rücûen tazminat talebinde bulunmuştur.
- 2 Davalı, davacı tarafından sorumluluğu sigorta edilen Litvanya siciline kayıtlı bir aracı alkollü olarak Berlin'de kullanırken başka bir araçla

⁸ Bundesgerichtshof (BGH)

⁹ Kammergericht (KG)

¹⁰ Landesgericht (LG)

çarpışarak kaza yapmıştır. Kazadan iki saat sonra davalı sürücünden alınan kan örneğinde, davalının kanındaki alkol oranının %1,9 olduğu anlaşılmaktadır. Davacı, karşı tarafın uğradığı zararı telafi ettirmiştir.

- 3 Davacı, zarar görene ödenen tazminatın yanı sıra zararın tasfiyesine yönelik masrafların tamamının davalı tarafça karşılanması gerektiği düşüncesindedir. Bu iddia, ihtilâf durumunda sigorta sözleşmesine uygulanacak hukuk olan Litvanya hukukuna dayandırılmaktadır.
- 4 Berlin Eyalet Mahkemesi davacının temerrüt faizi ile birlikte 6.306.30 € ödenmesine ilişkin açtığı davayı reddetmiştir. Eyalet Yüksek Mahkemesi ise davacının bu talebini büyük oranda kabul ederek, davalının davacıya faiziyle birlikte 5.558,76 € ödemesine hükmetmiştir. Eyalet Yüksek Mahkemesi tarafından izin verilen temyiz talebi ile davalı, ilk derece mahkemesi kararı ile tesis edilen hukukî duruma geri dönmeyi yani durumu eski haline getirmeyi amaçlamaktadır.

Kararın Gerekçeleri

- 5 Temyiz, istinaf mahkemesince verilen kararın bozulması ve konunun istinaf mahkemesine geri gönderilmesine ilişkin talep esas alınarak yürütülmüştür.
- 6 I. İstinaf mahkemesi¹¹, davacının, motorlu taşıt işletenlerin sigorta ettirme mecburiyetine ilişkin Litvanya kanununun (bundan böyle KfZPflVG olarak anılacaktır)¹² m. 22/I-1 hükmü uyarınca yaptığı tazminat ödemelerini davalıdan almaya hakkı olduğuna (temyiz süreciyle ilgili olduğu ölçüde) hükmetmiştir.
- 7 Litvanya hukukunun uygulanması, 17 Haziran 2008 tarih ve 593/2008 sayılı Akdî Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Tüzüğü'nün (Roma I) hukuk seçiminin yapılmadığı durumlarda sigortacının mutad meskeni daha doğrusu işyeri

¹¹ Karar için bkz. Zeitschrift für Versicherungsrecht Haftungs- und Schadensrecht (Kısaca VersR) 2019, 748 ve <https://beck-online.beck.de/Bcid/Y-300-Z-BECKRS-B-2017-N-155378> (Erişim Tarihi: 29.11.2020).

¹² Çevirenin notu: Bundan sonra Litvanya Karayolu Zorunlu Malî Sorumluluk Sigortası Kanunu (KZMSSK) olarak anılacaktır.

hukukunu yetkilendiren m. 7/II hükmünün sonucudur. Roma I Tüzüğü anlamında “akdî borç ilişkileri” kavramı, öncelikle, bu kavramın 11 Temmuz 2007 tarih ve 864/2007 sayılı Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Tüzüğünde (Roma II) düzenlenen “akit dışı borç ilişkileri” kavramı karşısında sınırlandırılmasıyla tespit edilir. Buna karşın sözleşme tanımı geniş yorumlanmalıdır. Üçüncü kişinin¹³, üçüncü kişi lehine bir sözleşmenin tarafıyla (sigorta ettiren sürücü) olan ilişkisi akdî yükümlülükler içerisinde değerlendirilmektedir. Motorlu taşıt zorunlu malî sorumluluk sigorta sözleşmesi, müştereken sigorta edilmiş sürücünün taleplerinin temelini oluşturur ve üçüncü kişi lehine yapılmış özel bir sözleşme görüntüsü arz eder. Bu durum, Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın zarar gören üçüncü kişinin sigortacıya karşı doğrudan talep hakkını akdî olarak değerlendiren içtihadıyla da örtüşmektedir.

- 8 Litvanya Karayolu Zorunlu Malî Sorumluluk Sigortası Kanunu m. 22/I-1’de ifade edildiği üzere, sürücünün alkollü araç kullanarak zarara sebebiyet vermesi halinde, tazminat ödeyen sigortacı, sigorta ettiren faile (sürücüye) karşı rüçû hakkına sahiptir. Bu hükümde söz konusu rüçû hakkının kullanılmasına ilişkin şartlar belirtilmiş olup, hükmün içeriği taraflar arasında uyuşmazlık konusu değildir.
- 9 Litvanya hukukunun, sigortacının işletene yöneltebileceği rüçû taleplerindeki durumun aksine, sigortacının sürücüye yöneltebileceği rüçû talebi bakımından (kademeli de olsa) herhangi bir sınırlama öngörmemesi, kamu düzeninin ihlali anlamına gelmeyecektir.
- 10 II. Bu değerlendirmeler, bütünüyle hukuka uygun değildir.
- 11 1. Bununla birlikte, istinaf mahkemesi, isabetli olarak davacı sigortacı tarafından öne sürülen talebin meşruiyetinin, davalının Roma II Tüzüğü m. 4/I hükmü¹⁴ gereğince uygulama alanı bulan Alman hukukuna

¹³ Çevirenin notu: Bu vaka bakımından kazanın zarar gören tarafı (*der Unfallgegner/ der Dritte*).

¹⁴ Roma II m. 4/I: Bu Tüzükte aksi belirtilmedikçe, haksız fiilden doğan akit dışı bir borç ilişkisi, zarara yol açan olayın meydana geldiği devlet ve o olayın dolaylı sonuçlarının meydana geldiği devlet dikkate alınmaksızın zararın meydana geldiği devletin hukukuna tabidir.

(vgl.¹⁵ EuGH¹⁶ VersR 2016, 797 Rn.¹⁷ 51 m. w. N.¹⁸)¹⁹ göre zarar görene karşı sorumlu olup olmadığı hususu ve eldeki uyuşmazlıkla ilgili olmakla birlikte sorumluluğunun²⁰ (StVG § 18/I²¹, BGB § 823/I²²) kapsamına (miktarına) bağlı olarak büyük ölçüde Litvanya hukukuna göre değerlendirilmesi gerektiği sonucuna varmıştır. Litvanya hukukunun davacı ile davalı arasındaki akdî ilişkiye uygulanabilirliği, Roma I Tüzüğü'nün m. 7/IV-b²³ hükmündeki yollama nedeni ile uygulama alanı bulan Medeni Kanuna Giriş Kanunu 46d²⁴ (eski 46c) hükmünden kaynaklanmaktadır.

¹⁵ vergleichen:karşılaştırınız

¹⁶ Europäischer Gerichtshof: Avrupa Birliği Adalet Divanı.

¹⁷ Randnummer: Kenar numarası.

¹⁸ mit weiteren Nachweisen: Ayrıntılı bilgi için

¹⁹ Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 21. 1. 2016 tarih ve C-359/14 + C-475/14 numaralı Ergo Insurance SE kararı için bkz. <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?oqp=&for=&mat=or&lgrc=hu&jge=&td=%3BALL&jur=C%2CT%2CF&num=C-359%252F14&page=1&dates=&pcs=Oor&lg=&pro=&nat=or&cit=none%252CC%252CCJ%252CR%252C2008E%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252Ctrue%252Cfalse%252Cfalse&language=en&avg=&cid=14658328> (Erişim Tarihi: 14.08.2020).

²⁰ Çevirenin notu: Kararın aslında kullanılan "einstandspflicht" kavramı, bir kişinin akdî ya da akit dışı bir sebeple bir başkası adına üstlendiği sorumluluğu tanımlamak için kullanılmaktadır.

²¹ Straßenverkehrsgesetz- Alman Karayolları Trafik Kanunu (StVG) § 18/I: § 7/I kapsamındaki durumlarda, motorlu taşıt işleteni § 8 ila 15 hükümleri uyarınca hasarı tazmin etmekle yükümlüdür.

²² Bürgerliches Gesetzbuch- Alman Medenî Kanunu (BGB) § 823 /I: Kasten veya ihmal sonucu bir başkasının hayat, beden bütünlüğü, sağlık, özgürlük, mülkiyet ya da başka bir hakkını ihlal eden herkes ortaya çıkan zararı tazmin etmekle yükümlüdür.

²³ Roma I m.7/IV-b: Bir Üye Devletin sigorta ettirilmesini zorunlu kıldığı riskleri teminat altına alan sigorta sözleşmelerine aşağıdaki hükümler uygulanır;
b) Bir üye devlet, bu maddenin 2. ve 3. Fıkralarındaki istisnalar yoluyla, sigorta sözleşmesinin sigorta yaptırma yükümlülüğü getiren üye devletin hukukuna tabi olmasını kararlaştırabilir.

²⁴ EGBGB m. 46d: (1) Avrupa Birliği üyesi bir devletin veya Avrupa Ekonomik Alanı Anlaşması'na taraf olan başka bir devletin, sigortalama yükümlülüğü

- 12 a) İstinaf Mahkemesince de doğru bir şekilde tanındığı üzere, taraflar arasındaki borç ilişkisiyle ilgili olarak, Roma II Tüzüğü değil (daha fazla bilgi için bkz. EuGH VersR 2016, 797 Rn. 43 vd.), akdî yükümlülükle ilgili olan Roma I Tüzüğü uygulama alanı bulacaktır. Bir anlaşmazlık durumunda, davacı (sigortacı) tarafından öne sürülen talebin, kazanın karşı tarafının (zarar gören) davalıya yönelttiği ve sigortacının kanunî hâlefiyet gereği devraldığı talep mi (temeli haksız fiil olan) yoksa sigorta ettirenle arasındaki sözleşmeye dayanan bir talep mi (temeli sözleşme olan) olduğu hususu net olarak belirlenemeyebilir.
- 13 İlk durumda, Roma I Tüzüğü'nün uygulanabilirliği, Roma I Tüzüğü'nün m. 15²⁵ hükmünün aksine, kazanın karşı tarafının (zarar görenin) talebinin akit dışı karakteri sebebiyle uygulama alanı bulan Roma II Tüzüğü'nün m. 19²⁶ hükmünden kaynaklanmaktadır. Bu hüküm, üçüncü tarafın yani bu hüküm bakımından sorumluluk sigortacısının, zarar görene karşı üstlendiği tazminat yükümlülüğünü idare eden hukukun, sigortacının zarar görenin haklarına hâlef olup olamayacağına (bkz. EuGH VersR 2016, 797 Rn. 57) eğer olacaksa hâlefiyetin kapsamı bakımından be-

öngördüğü riskler için yapılan bir sigorta sözleşmesi, bu devletin kendi hukukunun uygulanmasını zorunlu kılması şartıyla, bu devletin hukukuna tabidir.

(2) Alman hukukunda öngörülen bir sigorta ettirme yükümlülüğü neticesinde yapılan bir sigorta sözleşmesi Alman hukukuna tabidir.

- ²⁵ Roma I m. 15: Bir kişinin (alacaklı) diğer bir kişiye (borçlu) karşı akdî bir borç ilişkisinden kaynaklanan bir talebi varsa ve üçüncü bir kişi alacaklıyı tatmin etme yükümlülüğü altına girmişse veya borcunu ifa eden borçluyu tatmin etmişse, üçüncü kişinin alacaklıya karşı sorumluluğunu idare eden hukuk, üçüncü kişinin alacaklının borçlu ile arasındaki ilişkiyi idare eden hukuka göre sahip olduğu hakları borçluya karşı kullanıp kullanamayacağını ve bunların kapsamını da belirler.
- ²⁶ Roma II m. 19: Bir kişinin (alacaklı) diğer bir kişiye (borçlu) karşı akit dışı bir borç ilişkisinden kaynaklanan bir talebi varsa ve üçüncü bir kişi alacaklıyı tatmin etme yükümlülüğü altına girmiş veya borcunu ifa eden borçluyu tatmin (tazmin) etmiş olması halinde üçüncü kişinin alacaklıya karşı sorumluluğunu idare eden hukuk, üçüncü kişinin alacaklının borçlu ile arasındaki ilişkiyi idare eden hukuka göre sahip olduğu hakları borçluya karşı kullanıp kullanamayacağını ve bunların kapsamını da belirler.

lirleyici olup olamayacağına ilişkindir. Temyiz talebinde belirtilen ve zarar gören ile davalı sigorta ettiren arasındaki ilişkiye uygulanacak hukuk (ika yeri hukuku) bu bahsin dışındadır. Davacı sigortacının söz konusu yükümlülüğü, kendisi ile araç sahibi sigorta ettiren arasında imzalanan sigorta sözleşmesinden kaynaklanmaktadır ve bu nedenle Roma I Tüzüğü kapsamında akdî bir yükümlülük olarak nitelendirilmelidir (Ayrıca bkz. EuGH VersR Rn. 54 vd.).

14 İkinci durumda farklı bir sonuç ortaya çıkmaz. Yaygın görüşe göre, rüçû alacaklısının (bu vaka bakımından sigortacı) sigorta ettirenle arasındaki sözleşmeye dayanan (temeli sözleşme olan) bir rüçû hakkı, Roma II Tüzüğü'nün m. 19 (Roma I Tüzüğü'nün m. 15) hükmüne değil, rüçû alacaklısı ile rüçû borçlusu arasındaki ilişkiyi düzenleyen hukuka (akit statüsü) tabidir (bkz. BeckOGK/Hübner, Rom II-VO²⁷ Art. 19 Rn. 36 f. [E. T.: 01.07.2019]; Kieninger in Ferrari/Kieninger/Mankowski u.a., Internationales Vertragsrecht 3. Aufl²⁸. Rom I-VO Art. 15 Rn. 5; Freitag in Rauscher, Europäisches Zivilprozess und Kollisionsrecht 4. Aufl. Mehrfache Haftung Rn. 22; Staudinger/ Hausmann, (2016) Rom I-VO Art²⁹. 15 Rn. 18; ayrıca bkz. Giuliano/ Lagarde, 31.10.1980 tarihli ve C 282 Avrupa Birliği Resmî Gazetesi³⁰ S³¹. 1, S. 35). Ancak, davacı sigortacı ve davalı sigorta ettiren arasındaki rüçû ilişkisi (Temyize cevap dilekçesinde belirtilenin aksine) akdî bir ilişki olarak nitelendirilmelidir. Davacının davalının karıştığı kazanın diğer tarafını (zarar göreni) tatmin etme yükümlülüğü gibi, bu rüçû ilişkisi de sigorta sözleşmesinden kaynaklanmaktadır (bkz. ABAD Sözcüsününün 24.09.2015 tarihli nihaî mütalaası - C 359/14, BeckRS 2016, 80140 Rn. 62).

15 b) Taraflar arasındaki ilişkinin akdî niteliği, ilişkinin kaynağının sigorta sözleşmesi olmasına dayandırılıyorsa (Yani hukukî ilişkinin diğer teminat sözleşmelerinden ziyade sigorta sözleşmesi ile kurulmasına), uygulanacak hukuk Roma I Tüzüğü'nün m. 7 hükmüne göre tayin edilecektir (Bkz. EuGH VersR 2016, 797 Rn. 58, 62). Roma I Tüzüğü'nün m.7/IV-b

²⁷ *Verordnung*: Tüzük

²⁸ *Auflage*: Baskı

²⁹ *Artikel*: Madde

³⁰ *Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften*

³¹ *seite*: Sayfa

hükmü uyarınca, ilk önce başvurulacak olan Medeni Kanuna Giriş Kanunu m. 46d hükmündeki yollama nedeniyle, Litvanya hukuku uygulama alanı bulacaktır.

- 16 aa) Roma I Tüzüğü'nün m.7/IV-b hükmü, üye Devletlere, bir üye devletin sigorta ettirme zorunluluğu öngördüğü riskleri teminat altına alan ve bu zorunluluk doğrultusunda yapılan sigorta sözleşmelerine, bu üye devletin hukukunun uygulanacağını belirleme imkânı tanımaktadır. (Hükmün mahiyeti için bkz. BeckOGK/Lüttringhaus, Rom I-VO Art. 7 Rn. 148 [E. T.: 01.02.2020]; Staudinger in Ferrari/Kieninger/Mankowski u.a., Internationales Vertragsrecht 3. Aufl. Rom I-VO Art. 7 Rn. 52; NK-BGB/Leible, 3. Aufl. Rom I-VO Art. 7 Rn. 61; Staudinger/Armbrüster, (2016) Rom I-VO Art. 7 Rn. 27) Bu yetkilendirme Almanya'da Medenî Kanuna Giriş Kanunu m. 46d hükmü (önceki 46c) ile yapılmıştır (bkz. BT-Drucks. 16/12104 S. 6, S. 10; 18/10822 S. 22, S. 99). Medenî Kanuna Giriş Kanunu m.46d hükmü uyarınca, bir üye devletin sigorta ettirme zorunluluğu öngördüğü riskleri teminat altına alan ve bu zorunluluk doğrultusunda yapılan sigorta sözleşmeleri, söz konusu üye devletin kendi hukukunun uygulanmasını zorunlu kılması şartıyla, bu devletin hukukuna tabidir. Aynı hükmün ikinci fıkrasında ise, sigorta sözleşmesinin yapılmasının dayanağının Alman hukukunda düzenlenen bir sigorta ettirme zorunluluğu olması durumunda, söz konusu sözleşmenin Alman hukukuna tâbi olacağı düzenlenmiştir.
- 17 bb) Bir uyuşmazlık çıkması durumunda (Dairece önceden taraflara işaret edildiği gibi) Litvanya'da sicile kayıtlı bir aracın kullanımı ile ilgili bir risk nedeniyle Litvanya hukuku sigorta ettirme zorunluluğu getirmekte ve bu uyuşmazlığın yabancı unsurlu olması durumunda da esasa Litvanya hukukunun uygulanacağını düzenlemektedir. (Karş. Litvanya Yüksek Mahkemesi, 06.05.2016 tarih ve - 3K-3-187-701/2016 numaralı kararı, BeckRS 2016, 17751 Rn. 36 vd.). İstinaf mahkemesi tarafından yabancı hukuk dikkate alınmadan hüküm kurulmuştur. Yani Daire bu hukuku (Litvanya hukukunu) araştırıp, kararına esas alabilir (bkz. BGH 4. Dairesi'nin 03.12.2014 tarihli - IV ZB 9/14 numaralı kararı, ZEV (*Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge*) 2015, 163 Rn. 24; BGH, 12.11.2009 - Xa ZR 76/07, NJW (*Neue Juristische Wochenschrift*) 2010, 1070 Rn. 21; 12.11.2003- VIII ZR 268/02, NJW-RR 2004, 308 unter II 1 a bb [juris Rn. 13]).

Burada aynı zamanda, Alman hukukuna göre de (motorlu taşıtın mutad konumuna bağlı olarak) Motorlu Araç İşletenlerin Sorumluluk Sigortaları Hakkında Kanun (PflVG)³² § 1 veya Yabancı Motorlu Taşıtlar ve Römorkların Sorumluluk Sigortaları Hakkında Kanun (PflVAuslG)³³ § 1/I hükmü uyarınca, EGBGB'nin m.46d hükmü anlamında bir sigorta ettirme yükümlülüğü bulunmaktadır (bkz. BeckOGK/Lüttringhaus, EGBGB Art. 46d Rn. 26 [E. T.: 01. 02.2020]; jurisPK-BGB/Junker, EGBGB Art. 46d Rn. 24 [E. T.: 09.05.2018]; MünchKomm-BGB/Martiny, 7. Aufl. EGBGB Art. 46d Rn. 11 f.; Roth in Beckmann/Matusche-Beckmann, Versicherungsrechts Handbuch 3. Aufl. § 4 Rn. 100).

- 18 Olaydaki gibi, 25.11.2009 tarih ve 2009/138/EG³⁴ sayılı Sigorta ve Reasürans İşlerine Başlanması ve Yürütülmesi hakkında Avrupa Konseyi ve Parlamentosu Direktifi'nin m. 13/XIII-b, m. 310 hükümleri ve Ek 7 bölümü kapsamında olan ve bir üye devlette ortaya çıkan bir rizikonun Roma I Tüzüğü'nün m.7/VI hükmü bağlamında iki üye devlet tarafından da sigorta ettirme zorunluluğu kapsamında öngörülmesi durumunda, sigorta şirketinin rücu hakkı, Roma I Tüzüğü'nün hukuk seçimi içermeyen sözleşmelere en sıkı ilişkili hukukun uygulanacağını öngören m. 4/IV hükmü ve hükmün kabul edilmesi ile güdülen amaç gereğince, EGBGB'nin m. 46d hükmüne tabi olacaktır. (bkz. Staudinger in Ferrari/Kieninger/Mankowski u.a., Internationales Vertragsrecht 3. Aufl. Rom I-VO Art. 7 Rn. 54; Schäfer in Looschelders/Pohlmann, VVG 3. Aufl. Internationales Versicherungsvertragsrecht Rn. 134; MünchKomm- BGB/Martiny, 7. Aufl. EGBGB Art. 46d Rn. 7; MünchKomm- VVG/Looschelders, 2. Aufl. Internationales Versicherungsvertragsrecht Rn. 118; NK-BGB/Leible, 3. Aufl. Rom I-VO Art. 7 Rn. 63; Staudinger/ Armbrüster, (2016) Art. 46c EGBGB Rn. 9). Bir yandan sigorta ettirme yükümlülüğünün kapsamını kısmen belirlediği kabul edilen, diğer yandan da sigorta teminatının en ciddi talepleri karşılaması gerektiği sonucuna götürmesi amaçlanan ve birbiriyle yarışan hukuk sistemlerinin birlikte (kümülatif) uygulanması rücu talebi bakımından söz konusu değildir (bkz. Dörner in Bruck/Möller,

³² PflVG: Gesetz über die Pflichtversicherung für Kraftfahrzeughalter

³³ PflVAuslG: Gesetz über die Haftpflichtversicherung für ausländische Kraftfahrzeuge und Kraftfahrzeuganhänger

³⁴ *Europäische Gemeinschaft* : Avrupa Topluluğu

VVG 9. Aufl. Art. 46c EGBGB Rn. 14; Roth in Beckmann/Matusche-Beckmann, Versicherungsrechts-Handbuch 3. Aufl. § 4 Rn. 103). Yarışan hukuk sistemlerinin bu talebi (rücû) birbirinden farklı şekillendirmesi halinde, bu sistemlerin birlikte (kümülatif) uygulanması mümkün değildir ve bu sistemler arasında en katı rücû hakkı rejimini benimseyenin uygulanmasını iddia etmenin de normatif bir temeli bulunmamaktadır.

- 19 Sigorta sözleşmesi, kural olarak teminat altına aldığı riskin ortaya çıktığı devlet ile yakın ilişkilidir (bkz. MünchKomm-BGB/Martiny, 7. Aufl. EGBGB Art. 46d Rn. 7; Staudinger/Armbrüster, (2016) Art. 46c EGBGB Rn. 9). Söz konusu uyuşmazlıkta bu devlet, 2009/138/EG sayılı Direktifin m. 13/XIII-b hükmü anlamında üye devlet vasfıyla Litvanya'dır (bkz. BeckOGK/Lüttringhaus, Rom I-VO Art. 7 Rn. 57 [E.T.: 01.02.2020]; Dörner in Bruck/Möller, VVG 9. Aufl. Art. 7 Rom I-VO Rn. 31; Staudinger in Ferrari/Kieninger/Mankowski u.a., Internationales Vertragsrecht 3. Aufl. Rom I-VO Art. 7 Rn. 64; MünchKomm-BGB/Martiny, 7. Aufl. Rom I-VO Art. 7 Rn. 50; Armbrüster in Prölss/Martin, VVG 30. Aufl., Roma I Tüzüğü m. 1 vd hükümleri hakkında açıklamalar için bkz. Rn. 17).
- 20 c) Uyuşmazlıkta, Avrupa Birliği'nin İşleyişine İlişkin Antlaşma'nın m. 267/III hükmü uyarınca Avrupa Birliği Adalet Divanı'na ön karar verilmesi için talepte bulunulmasına gerek yoktur. Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 21 Ocak 2016 tarihli kararı (VersR 2016, 797) sebebiyle (kararda sayılan esaslardan dolayı), taraflar arasındaki borç ilişkisinin Roma I Tüzüğü'nün uygulama alanı içerisinde olduğuna yönelik herhangi bir şüphe yoktur (vgl. EuGH GRUR Int.³⁵ 2015, 1152 Rn. 43 m. w. N.). Olaya, (Roma I Tüzüğü'nün m. 7/IV-b hükmü yetkili kılması sayesinde Alman hukukunun uygulanması neticesinde) Medeni Kanuna Giriş Kanunu 46d Maddesinin uygulanması ise Alman hukukunun işleyişinin bir gereğidir.
- 21 Temyiz talebinde iddia edildiğinin aksine, uyuşmazlığa Roma I Tüzüğü'nün m. 7/V³⁶ hükmünün uygulanması söz konusu değildir. Hükmün ifadesi, sözleşmenin birden fazla Üye Devlette bulunan rizikoları hi-

³⁵ *Zeitschrift der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht- Internationaler Teil*

³⁶ Roma I m. 7/V: 3. paragraf, 3. Alt paragraf ve 4. paragrafın amaçları

maye ettiğini varsaymaktadır. Ancak söz konusu (taraflar arasındaki) sigorta sözleşmesi için durum böyle değildir. Direktifin m. 310 hükümleri ve Ek 7 bölümü ile bağlantılı olarak, Roma I Tüzüğü'nün 7. Maddesi uyarınca Direktifin m. 13/XIII-b hükmündeki ilgili tanıma göre "riskin bulunduğu üye devlet" ifadesi, herhangi bir motorlu taşıt türü ile ilgili bir sigorta söz konusu olması halinde taşıtın siciline kayıtlı olduğu üye devlettir. Ancak burada söz konusu olan riziko, (yukarıda b)- bb) maddesinde belirtildiği gibi) konumlanabilir ve rizikonun bulunduğu yer belirli hale gelebilecektir (bkz. BeckOGK/Lüttringhaus, Rom I-VO Art. 7 Rn. 57 [E.T.:01.02.2020]; Dörner in Bruck/Möller, VVG 9. Aufl. Art. 7 Rom I-VO Rn. 31; Staudinger in Ferrari/Kieninger/Mankowski u.a., Internationales Vertragsrecht 3. Aufl. Rom I-VO Art. 7 Rn. 64; MünchKomm-BGB/Martiny, 7. Aufl. Rom I-VO Art. 7 Rn. 50; Armbrüster in Prölss/Martin, VVG 30. Aufl, Roma I Tüzüğü m. 1 vd hükümleri hakkında açıklamalar için bkz. Rn. 17).

- 22 2. Ancak, istinaf mahkemesinin Litvanya hukukunu eksik şekilde tespit etmesi nedeniyle, haklı olarak usûle ilişkin temyiz itirazında bulunulmuştur.
- 23 a) Duruşma hâkimi, yabancı hukuku re'sen belirlemelidir (§ 293 ZPO). Alman hâkim, yabancı hukuku, ilgili ülkenin hâkimi tarafından yorumlandığı ve uygulandığı şekliyle uygulamalıdır. Hâkimin bu bilgiyi nasıl elde edeceği, kendi takdirine bağlıdır. Bu bağlamda, temyiz mahkemesi yalnızca duruşma hâkiminin takdir yetkisini doğru (hukukî bir hata olmaksızın) kullanıp kullanmadığını, özellikle de münferit vakanın (somut olayın) koşullarını dikkate alarak mevcut bilgi kaynaklarını yeterince tüketip tüketmediğini denetler (ayrıntılı bilgi için bkz. BGH, Hüküm, 17.05.2018 - IX ZB 26/17, WM³⁷ 2018, 1316 Rn. 12).
- 24 Genel olarak, duruşma hâkiminin takdir yetkisinin sınırları somut olayın şartlarına göre belirlenir. Uygulanacak hukuk, hâkimin hukukuna

bakımından, sözleşmenin birden fazla üye devlette yer alan rizikoları teminat altına alması halinde, sözleşmenin, her biri sadece bir Üye Devletle ilgili olan birkaç sözleşmeden oluştuğu kabul edilecektir.

³⁷ Wertpapier-Mitteilungen Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht

nazaran ne kadar karmaşık veya yabancı olursa, soruşturma yükümlülüğü için ihtiyaçlar o kadar yüksek olur. Tarafların mahkemeye sunabileceği rapor ve diğer katkılar (hukukî mütalaalar gibi) hâkimin uygulanacak hukuk konusundaki tahkikatı ve takdiri üzerinde etkili olabilir. Taraflar belirli bir yabancı hukukun uygulamasını mahkemeye ayrıntılı ve tartışmalı (çekişmeli/çelişkili) sunarsa, hâkim bu hukukun uygulanabilirliğini (pratik uygulamasını) bilmesine veya hesaba katmasına rağmen, tarafların yabancı hukukun içeriği hakkında mutabık olmaları veya ilgili yabancı hukukun içeriği hakkında fikir beyan etmemeleri haline nazaran hukukî durum hakkında (icabında mevcut tüm bilgi kaynaklarını tüketerek) daha kapsamlı ve muntazam açıklamalar yapmak zorunda kalacaktır. Bununla birlikte bu durum, yani hâkimin yabancı hukukun muhtevasına ilişkin tespit ve değerlendirmelerinin yoğunluğu somut olayın özelliklerine bağlı olarak değişkenlik gösterebilecektir (ayrıntılı bilgi için bkz. BGH, Karar 30.04.1992 - IX ZR 233/90, BGHZ 118, 151 unter B I 2 b bb [juris Rn. 28 f.]).

- 25 b) Yukarıda yapılan açıklamalar çerçevesinde, istinaf mahkemesi takdir yetkisini kullanırken hataya düşmüştür. Temyiz itirazı haklı olarak, itiraz edilen kararın istinaf mahkemesince Litvanya hukukundaki tek bir kanun hükmünün (davacı tarafından sunulan çeviriden kısmen farklı şekilde) doğrudan doğruya ve yalnızca anlam bakımından yapılan Almanca çevirisi kullanılarak verilmesine dayanmaktadır. Bu durum da Alman Medeni Usûl Kanunu'nun 293. Paragrafında sayılan gereklilikleri karşılamamaktadır. (ayrıntılı bilgi için bkz. BGH, Hüküm 17.05.2018 - IX ZB 26/17, WM 2018, 1316 Rn. 12). Bu bakımdan, istinaf mahkemesinin tarafların beyanlarını dikkate alarak /göz önünde bulundurarak daha detaylı bir inceleme yapmasının gerekip gerekmediği, Litvanya KZMSSK m. 22/II-2 hükmünün Litvanya mahkemelerince yorumlanması sebebiyle Litvanya hukukuna göre KZMSSK m. 22/II-2 hükmünde motorlu taşıt sahipleri için öngörülenler veya diğer rücû kısıtlamalarının sürücüye de fayda sağlayıp sağlayamayacağının incelenmesinin gerekip gerekmediği ve aynı hükmün Litvanya mahkemelerince yorumlanma tarzının dikkate alınıp alınmayacağı ya da Litvanya hukukunun istinaf mahkemesince tespit edilemeyen hükümlerinin olup olmadığı cevapsız kalmıştır.

26 III. İstinaf hükmünün itiraz kapsamında sayılan sebeplerden dolayı bozularak, gerekli tespitler yapıp yeniden müzakere edilerek karar verilmesi için istinaf mahkemesine geri gönderilmesine karar verilmiştir.

Mayen Felsch Prof. Dr. Karczewski Dr. Brockmöller Dr. Götz

Önceki aşamalar:

LG Berlin, 16.05.2017 tarihli kararı - 45 O 466/15 –

KG Berlin, 18.02.2019 tarihli kararı - 22 U 138/17 –

**Alman Federal Yüksek Mahkemesi 1. Hukuk Dairesi'nin 108/10 No'lu
ve 22.06.2011 Tarihli Kararı^{562*}:**

**Ne Taşıyıcı Ne de Gönderen Tarafından Taşıma Sözleşmesi
Akdedildiği Anda Öngörülen ve Kontrol Edilen Taşıma
Engellerinden Kaynaklı Gecikme Nedeniyle Taşıyıcının Ek Ücret
Talep Edip Edemeyeceği Hakkında**

Çev. / Übersetzt von

Araş. Gör. Ahmet Batuhan Oyal^{563**}

HGB §420 III

Taşıma sözleşmesi akdedildiği anda ne taşıyan, ne de taşıtan için öngörülebilir veya kontrol edilebilir, bunun yanı sıra taraflardan birinin riziko alanına dahil edilmesi için de bir neden bulunmayan gecikme engelleri, kural olarak Alman Ticaret Kanunu'nun 420. maddesinin 3. fıkrası uyarınca taşıtanın ek ücret ödeme yükümlülüğüne sebep olmaz.

Bir gemi seferinde, gerçekleştirildiği güzergâhın taşıtanın sorumluluk alanında dahil edilemeyecek şekilde (burada: deniz trafiği güzergâhının bir avarya nedeniyle kapatılması) geçici olarak trafiğe kapatılması nedeniyle gecikme yaşanır, taşıyanın taşıtandan kararlaştırılan navlun dışında Alman Ticaret Kanunu'nun 420. maddesinin 3. fıkrasına uyarınca ek ücret talep etme hakkı yoktur.

Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin 1. Hukuk Dairesi'nce, 22 Haziran 2011 tarihli sözlü duruşmada hakimler Prof. Dr. Büscher, Pokrant, Dr. Kirchhof, Dr. Koch ve Dr. Löffler tarafından;

* BGH I ZR 108/10. Türk hukukunda riziko alanı ilkesine ilişkin bu kararın da değerlendirildiği geniş bilgi için bkz. SEVEN/OYAL, Taşıma Hukukunda Riziko Alanı İlkesi Bağlamında Nötr Alan ve COVID-19'un Nötr Alan Olarak Değerlendirilmesi, İstanbul Hukuk Mecmuası, C. 78, S. 2, Y. 2020, s. 611-655.

** Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, (oyal@tau.edu.tr). ORCID: 0000-0002-3055-5870.

Magdeburg Eyalet Mahkemesi 2. Hukuk Dairesi'nin 18 Mayıs 2010 tarihli kararına karşı temyiz talebi, giderleri davacıya ait olmak üzere reddedilmiştir.

Vakıalar

İç hat deniz taşımacılığı ile uğraşan davacı Hollanda'da yerleşik davalıdan, gerçekleştirdiği taşımada meydana gelen gecikme nedeniyle navluna ek bir ücret talep etmiştir.

Davalı, 14 Ekim 2005 tarihinde Amsterdam/Hollanda'dan Magdeburg'a flüspat (floroit) taşıması için davacıyı görevlendirmiştir. Dortmund-Ems-Kanalı'nın 11 Ekim 2005'ten itibaren kapanması nedeniyle Ems üzerinden taşıma yapılması öngörülmüştür. 15 Ekim 2005'te gerçekleşen bir gemi kazası nedeniyle Ems de trafiğe kapatılmıştır. Bunu takip eden süreçte taraflar, pek çok telefon konuşması yapmışlardır. Bu konuşmaların içerikleri tartışmalıdır. 17 Ekim 2005 tarihinde davalı, davacıya taşıma sözleşmesini iletmiştir. 18 Ekim 2005'te yük, Amsterdam'da davalının gemisine yüklenmiştir. Bunu müteakip davacı, Magdeburg'a sefere başlamıştır, ancak davacı Ems trafiğe kapalı olduğu için 19 Ekim 2005'ten 29 Ekim 2005'e kadar Emden limanında beklemek zorunda kalmış ve sefer bu süre boyunca kesintiye uğramıştır.

Davacı, Emden'de geçirilen bu süre için davalının kendisine günlük 306,78 Avro borçlu olduğunu ileri sürmektedir. Bir su yolunun trafiğe kapalı olmasının, taşıtanın riziko alanına dahil olduğunu ileri sürmektedir. Ayrıca davalının çalışanlarından V.'nin, 18 Ekim 2005 tarihinde telefonla kendisine ek ödeme yapılmasının davalı tarafından kabul edildiği yönünde bilgi verdiğini söylemektedir.

Davacı, davalıdan 3.067,80 Avro ve işleyen faizi talep etmektedir.

Davalı buna karşı çıkmış, davacının ek ücret talep edemeyeceğini, zira sefere çıkarken Ems'in kapalı olduğunu bildiğini; davacının taraflar arasında meydana gelen ek bir anlaşmaya istinaden de talepte bulunamayacağını ileri sürmüştür.

İstinaf mahkemesi, ilk derece mahkemesince kabul edilen davayı reddetmiştir. İstinaf mahkemesince bu karara karşı temyiz yolu açık bırakıldığından, davacı temyiz incelemesi sonucunda ilk derece mahkemesinin kararı yönünde hüküm tesis edilmesini talep etmiştir. Davalı ise temyiz isteminin reddini talep etmiştir.

Gerekçeler:

I. İstinaf Mahkemesi, davacının ne Alman Ticaret Kanunu m. 420 f.3 uyarınca ne de taraflar arasında meydana gelen ek bir anlaşmaya dayalı olarak ek ücret talebinde bulunamayacağını kabul etmiştir. Buna dair şu değerlendirmelerde bulunmuştur:

Davacı, navlun sözleşmesi kurulduktan sonra fakat Magdeburg'a seyrüsefere başlamadan önce davalı ile navlunda artış yapılacağına dair bir anlaşma yaptıklarını ispatlayamamıştır. Alman Ticaret Kanunu m. 420 f.3'e göre de talepte bulunulması mümkün değildir. Ems 15 Ekim 2005'te, yani seyrüseferin başlangıç tarihi olan 19 Ekim 2005'ten önce, trafiğe kapatılmıştır. Yani davacı, göz göre göre trafiğe kapalı olan su yoluna gitmiştir. Bu nedenle Emden limanında oluşan starya süresi Alman Ticaret Kanunu m. 420 f.3'ün koruma alanında değildir. Bunun yanı sıra oluşan gecikme davalının riziko alanına dahil değildir.

II. Bu değerlendirmeye karşı ileri sürülen temyiz sebepleri yerinde değildir. Temyiz isteminde ileri sürülenin aksine, davacı Alman Ticaret Kanunu m. 420 f.3'e dayanarak ileri sürdüğü talepte bulunamaz.

1. Alman mahkemelerinin milletlerarası yetkisi Alman Medeni Usul Kanunu m. 545 f.2'ye rağmen temyiz mahkemesi tarafından incelenebilir (krş. BGH, Urteil vom 10. Juni 2010 - I ZR 106/08, TranspR 2010, 303 Rn. 21, mwN) ve Hollanda'da yerleşik bir davalıya karşı yöneltilen talep bakımından Alman mahkemeleri Brüksel I Tüzüğü m. 24 c.1 uyarınca yetkilidir.

Karar, hem Almanya Federal Cumhuriyeti, hem de Hollanda için yürürlükte olan (Musielak/Stadler, ZPO, 8. Aufl., Vorbem. EG-Verordnungen Rn. 4) Konsey'in 22 Aralık 2000 tarih ve 44/2001 no.lu Mahkemelerin Yetkisi ve Medeni ve Ticari Davalarda Kararların Tanınması ve İnfazı Hakkında Tüzük (Brüksel I Tüzüğü)'e dayanmaktadır. Brüksel I

Tüzüğü m. 24 c.1 uyarınca davalı, üye devlet mahkemelerinde görülen bir yargısal işleme itiraz etmemişse o üye devletin mahkemeleri yetkili sayılır. Somut olayda bu gerçekleşmiştir. Magdeburg Yerel Mahkemesi huzurunda 27 Haziran 2008 tarihinde yapılan duruşmada davalı savunma yapmış ve mahkemenin yetkisizliğini ileri sürmemiştir. Böylelikle Alman mahkemeleri, Brüksel I Tüzüğü m. 24 c.1'e göre yetkili hale gelmiştir.

2. Davacının Alman Ticaret Kanunu m. 420 f.3'e göre ek ücrete hakkı olduğu yönündeki temyiz itirazlarının reddi gerekmektedir.

a) İstinaf mahkemesi, doğru olarak davacının talep ettiği ek ücrete hakkı olup olmadığı konusunu Alman Ticaret Kanunu m. 420 f.3 çerçevesinde değerlendirmiştir. Davacı ve davalı, Alman Medeni Kanunu'nun Uygulanması Hakkında Kanun m.27 uyarınca sözleşmesel olarak geçerli bir şekilde Alman iç hat gemicilik hukukunu seçmişlerdir. İç Hatlarda Gemicilik Kanunu md. 26 uyarınca iç su yollarında yapılacak taşımalara Alman Ticaret Kanunu'nun dördüncü kitabının dördüncü bölümü hükümleri – m. 407-452d- uygulanır. Dolayısıyla somut olayda davacının talep ettiği ek ücrete hakkı olup olmadığı sorusu bakımından Alman Ticaret Kanunu m. 420 f.3 esastır.

b) Alman Ticaret Kanunu m. 420 f.3 uyarınca taşıma başladıktan sonra ve teslim yerine gelmeden önce meydana gelen gecikmelerde, gecikme sebebi gönderenin riziko alanına giriyorsa, taşıyıcı taşıma ücretinin yanı sıra ek bir ücret talep etme hakkına sahiptir. Alman Ticaret Kanunu m. 420 f.2'de düzenlenen sürekli taşıma ve teslim engellerine dair hüküm; geçici gecikmeler bakımından Alman Ticaret Kanunu mülga m. 428 f.2 c.1, Motorlu Araç Nizamnamesi m. 28 f.2 c.1/1 ve İç Hat Gemicilik Kanunu mülga m. 71 f.2 (bknz. Taşıma, Taşıma İşleri Komisyonculuğu ve Ardiye Hukukunun Yeniden Düzenlenmesi Hakkında Kanun'a Dair Hükümet Tasarısı Gerekçesi, Parlamento Matbuası, 13/8445, s.54) örnek alınarak Alman Ticaret Kanunu m. 420 f.3 tarafından tamamlanmaktadır. Eski kanun zamanındaki değerlendirmeye uygun olarak Alman Ticaret Kanunu m. 420 f.3 uyarınca taşıyıcı, sadece taşıma sırasında ortaya çıkan gecikme – 'alan düşüncesine ("*Sphärengedanke*") uygun olarak- gönderenin riziko alanına giriyorsa ek ücret talep etme hakkına sahiptir. Bu ancak, gecikmenin gönderenin bir davranışı nedeniyle ortaya çıkması veya

gecikmenin kaynağının gönderenin organizasyon alanında bulunduğu durumlarda söz konusu olur (bknz. MünchKomm.HGB/Czerwenka, 2. Aufl., § 420 Rn. 23; Koller, Transportrecht, 7. Aufl., § 420 HGB Rn. 26).

Dışarıdan etki eden, öngörülemeyen ve taşıma sözleşmesinin taraflarınca kontrol edilemeyen aksaklık sebeplerinin – bunlara örnek olarak taşıma yolunun kapatılması, med-cezir, buz akımı veya fırtına sayılabilir- taşıyıcıya izafe edilememesi durumunda, bunların gönderenin riziko alanına girip girmeyeceği yargı içtihatlarında ve doktrinde tartışmalıdır (bu görüşü kabul etmeyenler: Schiffahrtsobergericht Köln, TranspR 2009, 43; TranspR 2009, 171; MünchKomm.HGB/Czerwenka aaO § 420 Rn. 21 und 23; v. Waldstein/Holland, Binnenschiffahrtsrecht, 5. Aufl., § 420 Rn. 13; genel olarak kabul edenler Koller aaO § 420 HGB Rn. 26 f.; Th. Braun, Das frachtrechtliche Leistungsstörungenrecht nach dem Transportrechtsreformgesetz, 2002, S. 134 f.; Didier, Risikozurechnung bei Leistungsstörungen im Gütertransportrecht, 2001, S. 213 ff.; ayrıma gidenler: Heymann/Schlüter, Handelsgesetzbuch, 2. Aufl., § 420 Rn. 11). Ne taşıyıcı, ne de gönderen için öngörülebilir ve kontrol edilebilir olan gecikmelerde, Alman Ticaret Kanunu m. 420 f.3 uyarınca taşıyıcının ek ücret talep etme hakkı olduğunu kabul eden görüş, bunu temel olarak aksaklık sebeplerinin ya gönderenin ya da taşıyıcının riziko alanına izafe edilmesi gerektiğini, gecikmeye sebep olan durum taşıyıcının alanına girmiyorsa bu gecikme için gönderen tarafından ücret ödenmesi gerektiğini savunmaktadır (bknz. Koller aaO § 420 HGB Rn. 26; Th. Braun aaO S. 134; ayrıca bkz. Canaris, Handelsrecht, 24. Aufl., § 31 Rn. 53).

c) Daire, dışarıdan etki eden ve tarafların her ikisi için de öngörülebilir ve kontrol edilebilir olmayan bir olayın taşımada gecikmeye sebep olması durumunda taşıyıcının Alman Ticaret Kanunu m. 420 f.3 uyarınca uygun bir ek ücret talep edemeyeceği görüşüne katılmaktadır.

aa) Somut olayda, istinaf mahkemesinin görüşünün aksine, davacı daha sonra gerçekleşen gecikmenin sebebini teslim yeri olan Magdeburg'a seyrüsefere başlamadan önce bilmesine rağmen sefere bağladığı için ileri sürülen talebin reddi gerekmemektedir. Gecikme sebebini seyrüsefere başlamadan önce bilinmesi, Alman Ticaret Kanunu md. 420 f.3'ün uygulanmasına engel değildir. Temyiz talebinde haklı olarak, Al-

man Ticaret Kanunu m. 420 f.3'te gecikmeye sebebiyet veren durumlardan taşıyıcının veya gönderenin haberinin olmaması gerektiğine dair bir şartının aranmadığına dikkat çekilmektedir. Alman Ticaret Kanunu 420 f.3 tarafından tamamlanan m. 412 f.3'te de olduğu gibi, m. 420 f.3 de 'alan düşüncesi'ne dayanmaktadır ve bu görüşe göre sadece aksaklık sebebi riziko alanına dahil edilemeyen taraf, himaye edilmeye layık görülmektedir (bknz. Parlamento Matbuası 13/8445, s.41). Fakat taraflardan biri taşıma sözleşmesinin yapıldığı sırada aksaklık sebebinden haberdarsa, bu husus aksaklık sebebinin kimin riziko alanına dahil edileceği sorusu bakımından önem arz etmektedir. Ancak somut olayda taraflar sözleşmenin yapıldığı sırada Ems'in kapatıldığından haberdar değildirlere. Zira taraflar taşıma sözleşmesini 14 Ekim 2005'te, yani Ems'in kapatılmasından önce yapmışlardır.

bb) Temyiz talebinde ileri sürülen görüşün aksine, davacının Alman Ticaret Kanunu m. 420 f.3'e dayandırdığı talebinin şartları somut olayda gerçekleşmemiştir, çünkü gecikmeye sebebiyet veren neden, yani Ems'in üçüncü bir kişi tarafından meydana gelen bir gemi kazası nedeniyle 15 Ekim 2005'ten 29 Ekim 2005'e kadar kapatılması, davalının riziko alanına dahil edilememektedir.

Kendi kusuru ile sebep olduğu gecikmelerin yanı sıra göndereenin riziko alanına, Alman Ticaret Kanunu m. 414 f.1 uyarınca kusurundan bağımsız olarak sorumlu olduğu haller ve kendi alanından kaynaklanan tüm gecikmeler dahildir. Alman Ticaret Kanunu m. 420 f.3'ün açık lafzı gereği taşıyıcının uygun bir ek ücrete hak kazanması için – taşıyıcının Alman Ticaret Kanunu m. 412 f.3'ten kaynaklı talebinden farklı olarak – gecikme sebebinin gönderenin riziko alanına dahil edileceğinin somut olayda pozitif olarak tespit edilmesi gerekmektedir. Bu bakımdan ispat yükü kendisine düşen taşıyıcı (krş. vgl. Koller a.g.e § 420 HGB Rn. 27; MünchKomm.HGB/ Czerwenka a.g.e § 420 Rn. 24; v. Waldstein/Holland a.g.e § 420 HGB Rn. 13), bu hususu ispat edemezse, Alman Ticaret Kanunu m. 420 f.3'ten kaynaklı bir talepte bulunamaz. Sadece gecikmeye sebep olan durumun taşıyıcının riziko alanından kaynaklanmadığının sabit olması, gecikme nedeniyle uygun bir ek ücret talep edilebilmesi için yeterli değildir ((Schiffahrtsobegericht Köln, TranspR 2009, 43, 44 f.; TranspR 2009, 171, 175; MünchKomm.HGB/ Czerwenka a.g.e § 420 Rn.

24). Kanun koyucu, taşıyıcının riziko alanına dahil olmayan her aksaklığı gönderenin riziko alanına dahil etmek isteseydi, Alman Ticaret Kanunu m. 412 f.3 ve m. 419 f.1'de olduğu gibi ilgili hükmü şöyle formüle edebilirdi: 'Gecikmenin sebeplerinin taşıyıcının riziko alanına dahil olduğu durumlarda uygun bir ek ücret talep edilemez.'. Alman Ticaret Kanunu m. 412 f.3 ve 419 f.1 ile m. 420 f.3'ün lafızlarının farklı şekilde formüle edilmiş olmasından, temyiz talebinde ileri sürülen görüşün aksine, taşıyıcının riziko alanına girmeyen her aksaklık sebebinin istisnasız olarak taşıyıcıya Alman Ticaret Kanunu m. 420 f.3'e göre uygun bir ek ücret talep etme hakkı vermeyeceği sonucu çıkarılmalıdır (Schiffahrtsobergericht Köln, TranspR 2009, 43, 44 f.; TranspR 2009, 171, 175).

Temyiz talebinde Taşıma Hukukunun Reforme Edilmesi Hakkında Kanun tasarısının gerekçelerine atıfta bulunularak (Parlamento Matbuası 13/8445, s.41), kanun koyucunun taşıma hukukunun yeniden düzenlenmesi bakımından sözleşmenin seyrini bozan hususların mutlaka taraflardan birinin riziko alanına dahil edilmesi gerektiğini düşünerek hareket ettiği, dolayısıyla taşıyıcının riziko alanına dahil edilemeyen bir gecikme sebebinin, gönderenin riziko alanına dahil edilmesinin zorunlu olduğu ileri sürülmüştür. Temyize cevap dilekçesinde ise isabetli olarak belirtildiği gibi, kanunun ön hazırlık aşamasına dair belgeler incelendiğinde her iki tarafın da riziko alanına kendiliğinden dahil edilemeyen ve her iki taraf için de öngörülebilir ve kontrol edilebilir olmayan engellerin, normatif bir değerlendirme yapılarak gönderenin riziko alanına dahil edilmesi gerektiği yönünde yeterli bir emare bulunmamaktadır. Temyiz talebinde kanun koyucunun bu yönde varsayılan iradesi Alman Ticaret Kanunu m. 420 f.3'ün lafzına yansımamıştır.

Alman Ticaret Kanunu m. 420 f.3'ün tarihsel gelişimi de, dışarıdan gelen ve taşıma sözleşmesinin meydana geldiği anda gönderen için öngörülemeyen ve kontrol edilemeyen gecikme nedenlerinden ötürü gönderenin Alman Ticaret Kanunu m. 420 f.3'e göre ücret ödeme yükümlülüğü olmadığını desteklemektedir. Kanun koyucu, Alman Ticaret Kanunu mülga m. 428 f.2 c.1 ve İç Hat Gemicilik Kanunu mülga m. 71 f.2'yi yeni getirilen Alman Ticaret Kanunu m. 420 f.3'e örnek olarak almışlardır (Hükümet tasarısının gerekçesi, Parlamento Matbuası 13/8445, s.54). Temyiz talebinde isabetli olarak bu hükümlerin, gecikmeden doğan fazla

masrafların taşımının devam ettirilmesi durumunda kimin tarafından ödeneceğine dair bir düzenleme içermediğine dikkat çekilmiştir. Ancak temyiz talebinde ileri sürülen görüşün aksine, anılan hükümlerden gönderenin kusuru bulunmayan taşıma engellerinin kural olarak taşıyıcının riziko alanına dahil olduğu sonucu çıkmaktadır. Alman Ticaret Kanunu mülga m. 428 f.2'de – borçların ifa edilmemesine dair genel kuralların aksine- gönderene sözleşmeden dönme hakkı tanınmış, ancak taşıyıcının taşıma engelinden kaynaklı özel bir talep hakkı olmadığı düzenlenmiştir; böylelikle taşıma engellerinden kaynaklanan zararlara kural olarak taşıyıcının katlanması öngörülmüştür (krşl. Schlegelberger/Geßler, Handelsgesetzbuch, 5. Aufl., § 428 Rn. 12; MünchKomm.HGB/Dubischar, 1. Aufl., § 428 Rn. 13). İç Hat Gemicilik Kanunu mülga m. 71'de ise geçici bir taşıma engelinin ortaya çıkması durumunda taşıyanın kural olarak, uygun bir tazminat talep etmeksizin gemisini öngörülenden daha uzun bir süre tahsis etmekle yükümlü olduğu düzenlenmiştir (krşl. Goette, Binnenschiffahrtsfrachtrecht, 1995, § 71 Rn. 1). Kanun koyucunun yeni düzenleme ile, bu gibi durumlarda eski düzenlemelerle getirilen ilkeyi değiştirmek istediği anlaşılmamaktadır (krşl. Schiffahrtssobergericht Köln, TranspR 2009, 43, 45; TranspR 2009, 171, 175).

Dolayısıyla gönderenin riziko alanına dahil olmayan bir gecikme sebebiyle taşıyıcının ek ücret talep etmesi mümkün değildir. Kanun tarafından öngörülen bu riziko dağılımının aksi, taraflar arasında yapılacak bir anlaşma ile – davacı tarafından ileri sürülen, ancak ispatlanamayan anlaşma gibi- kolaylıkla kararlaştırılabilir.

III. Bu nedenle giderler Alman Medeni Usul Kanunu m. 97 f.1 uyarınca davacı üzerine bırakılmak suretiyle davacının temyiz talebinin reddi gerekmektedir.

Derece Mahkemesi Kararları:

AG Magdeburg 11.09.2009 tarih ve 162 C 241/07 sayılı Kararı

LG Magdeburg, 18.05.2010 tarih ve 2 S 376/09 sayılı Kararı

Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Yayın İlkeleri ve Yazım Kuralları

A. Yayın İlkeleri

1. Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (TA-ÜHFD)/Zeitschrift für türkisch-deutsche Rechtsstudien (ZtdR), "Hakemli Dergi" statüsünde, yılda iki sayı (Haziran, Aralık) basılı olarak yayımlanır. Ayrıca çalışmaların PDF biçimli tam metinleri <http://hfd.tau.edu.tr> adresinde yayımlanır.

2. Dergiye gönderilen çalışmalar, başka bir yerde yayımlanmamış ve yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.

3. Derginin yayın dili Türkçe ve Almanca'dır, fakat niteliği dikkate alınarak İngilizce metinler de kabul edilecektir.

4. Dergide kamu hukuku ve özel hukuk alanlarında yazılmış makale ve çeviri çalışmalarına yer verilir. Ayrıca dergide, karar ve kitap incelemeleri, mevzuat değerlendirmeleri, sempozyum bildirimleri ve bilgilendirici notlara da yer verilebilecektir. Bu nitelikteki çalışmaların kabulü veya geri çevrilmesi, dergi yayın kurulu tarafından yapılacaktır.

5. Çalışmanın yazarı adını, soyadını, iş adresini, telefon numaralarını ve e-posta adresini dergi sorumlusuna bildirmelidir.

6. Dergi yayın kurulu tarafından ilk değerlendirmede dergi yayın ilkelerine uygun bulunan makale çalışmaları, yazar adları metinden çıkarılarak, iki hakeme gönderilir. Hakem değerlendirmesi sonucunda hakemlerden birinin olumlu, diğerinin olumsuz görüş bildirmesi durumunda çalışma, üçüncü bir hakeme gönderilir. Çalışmanın yayımlanabilmesi için en az iki hakemin olumlu görüş bildirmesi gerekir. Yayın Kurulu tarafından ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayın ilkelerine uygun

olmadığı saptanan çalışmalar, hakeme gönderilmeden önce, yayın ilkeleri doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir ve yazarları tarafından en geç 15 gün içinde teslimi gereklidir. Hakemlerden gelen raporlar doğrultusunda çalışmanın yayımlanmasına, düzeltilmesine ya da geri çevrilmesine karar verilir.

7. Çeviri çalışmaları bakımından, çeviri metni ile birlikte asıl metin ve hak sahiplerinin muvafakati da iletilmelidir. Ayrıca asıl metnin tam bibliyografik künyesinin (asıl metnin yayımlandığı eserin adı, yazarı, baskı yeri, baskı yılı, cildi, sayısı ve sayfaları) bildirilmesi gerekir. Çeviri çalışmaları da makale çalışmaları için geçerli olan hakem değerlendirilmesine tabi tutulur.

8. Fakülte tarafından yayımlanan nüshalarla sınırlı kalmak üzere; yayıma kabul edilen çalışmanın çoğaltma, yayma, umuma iletim, işleme ve çeviri konusundaki malî hakları, basılı, görsel, işitsel, sayısal vb. ortamlarda yurt içinde ve yurt dışında kullanılmak üzere Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne devredilmiştir. Telif ücreti ödenmeyeceği yazarlar tarafından kabul edilmiştir. Dergi yayın kurulu, çalışmaların yayımlanması konusunda yetkili kılınır.

9. Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nde yayımlanması istenen çalışmaların tauhfd@tau.edu.tr veya ztdr@tau.edu.tr e-posta adresine "Microsoft Word" yazılımı formatında (.doc, .docx) gönderilmesi gerekmektedir.

10. Dergide yayımlanmak üzere gönderilen çalışmaların içeriği ile ilgili tüm sorumluluk yazarlarına aittir.

B. Yazım Kuralları

1. İmlâ ve noktalama açısından (özel kullanımlar dışında) Türk Dil Kurumu'nun İmlâ Kılavuzu esas alınmalıdır. Gönderilen yazılar dil ve anlatım açısından bilimsel ölçülere uygun olarak açık ve anlaşılır olmalıdır.

2. **Başlık:** Çalışmanın Türkçe başlığı, 12 punto olmak üzere koyu (bold) ve Times New Roman yazı karakteri ile büyük harflerle sayfanın ortasına yazılmalıdır. İngilizce başlık, Türkçe başlıktan sonra, 12 punto

olmak üzere koyu (bold) ve Times New Roman yazı karakteri ile büyük harflerle sayfanın ortasına yazılmalıdır.

3. Yazar/Yazarlar: Yazar/yazarların isimleri Türkçe ve İngilizce konu başlığının altında ve sağ tarafında yer almalı ve soyadının bitiminde yıldız konulmalıdır. Yıldızlı dipnotta yazarın/yazarların unvanı, çalıştığı kurum, alanı ve e-posta adresi bildirilmelidir. Ayrıca yazar/yazarların "ORCID" bilgilerinin de sisteme girilmesi gerekmektedir.

4. Öz ve Özet: Türkçe "Öz", 10 punto yatık (italik) olarak koyu (bold) ve Times New Roman yazı karakteri ile 1 satır aralığıyla yazılmalı ve 500 kelimeyi geçmemelidir. Öz'ü takiben aynı şekilde "Abstract" başlığıyla İngilizce Öz de yer almalıdır. Ayrıca çalışmalarının sonunda, çalışma Türkçe dilinde kaleme alınmışsa, 'Zusammenfassung' başlığıyla Almanca bir özetin; Almanca dilinde kaleme alınmışsa, Türkçe bir "Özet" in yer alması gerekir. Bu özet, en az 500, en fazla 1000 kelime kullanılarak hazırlanmalı ve çalışmanın temel çerçevesini, sorunsalını ve sonucunu ortaya koyan bir içerikte olmalıdır.

5. Anahtar Kelimeler: Öz kısımlarının altında Türkçe "Anahtar Kelimeler" e ve İngilizce "Keywords" e yer verilmelidir. Anahtar kelime sayısı, makalenin erişimine olanak verecek alanları içerecek şekilde en az 4, en fazla 8 kelimedenden oluşmalıdır.

6. Çalışma Metni: Metin, 12 punto boyutunda, Times New Roman yazı karakteri kullanılarak, dik ve normal harflerle 1,5 satır aralığında yazılır. Dipnotlar ise, 10 punto boyutunda, Times New Roman yazı karakterinde, dik ve normal harflerle yazılır. Dipnotların sayfa altında gösterilmesi gerekmektedir. Aynen veya kısaltılarak yapılan alıntılar tırnak içinde ve yatık (italik) karakter kullanılarak belirtilir. Yabancı dildeki deyim ve özel isimlerde yatık (italik) yazı kullanılır. Metin içindeki yabancı kelimeler yatık (italik) olarak yazılmalıdır. Virgül, nokta ve öteki noktalama işaretlerinden sonra bir karakter boşluk bırakılır.

7. Çalışma Metnindeki Başlıklar: Konunun işlenişine göre rakam/harf sistemi esas alınarak yine 12 punto olmak üzere koyu (bold) ve Times New Roman yazı karakteri kullanılarak, dik ve normal harflerle ana, ara ve alt başlıklar kullanılabilir. Başlıklardaki her bir kelimenin ilk harfi büyük yazılmalıdır.

8. Kısaltmalar: Metin içerisindeki kısaltmalarda, kısaltılacak isim veya başlık metinde ilk defa kullanıldığında kısaltılmadan ve parantez içinde kısaltması belirtilerek kullanılmalı veya kısaltılmış isim ya da başlık karşılıkları ile makalenin sonunda kaynakçadan önce yer alan kısaltmalar cetvelinde gösterilmeli; dipnotlarda kullanılan kısaltmalara ise, sadece kısaltmalar cetvelinde yer verilmelidir.

9. Metin içinde kullanılacak tablo ve şekillere sıra numarası ve başlık verilmelidir.

10. Dipnot Gösterimi: Dipnotlarda bir esere yapılan ilk atıfta yer alan bilgiler ile kaynakçada yer verilen eserin bilgileri aynı olacak şekilde yazılmalıdır. Dipnot gösterimleri aşağıdaki gibidir:

a) Kitaplar İçin:

Dipnotta kitaplara atıf yapmak için ilk olarak yazarın adı ve soyadı olmak üzere, kitabın başlığı, basıldığı yayınevi, basım yeri, basım yılı, sayfa numarası (s.) veya paragraf/kenar numarası (n.) gösterilir ve sonunda nokta kullanılır. Sadece kitap başlığı yatık (italik) verilmelidir.

Örnek: Mesut Serdar Çekin, *Avrupa Birliği Hukukuyla Mukayeseli Olarak 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 23.

Birden fazla yazarlı kitaplara “yazarın adı soyadı/yazarın adı soyadı” şeklinde atıf yapılmalıdır. Hem tek yazarlı hem de birden fazla yazarlı kitaplar için sonraki dipnotlarda ise, “yazarın/yazarların soyadı, s. sayfa numarası” şeklinde atıf yapılmalıdır. (**Örnek:** Çekin, s. 71. – Akkanat/Çekin/Sarıkaya, s. 80.) Eğer aynı yazarın birden fazla kitabına atıf yapılacaksa, ilk atıftan sonraki atıflar için yazarın soyadı, kitabın başlığı ve sayfa numarası belirtilmelidir. Kitap başlığı kısaltılabilir. (**Örnek:** Çekin, *Kişisel Verilerin Korunması Kanunu*, s. 73.)

b) Makaleler İçin:

Dipnotta makalelere atıf yapmak için yazarın adı ve soyadı, makale başlığı (tırnak içinde), makalenin yer aldığı eserin adı, cilt sayısı, basım sayısı, basıldığı yayınevi, basım tarihi (ay ve yıl olarak), makalenin tama-

mının hangi sayfalar arasında yer aldığı, sayfa numarası (s.) veya paragraf/kenar numarası (n.) gösterilir ve sonunda nokta kullanılır. Yalnızca makalenin yer aldığı eserin adı yatık (italik) verilir.

Örnek: Meltem Deniz Güner-Özbek, “Avrupa Birliği’nde ve Amerika Birleşik Devletleri’nde Havayoluyla Seyahat Eden Yolcuların Haklarına İlişkin Düzenlemeler”, *Legal Hukuk Dergisi Özel Sayı: Rona Aybay’a Armağan*, Aralık 2014, 1. Cilt, 1183-1227, s. 1200.

Birden fazla yazarlı makalelere “yazarın adı soyadı/yazarın adı soyadı” şeklinde atıf yapılmalıdır. Hem tek yazarlı hem de birden fazla yazarlı makaleler için sonraki dipnotlarda ise “yazarın/yazarların soyadı, s. sayfa numarası” şeklinde atıf yapılmalıdır. (**Örnek:** Güner-Özbek, s. 1190. – Göçmen/Keskin, s. 450.) Eğer aynı yazarın birden fazla makalesine atıf yapılacaksa, ilk atıftan sonraki atıflar için yazarın soyadı, makalenin başlığı ve sayfa numarası belirtilmelidir. Makale başlığı kısaltılabilir. (**Örnek:** Güner-Özbek, Yolcu Hakları, s. 1205.)

11. Kaynakça Gösterimi: Çalışmanın sonunda, çalışmada kullanılan kaynakların, yazarların soyadlarına göre alfabetik olarak sıralandığı bir kaynakça bulunmalıdır. Kaynakçada, sadece metin içinde atıf yapılan eserlere yer verilmelidir. Kararlar ve internet kaynakları için bölümlenme yapılabilir.

a) Kitaplar İçin:

Kaynakçada kitaplar için büyük harflerle sadece yazarın soyadı olmak üzere, yazarın önce soyadı, sonra adı, kitabın başlığı, basıldığı yayınevi, basım yeri ve basım yılı gösterilir. Kitabın başlığı yatık (italik) verilmelidir.

Örnek: ÇEKİN Mesut Serdar, *Avrupa Birliği Hukukuyla Mukayeseli Olarak 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.

b) Birden Fazla Yazarlı Kitaplar İçin:

Kaynakçada birden fazla yazarlı eserler için büyük harflerle sadece yazarların soyadı olmak üzere, yazarların önce soyadı, sonra adı, kitabın

başlığı, basıldığı yayınevi, basım yeri ve basım yılı gösterilir. Kitabın başlığı yatık (italik) verilmelidir.

Örnek: AKKANAT Halil/ÇEKİN Mesut Serdar/SARIKAYA Murat, *Medeni Hukuk'ta Olay Çözüm Tekniği (Borçlar Hukuku – Eşya Hukuku Çözümlü Pratik Çalışmalar)*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2018.

c) Makaleler İçin:

Kaynakçada makaleler için büyük harflerle sadece yazarın soyadı olmak üzere, yazarın önce soyadı, sonra adı, makale başlığı (tırnak içinde), makalenin yer aldığı eserin adı, cilt sayısı, basım sayısı, basıldığı yayınevi, basım tarihi (ay ve yıl olarak) ve makalenin tamamının hangi sayfalar arasında yer aldığı gösterilir. Yalnızca makalenin yer aldığı eserin adı yatık (italik) verilir.

Örnek: GÜNER-ÖZBEK Meltem Deniz, “Avrupa Birliği’nde ve Amerika Birleşik Devletleri’nde Havayoluyla Seyahat Eden Yolcuların Haklarına İlişkin Düzenlemeler”, *Legal Hukuk Dergisi Özel Sayı: Rona Aybay’a Armağan*, Aralık 2014, 1. Cilt, 1183-1227.

Zeitschrift für Türkisch-Deutsche Rechtsstudien Publikationsrichtlinien und Redaktionsvorgaben

A. Publikationsrichtlinien

1. Die Zeitschrift für türkisch-deutsche Rechtsstudien (ZtdR) erscheint nach Durchführung eines Begutachtungsverfahrens von Werken in zwei Ausgaben pro Jahr (Juni, Dezember). Darüber hinaus werden Volltexte der Werke in PDF-Format unter <http://hfd.tau.edu.tr> veröffentlicht.

2. Die eingereichten Werke dürfen nicht anderweitig veröffentlicht sein oder werden.

3. Die Publikationssprache ist Türkisch und Deutsch; auch englische Texte werden ausnahmsweise aufgenommen.

4. In der Zeitschrift sind Aufsätze und Übersetzungen enthalten, die die Bereiche öffentliches Recht oder Privatrecht betreffen. Außerdem können Entscheidungs- und Buchrezensionen, Gesetzgebungsbewertungen, Symposiumsmeldungen und informative Notizen in der Zeitschrift veröffentlicht werden. Die Annahme oder Ablehnung der Beiträge erfolgt durch die Redaktion der Zeitschrift.

5. Der Beiträger muss den Vor- und Nachnamen, die Geschäftsadresse, eine Telefonnummer und E-Mail-Adresse angeben.

6. Die eingereichten Aufsätze werden von der Redaktion überprüft und Aufsätze, die den Richtlinien der Zeitschrift entsprechen, werden in anonymisierter Form zu zwei Begutachtern weitergeleitet. Im Fall eines Dissenses wird der Aufsatz einem dritten Begutachter gegeben. Mindestens zwei Begutachter müssen die Annahme vorschlagen, damit der Aufsatz veröffentlicht wird. Wenn nach redaktioneller Überprüfung festgestellt wird, dass der Aufsatz den Publikationsrichtlinien nicht entspricht, wird er zur Überarbeitung zurückgegeben.

7. Bei Übersetzungen sollen der Originaltext und die Zustimmung des Rechteinhabers übermittelt werden. Außerdem ist das vollständige bibliographische Impressum des Originaltextes (der Name des Werks, in dem der Originaltext veröffentlicht worden ist, Autor, Ort des Druckes, Jahr des Druckes, Band, Anzahl und Seiten) anzugeben. Übersetzungen unterliegen der Bewertung der Begutachter wie Aufsätze.

8. Die finanziellen Rechte zur Vervielfältigung, Verbreitung, öffentlichen Wiedergabe, Verarbeitung und Übersetzung der zur Veröffentlichung angenommenen Werke werden an die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Türkisch-Deutschen Universität für alle Formen und Medien im In- und Ausland übertragen. Der Autor akzeptiert, dass ihm keine Urheberrechtsgebühr bezahlt wird.

9. Die Werke, die in der Zeitschrift für türkisch-deutsche Rechtsstudien veröffentlicht werden sollen, sind an die E-Mail-Adresse tauhfd@tau.edu.tr oder ztdr@tau.edu.tr im Software-Format "Microsoft Word" (.doc, .docx) zu senden.

10. Die Haftung für den Inhalt der zur Veröffentlichung in der Zeitschrift eingereichten Studien liegt bei den Autoren.

B. Redaktionsvorgaben

1. **Titel:** Der türkische Titel des Werkes soll in Times New Roman in 12 pt und in Großbuchstaben fett und zentriert geschrieben werden. Der englische und deutsche Titel soll nach dem türkischen Titel mit Times New Roman in 12 pt und in Großbuchstaben zentriert und fett geschrieben sein.

2. **Autor/Autoren:** Der Titel, die Institution, die Arbeitsgebiete und die E-Mail-Adresse von Autor / Autoren sind anzugeben. Außerdem sollen "ORCID" -Informationen von Autor / Autoren in das System eingegeben werden.

3. **Kurzfassung und Zusammenfassung:** Türkische "Öz" soll in 10 pt (kursiv) fett und in Times New Roman mit 1 Zeilenabstand geschrieben werden und 500 Wörter nicht überschreiten. Nach der Kurzfassung soll auch eine englische Kurzfassung mit dem Titel "Abstract" in der gleichen Art und Weise gegeben werden. Am Ende des Werkes, wenn das Werk in

türkischer Sprache eingereicht wurde, befindet sich eine Zusammenfassung in deutscher Sprache mit der Überschrift "Zusammenfassung"; wenn das Werk in deutscher Sprache eingereicht wurde, soll ein türkischer "Özet" eingefügt werden. Diese Zusammenfassung soll mit einem Minimum von 500 Wörtern und einem Maximum von 1000 Wörtern erstellt werden und den grundlegenden Rahmen, die Problematik und den Endergebnis skizzieren.

4. Schlüsselwörter: Unter dem Kurzfassungsteil sollen türkische "Anahtar Kelimeler" und englische "Keywords" stehen. Die Anzahl der Schlüsselwörter soll mindestens 4, höchstens 8 Wörter umfassen, um die Bereiche einzuschließen, die den Zugriff auf den Aufsatz erleichtern.

5. Text: Der Text wird in 12-pt geschrieben, wobei die Schriftart Times New Roman mit 1,5 Zeilenabstand ist und vertikale und normale Buchstaben verwendet werden. Die Fußnoten werden in 10 pt, mit Times New Roman, mit vertikalen und normalen Buchstaben geschrieben. Fußnoten sollen am Ende der Seite stehen. Zitate werden in Anführungszeichen und Kursivschrift dargestellt. Für ausländische Idiome und Eigennamen wird kursiver Typ verwendet. Fremdwörter im Text sollen kursiv geschrieben sein. Nach dem Komma, Punkt und anderen Satzzeichen steht ein Leerzeichen.

6. Fußnotenanzeige: Die beim ersten Zitat angegebenen Informationen über die Werke sollen in Fußnoten genauso geschrieben sein wie die Informationen über die Werke in der Bibliographie. Fußnotengestaltung ist wie folgt:

a) Für Bücher:

Um auf die Bücher in der Fußnote zu verweisen, werden zuerst Name und Nachname des Autors, der Verlag, der Ort der Veröffentlichung, das Jahr der Veröffentlichung, die Seiten- (s.) oder die Absatz-/Randnummer (n.) angezeigt und es steht am Ende ein Punkt. Nur der Titel des Buches soll kursiv sein.

Zum Beispiel: Philip Kunig, *Das Rechtsstaatsprinzip: Überlegungen zu seiner Bedeutung für das Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Mohr Siebeck, 1986, s. 23.

Die Bücher, die sowohl von einem Einzelautor als auch von mehreren Autoren geschrieben sind, sollen bei folgenden Fußnoten als "Nachname von Autor/Autoren, s. Seitennummer" zitiert werden. (**Zum Beispiel:** Kunig, s. 71.) Wenn mehr als ein Buch desselben Autors zitiert werden soll, sollen der Nachname des Autors, der Titel des Buches und die Seitennummer für die folgende Zitate nach dem ersten Zitat angegeben werden. Der Titel des Buchs kann verkürzt werden. (**Zum Beispiel:** Kunig, *Das Rechtsstaatsprinzip*, s. 73.)

b) Für Aufsätze:

Um Aufsätze zu zitieren, sollen Vor- und Nachname des Autors, Titel des Artikels (in Anführungszeichen), Name des Werks, in dem sich der Aufsatz befindet, Anzahl der Bände, Anzahl der Ausgabe, Verlag, Erscheinungsdatum (in Monaten und Jahren), Seitenbereich, in dem der Aufsatz sich befindet, Seitennummer (s.) oder Absatz-/Randnummer (n.) im Fußnot angezeigt werden und am Ende steht ein Punkt. Nur der Name des Werks, in dem sich der Aufsatz befindet, soll kursiv sein.

Zum Beispiel: Matthias Mahlmann, "Menschenwürde in Politik, Ethik und Recht – universelle Fassade, kulturelle Relativität?", in: F. Salinger, Y. Kim, S. Liu, C. Mylonopoulos, J. Tavares, K. Yamanaka, Y. Zheng, *Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 2017, s. 267 – 281

Die Aufsätze, die sowohl von einem Autor als auch von mehreren Autoren geschrieben sind, sollen bei folgenden Fußnoten als "Nachname von Autor/Autoren, s. Seitennummer" zitiert werden. (**Zum Beispiel:** Mahlmann, s. 270.) Wenn mehr als ein Aufsatz desselben Autors zitiert werden soll, sollen der Nachname des Autors, der Titel des Artikels und die Seitennummer für die folgende Zitate nach dem ersten Zitat angegeben werden. Der Titel des Aufsatzes kann verkürzt werden. (**Zum Beispiel:** Mahlmann, *Menschenwürde*, s. 270.)

ISSN 2687-3923



2687 3923